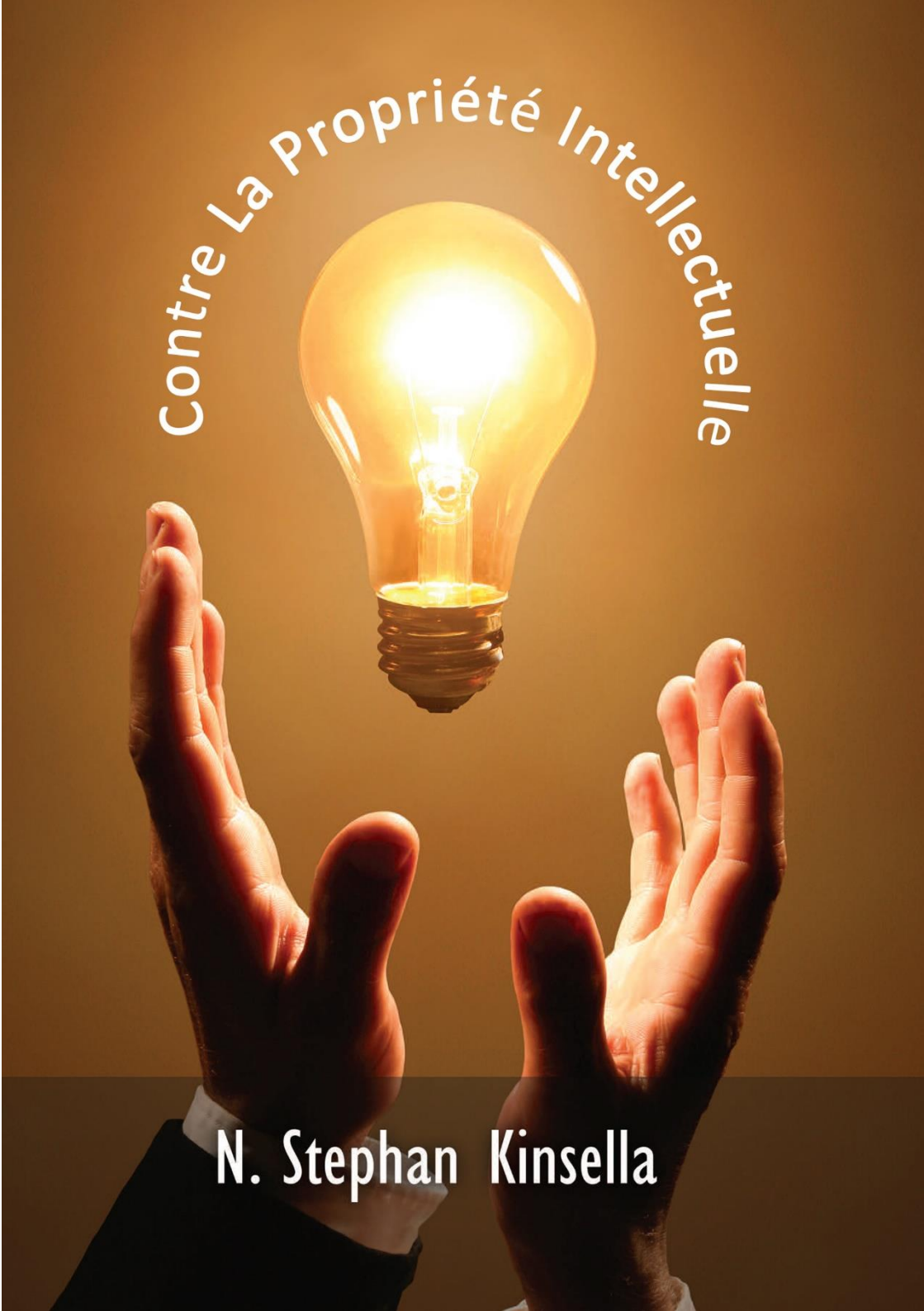
Contre La Propriété Intellectuelle



N. Stephan Kinsella

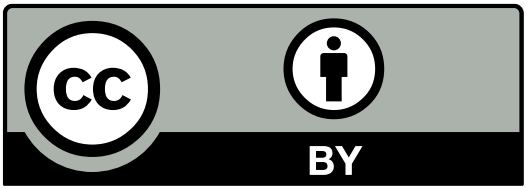
Contre la Propriété Intellectuelle

N. Stephan Kinsella

Traduction par Stéphane Geyres et Daivy Merlijs.
Titre original : *Against Intellectual Property.*

« Against Intellectual Property » est apparu pour la première fois dans le cadre du symposium Applications of Libertarian Legal Theory, publié dans le *Journal of Libertarian Studies* 15, no 2 (printemps 2001).

Cette œuvre est mise à disposition sous licence Attribution 4.0 International. Pour voir une copie de cette licence, visitez http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/ ou écrivez à Creative Commons, PO Box 1866, Mountain View, CA 94042, USA.



À propos de la licence

Le livre que vous tenez en votre main étant contre la propriété intellectuelle, la présence d'une licence peut sembler contradictoire. En réalité, l'état actuel de la loi ne permet pas l'absence de droit d'auteur pour une œuvre. Ainsi, la licence la moins restrictive fut choisie, la CC-BY 4.0 (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.fr).

Comme l'indique le site web :

Vous êtes autorisés à :

- **Partager** — copier, distribuer et communiquer le matériel par tous moyens et sous tous formats
- **Adapter** — remixer, transformer et créer à partir du matériel

Pour toute utilisation, y compris commerciale.

Selon les conditions suivantes :

- **Attribution** — Vous devez créditer l'Œuvre, intégrer un lien vers la licence et indiquer si des modifications ont été effectuées à l'Oeuvre. Vous devez indiquer ces informations par tous les moyens raisonnables, sans toutefois suggérer que l'Offrant vous soutient ou soutient la façon dont vous avez utilisé son Oeuvre.
- **Pas de restrictions complémentaires** — Vous n'êtes pas autorisé à appliquer des conditions légales ou des mesures techniques qui restreindraient légalement autrui à utiliser l'Oeuvre dans les conditions décrites par la licence.

Note des traducteurs

Entre l'anglais américain et le français, les mots « government » et « administration » sont inversés, le premier correspondant à l'administration française et le second à notre gouvernement. Dans cette traduction, nous avons donc tenu compte de ce faux-ami, en allant plus loin pour mieux faire le lien avec notre vocabulaire local. « Government » a ainsi été, selon le contexte, traduit par « État » (l'abstraction) ou par « administration » (plus opérationnel et bureaucratique), alors que « governmental » a donné lieu à « étatique » (ex. fonction étatique) ou « public/publique » (ex. service public).

CONTRE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

LES DROITS DE PROPRIÉTÉ : TANGIBLES ET INTANGIBLES

Tous les libertariens privilégient les droits de propriété et conviennent que les droits de propriété intègrent les droits envers les ressources tangibles. Ces ressources comprennent les biens immobiliers (immeubles), tels les terrains et les maisons, et les biens mobiliers comme les chaises, les clubs de golf, les voitures et les horloges.[1]

De plus, tous les libertariens reconnaissent les droits envers leur propre corps. De tels droits peuvent être appelés « propriété de soi », tant qu'on garde à l'esprit qu'il y a un différend quant au caractère aliénable d'une telle propriété corporelle, de la même manière que les droits envers

[1] Des termes comme « realty », « personalty », et « tangible » [NdT : Pour « tangible » nous avons préféré conserver l'équivalent usuel, tangible, plutôt que « corporel », moins adapté dans le contexte de la PI.] sont des termes de *common law* ; les termes analogues de droit civil sont « immeubles », « meubles » et « corporels », respectivement. Voir N. Stephan Kinsella, « A Civil Law to Common Law Dictionary », *Louisiana Law Review* 54 (1994) : 1265-305 pour d'autres différences entre la terminologie de droit civil et de *common law*. Le terme « choses » est une notion large de droit civil qui désigne tous les types d'objets, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles.

les objets externes appropriables[2] le sont.[3] Dans tous les cas, les libertariens soutiennent universellement que toutes les ressources rares tangibles — qu'elles soient appropriables ou créées, immobilières ou mobilières, ou nos corps mêmes — sont soumises au contrôle légitime, ou « propriété », de personnes précises.[4]

Au fur et à mesure qu'on s'éloigne du tangible (corporel) vers l'intangible, les questions deviennent plus floues. Les droits à la réputation (lois sur la diffamation) et contre le chantage, par exemple, sont des droits

[2] NdT : À l'origine du terme, le « homesteading » désigne l'installation d'un individu ou d'un groupe d'individus sur un terrain sans propriétaire (il s'agit principalement, historiquement, de terrains inoccupés). Inspiré de John Locke, le terme décrit une appropriation première et ainsi légitime, qui permet ensuite de fonder la légitimité des produits développés à partir de cette ressource. Le terme est généralisé par l'auteur, et par la théorie libertarienne, pour englober toute forme de première appropriation posant légitimité. Selon le contexte, nous traduisons par « appropriation première », « primo-appropriation », « primo-occupation » avec les adjectifs correspondant.

[3] Le débat sur cette question se manifeste par des divergences sur la question de l'inaliénabilité et sur le droit des contrats, c-à-d, pouvons-nous « vendre » ou aliéner notre corps de la même manière que nous pouvons aliéner un titre de propriété sur une propriété familiale ? Pour les arguments contre l'inaliénabilité du corps, voir N. Stephan Kinsella, « A Theory of Contracts: Binding Promises, Title Transfer, and Inalienability » (communication présentée à la Austrian Scholars Conference, Auburn, Alabama, avril 1999) ; et N. Stephan Kinsella, « Inalienability and Punishment: A Reply to George Smith », *Journal of Libertarian Studies* 14, no 1 (Hiver 1998-1999) : 79-93. Pour des arguments en faveur d'une telle aliénation, voir Walter Block, « Toward a Libertarian Theory of Inalienability: A Critique of Rothbard, Barnett, Gordon, Gordon, Smith, Kinsella et Epstein », *Journal of Libertarian Studies* 17, no 2 (printemps 2003) : 39-85.

[4] NdT : Le concept de propriété est souvent mal appréhendé, souvent confondu avec celui de la possession, qui n'en est pourtant qu'une forme restreinte. Là où la possession se conçoit pour les objets matériels, la possession de son propre corps n'est pas un concept limpide. La propriété est en fait plus large et recouvre toute forme de contrôle d'une ressource, au sens de la libre et pleine capacité à décider qu'en faire. On retrouve là le lien étroit qu'il y a entre le droit (avoir) et l'économie (agir, faire, décider). On peut alors être propriétaire de ressources immatérielles telles que des données informatiques, quand bien même leur possession n'a guère de sens, pourvu qu'on puisse en concevoir le contrôle.

sur des types de choses très intangibles. La plupart des libertariens, bien que pas tous, s'opposent aux lois contre le chantage, et beaucoup s'opposent à l'idée d'un droit à sa propre réputation.[5]

La notion de propriété intellectuelle (ci-après dénommée PI) est également contestée. Y a-t-il des droits individuels sur ses créations intellectuelles, tels les inventions ou les écrits ? Le système juridique devrait-il protéger de tels droits ? Dans ce qui suit, je résume le droit américain actuel sur les droits de PI. J'examine ensuite divers points de vue libertariens sur les droits de PI et je présente ce que je considère être le point de vue approprié.

RÉSUMÉ DU DROIT ACTUEL

Les Types de PI

La propriété intellectuelle est un concept large qui englobe plusieurs types de droits légalement reconnus découlant de certains types de créativité intellectuelle, ou autrement liés aux idées.[6] Les droits de PI sont des droits sur des choses intangibles[7] : sur des *idées*, telles qu'exprimées (droits d'auteur ou copyright), ou comme incorporées dans une mise en œuvre réalisable (brevets). Tom Palmer le formule ainsi : « Les droits de PI

---

[5] Pour les points de vue opposés aux lois sur le chantage, voir Walter Block, « Toward a Libertarian Theory of Blackmail », *Journal of Libertarian Studies* 15, no 2 (printemps 2001) ; Walter Block, « A Libertarian Theory of Blackmail », Irish Jurist 33 (1998) ; 280-310 ; Walter Block, *Defending the Undefendable* (New York : Fleet Press, 1976), pp. 53-54 ; Murray N. Rothbard, *The Ethics of Liberty* (New York: New York University Press, 1998), pp. 124-26 ; et Eric Mack, « In Defense of Blackmail », *Philosophical Studies* 41 (1982) : 274.

Pour des opinions libertariennes en faveur des lois sur le chantage, voir Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (New York : Basic Books, 1974), pp. 85-86 ; et Richard Epstein, « Blackmail, Inc », University of Chicago Law Review 50 (1983) : 553.

[6] Dans certains pays européens, le terme « propriété industrielle » est utilisé à la place de « propriété intellectuelle ».

[7] *De La Vergne Refrigerating Mach. Co. v Featherstone,* 147 U.S. 209, 222, 13 S.Ct. 283, 285 (1893).

sont des droits sur des objets idéaux, qui se distinguent des substrats matériels dans lesquels ils sont concrétisés. » Dans les systèmes juridiques actuels, la PI comprend généralement au moins les droits d'auteur, les marques déposées, les brevets et les secrets commerciaux.[8]

Le Droit d'Auteur (Copyright)

Le droit d'auteur[9] est un droit conféré aux auteurs d'œuvres « originales », comme les livres, les articles, les films et les programmes informatiques. Le droit d'auteur donne le droit exclusif de reproduire l'œuvre, de produire des œuvres dérivées, d'interpréter ou de présenter l'œuvre en public.[10] Le droit d'auteur ne protègent que la *forme* ou *l'expression* des idées, non les idées sous-jacentes elles-mêmes.[11] Bien

---

[8] Une introduction utile à la PI se trouve dans les ouvrages d'Arthur R. Miller et Michael H. Davis, *Intellectual Property: Patents, Trademarks, and Copyrights in a Nutshell,* 2e éd. (St. Paul, Minn.: West Publishing, 1990) ; voir aussi « Patent, Trademark, and Trade Secret », http://profs.lp.findlaw.com/patents/index.html. Pour une bonne introduction au droit des brevets, voir B. Hildreth, *Patent Law: A Practitioner's Guide,* 3e éd. (New York: Practising Law Institute, 1998). Des traités plus approfondis contenant de plus amples informations sur le droit de la PI incluent Donald S. Chisum, *Chisum on Patents* (New York: Matthew Bender, 2000); Melville B. Nimmer and David Nimmer, *Nimmer on Copyright* (New York: Matthew Bender, 2000) ; Paul Goldstein, *Copyright: Principles, Law, and Practice* (Boston: Little, Brown, 1989) ; J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition,* 4e éd. (St. Paul, Minn.: West Group, 1996) ; and Roger M. Milgrim, *Milgrim on Trade Secrets* (New York: Matthew Bender, 2000). Des informations utiles, des brochures et des dépliants sont disponibles auprès du Copyright Office des États-Unis, http://lcweb.loc.gov/copyright, et du Patent and Trademark Office du Département du Commerce, http://www.uspto.gov. D'autres sites utiles sont énumérés dans l'annexe et la bibliographie de cet article.

[9] NdT : Il existe des nuances entre le copyright anglo-saxon et le droit d'auteur français. Nous assimilons les deux ici, par souci de simplicité, sans que cela ne change les raisonnements et conclusions.

[10] 17 USC §§ 101, 106 *et pass.*

[11] La loi moderne sur le droit d'auteur a remplacé et largement préempté le « droit d'auteur de common law », qui se rattachait automatiquement dès la création d'une œuvre, et qui ne conférait essentiellement qu'un droit de *première* publication. Goldstein, *Copyright,* §§ 15.4 *et seq.*

qu'un droit d'auteur puisse être déposé pour obtenir des avantages juridiques, il n'est pas nécessaire qu'un droit d'auteur soit déposé pour exister. En fait, le droit d'auteur naît automatiquement au moment où l'œuvre est « fixée » dans un « support d'expression matériel », et est valable toute la vie de l'auteur plus 70 ans, ou pour un total de 95 ans dans les cas où l'employeur détient le droit d'auteur.[12]

Le Brevet

Un brevet est un droit de propriété sur des inventions, c'est-à-dire sur des dispositifs ou procédés qui remplissent une fonction « utile ».[13] Un piège à souris[14] nouveau ou amélioré est un exemple de type de dispositif qui peut être breveté. Dans les faits, un brevet accorde à l'inventeur un monopole limité sur la fabrication, l'utilisation et la vente de l'invention. Cependant, un brevet n'accorde en réalité à son titulaire que le droit *d'exclure* (c'est-à-dire d'empêcher d'autres personnes d'exploiter l'invention brevetée) ; il n'accorde pas à son titulaire le droit *d'utiliser* l'invention brevetée.[15]

---

[12] 17 USC § 302. En raison d'une législation récente, ces durées sont vingt ans plus longues que celles de la loi précédente. Voir HR 2589, le *Sonny Bono Copyright Term Extension Act/Fairness in Music Licensing Act of 1998*

[13] 35 USC § 1 *et seq.* ; 37 CFR Partie 1.

[14] NdT : L'auteur ne prend pas l'exemple du piège à souris par hasard, car c'est celui pris par Rothbard dans le chapitre 16 de *Ethics of Liberty* pour son propre point de vue, qui sera critiqué plus bas.

[15] Supposons que *A* invente et brevète un meilleur piège à souris, qui possède un ressort en nitinol (métal à mémoire de forme) pour une meilleure capacité d'accrochage. Supposons maintenant que *B* invente et brevète un piège à souris muni d'un ressort en nitinol recouvert d'un revêtement anti-adhésif pour améliorer la capacité d'enlever les restes de souris tout en assurant l'action d'accrochage actionnée par le nitinol. *B* doit avoir un piège à souris avec un ressort en Nitinol pour pouvoir utiliser son invention, mais cela violerait le brevet de *A*. De même, *A* ne peut pas ajouter le revêtement anti-adhésif à sa propre invention sans porter atteinte au brevet d'amélioration de *B*. Dans de telles situations, les deux titulaires de brevets peuvent accorder une licence réciproque, de sorte que *A* puisse mettre en pratique l'amélioration apportée par *B* au piège à souris, et que *B* puisse utiliser sa propre invention.

Toutes les innovations ou découvertes ne sont pas brevetables. La Cour suprême des États-Unis, par exemple, a identifié trois catégories de sujets qui ne sont pas brevetables, à savoir « les lois de la nature, les phénomènes naturels et les idées abstraites ».[16] Réduire les idées abstraites à une sorte « d'application pratique », c'est-à-dire « un résultat utile, concret et tangible »[17], est en revanche brevetable. Les brevets américains, depuis le 8 juin 1995, sont valables de la date de délivrance jusqu'à 20 ans après la date de dépôt initial de la demande de brevet[18] (la durée précédente était de 17 ans après la date de délivrance).

Le Secret Commercial

Un secret commercial consiste en toute formule, dispositif ou information confidentielle conférant à son détenteur un avantage concurrentiel aussi longtemps qu'il demeure secret.[19] Un exemple serait la formule du Coca-Cola®. Les secrets commerciaux peuvent comprendre de l'information qui n'est pas suffisamment nouvelle pour faire l'objet d'une protection par brevet ou qui n'est pas assez originale pour être protégée par le droit d'auteur (p. ex. une base de données sismiques ou des listes de clients). Les lois sur les secrets commerciaux sont utilisées pour prévenir les « détournements » de secrets commerciaux ou pour accorder des dédommagements pour de tels détournements.[20] Les secrets commerciaux

---

[16] *Diamond v Diebr,* 450 US 175, 185 (1981) : voir aussi 35 USC § 101.

[17] *In re Alappat,* 33 F3d 1526, 1544, 31 USPQ2d 1545, 1557 (Fed Cir 1994) (in banc). Voir aussi *State Street Bank & Trust Co. v Signature Financial Group,* 149 F3d 1368 (Fed Cir 1998).

[18] 35 USC § 154(a)(2).

[19] Voir, p. ex., Mark Halligan, esq., Restatement of the Third Law—Unfair Competition: A Brief Summary," §§ 39-45, http://execpc.com/~mhallign/unfair.html (NdT : le lien n'est plus disponible, même sur Wayback Machine) ; voir aussi the *Uniform Trade Secrets Act* (UTSA), https://web.archive.org/web/20090224070607/http://nsi.org/Library/Espionage/usta.htm

[20] Voir *Uniform Trade Secrets Act* (UTSA).

sont protégés par la loi de chaque État[21], bien qu'une loi fédérale récente ait été promulguée pour prévenir le vol de secrets commerciaux.[22]

La protection du secret commercial est obtenue en déclarant que les détails d'un sujet sont secrets. Le secret commercial peut en théorie durer indéfiniment, bien que la divulgation, la rétro-ingénierie ou une invention indépendante puisse le faire disparaître. Les secrets commerciaux peuvent protéger l'information et les processus secrets, p. ex. les compilations de données et de cartes qui ne sont pas protégeables par le droit d'auteur, et peuvent également être utilisés pour protéger le code source non divulgué d'un logiciel qui ne peut sinon être protégé par brevet. Un inconvénient du recours à la protection de secret commercial est qu'un concurrent qui inventerait indépendamment le sujet du secret commercial d'un autre pourrait obtenir un brevet sur le dispositif ou procédé et de fait empêcher l'inventeur original (le détenteur du secret commercial) d'utiliser l'invention.

La Marque Déposée

Une marque déposée est un mot, une expression, un symbole ou un dessin utilisé pour identifier la source de biens ou services vendus et pour les distinguer des produits ou services d'autrui. Par exemple, la marque Coca-Cola et le dessin qui apparaît sur leurs canettes de boisson gazeuse les identifient comme des produits de cette entreprise, les distinguant de leurs concurrents tels que Pepsi®. Le droit des marques empêche avant tout les concurrents de « porter atteinte » à la marque, c'est-à-dire d'utiliser des marques « se ressemblant au point de prêter à confusion » pour identifier leurs propres produits et services. Contrairement aux droits d'auteur et aux brevets, les droits de marque peuvent perdurer indéfiniment si le propriétaire continue à utiliser sa marque. La validité du dépôt d'une marque fédérale [NdT : américaine] est de dix ans, avec une possibilité de renouvellement de dix ans.[23]

---

[21] NdT : Américain, selon l'État.

[22] *Economic Espionage Act of 1996,* 18 USC §§ 1831–39.USC §§ 1831–39.

[23] 15 USC § 1501 *et seq.* : 37 CFR Part 2.

D'autres droits liés à la protection des marques comprennent les droits contre la dilution[24] des marques, certaines formes de « cybersquattage »,[25] [26] et diverses revendications de « concurrence déloyale ». La PI comprend également des innovations juridiques récentes, telles que le masque de protection au travail, disponible pour les concepteurs de circuits intégrés à semi-conducteurs (SC)[27], la protection *sui generis*, similaire au droit d'auteur, pour les conceptions de coques de bateaux,[28] et le droit *sui generis* proposé pour les bases de données ou les ensembles d'informations.[29]

Aux États-Unis, la loi fédérale régit presque exclusivement les droits d'auteur et les brevets, puisque la Constitution accorde au Congrès le pouvoir de « promouvoir le progrès des sciences et des arts utiles ».[30] Malgré l'origine fédérale des brevets et des droits d'auteur, divers aspects connexes, comme la *propriété* des brevets, sont fondés sur le droit des États [NdT : individuels], qui tendent néanmoins à être plutôt uniformes d'un État à l'autre.[31] Par contre, les marques fédérales, pas explicitement autorisées par la Constitution, reposent sur la clause du commerce interétatique et ne couvrent donc que les marques de biens et services du commerce interétatique.[32] Les marques d'État existent pourtant

[24] 15 USC §§ 1125(c), 1127

[25] NdT : Le fait de déposer des noms de marques, spécialement ceux d'entreprises ou marques célèbres, comme noms de domaines Internet, dans l'espoir de les revendre avec profit.

[26] 15 USC § 1125(d) : *Anticybersquatting Consumer Protection Act,* PL 106–113 (1999); HR 3194, S1948.

[27] Voir 17 USC § 901 *et seq.*

[28] Voir See 17 USC § 1301 *et seq.*

[29] Voir, p. ex., HR 354 (introduit le 19/01/1999), *Collections of Information Antipiracy Act.* Voir aussi Jane C. Ginsburg, « Copyright, Common Law, and *Sui Generis* Protection of Databases in the United States and Abroad », *University of Cincinnati Law Review* 66 (1997) : 151.

[30] U.S. Cons., Art I, § *8* ; *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.,* 415 US 470, 479, 94 S.Ct. 1879, 1885 (1974).

[31] Voir Paul C. van Slyke et Mark M. Friedman, « Employer' s Rights to Inventions and Patents of Its Officers, Directors, and Employees », *AIPLA Quarterly Journal* 18 (1990): 127; et *Chisum on Patents,* § 22.03; 17 USC §§ 101, 201.

[32] U.S. Constitution, art. 1, sec. 8, clause 3 ; *Wickard v Filburn,* 317 US 111, 63 S. Ct. 82 (1942).

puisqu'elles n'ont pas été complètement écartées par la loi fédérale, mais les marques fédérales tendent à être plus importantes et puissantes commercialement. Les secrets commerciaux sont généralement protégés par la loi des États et non par la loi fédérale.[33]

De nombreux béotiens, y compris des libertariens, ont une faible compréhension des concepts et du droit de la PI, et confondent souvent droits d'auteur, marques et brevets. On croit généralement, et à tort, que dans le système américain, l'inventeur déposant en premier à l'office des brevets a priorité sur ceux déposant plus tard. Or le système américain est en fait un système « premier à inventer », à la différence de la plupart des autres pays, qui ont un système de priorité « premier à déposer ».[34]

Droits de PI et Relations aux Biens Matériels

Comme indiqué plus haut, les droits de PI, du moins pour les brevets et les droits d'auteur, peuvent être considérés comme des droits sur des objets [NdT : abstraits] idéaux. Il est important de souligner que la possession d'une idée, ou d'un objet idéal, confère effectivement aux titulaires de PI un droit de propriété sur *chaque* matérialisation physique de l'œuvre ou de l'invention. Considérons un livre protégé par droit

[33] Mais voir la loi fédérale *Economic Espionage Act of 1996,* 18 USC §§ 1831-39.

[34] Ayn Rand présume à tort que la première personne à déposer une demande a priorité (et elle s'efforce ensuite de défendre un tel système). Voir Ayn Rand, « Patents and Copyrights », dans *Capitalism: The Unknown Ideal* (New York: New American Library, 1967), p. 133. Elle s'en prend aussi avec confusion à la stricte surveillance antitrust dont font l'objet les titulaires de brevets. Toutefois, comme les brevets sont des monopoles accordés par l'administration, il n'est pas injuste d'utiliser une loi antimonopole pour limiter la capacité d'un titulaire de brevet à étendre ce monopole au-delà des limites prévues par la loi sur les brevets. Le problème des lois antitrust réside dans leur application à des transactions commerciales normales et pacifiques, et non dans le fait qu'elles limitent les véritables monopoles, c'est-à-dire les monopoles accordés par l'administration. On pourrait en dire autant de Bill Gates, dont la fortune repose en grande partie sur le monopole du droit d'auteur accordé par l'État. De plus, comme Bill Gates n'est pas libertarien et ne s'oppose sans doute pas à la légitimité des lois antitrust, on ne peut guère se lamenter sur le fait qu'il ait dû se coucher dans le lit même qu'il a contribué à faire.

d'auteur. Le titulaire du droit d'auteur *A* a un droit sur l'objet idéal sous-jacent, dont le livre n'est qu'un exemple. Le système du droit d'auteur donne à *A* un droit sur le *motif* [35] même des mots du livre ; ainsi, par implication, *A* a un droit sur toute concrétisation ou matérialisation tangible du livre[36], c'est-à-dire un droit sur chaque exemplaire physique du livre ou, du moins, sur chaque livre soumis à un système juridique qui reconnaît le droit d'auteur.

Ainsi, si *A* écrit un roman, il a un droit d'auteur sur cette « œuvre ». S'il vend un exemplaire physique du roman à *B*, sous forme de livre, alors *B* ne possède que ce seul exemplaire physique du roman ; *B* ne possède pas le « roman » lui-même, et n'est pas autorisé à faire une copie du roman, même avec son propre papier et sa propre encre. Ainsi, même si *B* possède la propriété matérielle du papier et de la presse à imprimer, il ne peut pas utiliser sa propre propriété pour créer un autre exemplaire du livre de *A*. Seul *A* a le droit de copier le livre (d'où le terme de « copyright »).

De même, la possession d'un brevet par *A* lui donne le droit d'empêcher un tiers d'utiliser ou de mettre en œuvre l'invention brevetée, même si le tiers utilise uniquement sa propre propriété. De cette manière, la propriété qu'a *A* sur les droits idéaux lui donne un certain degré de contrôle — la propriété — sur les biens matériels d'un nombre incommensurable d'autres personnes. Le brevet et le droit d'auteur transfèrent invariablement la propriété partielle d'un bien tangible de son propriétaire naturel aux innovateurs, aux inventeurs et aux artistes.

[35] NdT : au sens de l'assemblage précis de mots dans cet ordre précis.
[36] NdT : au sens du *motif* précédent.

CONSIDÉRATIONS LIBERTARIENNES SUR LA PI

Le Spectre

Les points de vue libertariens sur la PI vont du soutien total de la gamme la plus complète de PI imaginable, à l'opposition totale aux droits de PI. L'essentiel du débat sur la PI concerne les brevets et le droit d'auteur ; nous le verrons plus loin, marque et secret commercial sont moins problématiques. De ce fait, le présent article porte principalement sur la légitimité des brevets et du droit d'auteur.

Les arguments en faveur de la PI peuvent être divisés en arguments jusnaturalistes et utilitaristes. Les défenseurs libertariens de la PI ont tendance à adopter la première justification.[37] Par exemple, les libertariens jusnaturalistes, ou du moins pas explicitement utilitaristes, partisans de la PI, comprennent, des plus extrêmes aux moins extrêmes, Galambos, Schulman, et Rand.[38] Parmi les précurseurs des libertariens modernes,

---

[37] Pour les théories classiques de la propriété intellectuelle, voir « Bibliography of General Theories of Intellectual Property », *Encyclopedia of Law and Economics,* http://encyclo.findlaw.com/biblio/1600.htm ; et Edmund Kitch, « The Nature and Function of the Patent System », *Journal of Law and Economics* 20 (1977) : 265.

[38] Voir Andrew J. Galambos, *The Theory of Volition,* vol. 1, ed. Peter N. Sisco (San Diego: Universal Scientific Publications, 1999); J. Neil Schulman, « Informational Property: Logorights », *Journal of Social and Biological Structures* (1990); et Rand, « Patents and Copyrights ». D'autres objectivistes (Randiens) qui soutiennent la PI, *Capitalism: A Treatise on Economics* (Ottawa, Ill.: Jameson Books, 1996), pp. 388-89; David Kelley, « Response to Kinsella », *IOS Journal 5,* no. 2 (Juin 1995): 13, en réponse à N. Stephan Kinsella, « Letter on Intellectual Property Rights », *IOS Journal 5,* no. 2 (Juin 1995) : 12-13; Murray I. Franck, « Ayn Rand, Intellectual Property Rights, and Human Liberty », 2 cassettes audio, Institute for Objectivist Studies Lecture; Laissez-Faire Books (1991) ; Murray I. Franck, « Intellectual Property Rights: Are Intangibles True Property », *IOS Journal 5,* no. 1 (Avril 1995) ; and Murray I. Franck, « Intellectual and Personality Property », *IOS Journal 5,* no. 3 (Septembre 1995): 7, en réponse à Kinsella, « Letter on Intellectual Property Rights ». Il est difficile de trouver des discussions publiées sur l'idée de Galambos, apparemment parce que ses propres théories limitent bizarrement la capacité de ses partisans à les diffuser. Voir, p. ex., Jerome Tuccille, *It Usually Begins with Ayn*

Spooner et Spencer se faisaient tous deux avocats de la PI pour des raisons de morale ou liées aux droits naturels.[39]

Selon la conception de la PI selon les droits naturels qu'ont certains libertariens, les créations de l'esprit ont droit à la protection tout comme les biens matériels. Les deux sont le produit du travail et de l'esprit. Parce qu'on a propriété sur son propre travail, on a

> le droit naturel au fruit de son travail. Selon ce point de vue, tout comme on a un droit sur les récoltes qu'on plante, de même on a un droit sur les idées et sur l'art qu'on produit.[40]

Cette théorie repose sur l'idée qu'on a la propriété de son corps et de son travail, et donc de ses fruits, y compris de ses « créations » intellectuelles. Un individu crée un sonnet, une chanson, une sculpture, en employant son propre travail et son propre corps. Il a donc le droit de « posséder » ces créations, car elles résultent d'autres choses qu'il « possède ».

Rand (San Francisco: Cobden Press, 1971), pp. 69-71. Des références éparses et des discussions sur les théories de Galambos peuvent être trouvées, cependant, dans l'ouvrage de David Friedman, « In Defense of Private Orderings: Comments on Julie Cohen's "Copyright and the Jurisprudence of Self-Help" », *Berkeley Technology Law Journal* 13, no. 3 (Automne 1998) : n. 52; et dans Stephen Foerster, « The Basics of Economic Government », https://web.archive.org/web/20020828225621/http://economic.net/articles/ar0001.html

[39] Lysander Spooner, « The Law of Intellectual Property : or An Essay on the Right of Authors and Inventors to a Perpetual Property in Their Ideas », dans *The Collected Works of Lysander Spooner*, vol. 3, éd. Charles Shively (1855 ; réimpression, Weston, Mass. : M&S Press, 1971) ; Herbert Spencer, *The Principles of Ethics*, vol. 2 (1893 ; réimpression, Indianapolis, Ind. : Liberty Press, 1978), partie IV, chap. 13, p. 121. Voir aussi Wendy McElroy, « Intellectual Property : Copyright and Patent », https://web.archive.org/web/20120606211106/http://www.wendymcelroy.com/libdebates/ch6intpr.html ; et Palmer, « Are Patents and Copyrights Morally Justified? », p. 818, 825.

[40] Palmer, « Are Patents and Copyrights Morally Justified? » p. 819.

Il existe également des arguments utilitaristes en faveur de la propriété intellectuelle. Le juge fédéral Richard Posner est un éminent défenseur utilitariste de la PI (bien que non libertarien[41]).[42] Parmi les libertariens, l'anarchiste David Friedman analyse et semble approuver la propriété intellectuelle pour des raisons de « droit et d'économie »[43], un cadre institutionnel utilitariste.[44] L'argument utilitariste présuppose que nous devrions choisir des lois et des politiques qui maximisent la « richesse » ou « l'utilité ». En ce qui concerne le droit d'auteur et les brevets, l'idée est que plus « d'innovation » artistique et inventive correspond à, ou mène à, plus

[41] NdT : Dans cet ouvrage, le terme « libertarien » est pris pour embrasser les positions et idées politiques favorables à un système social où l'État (administration, gouvernement, élus, etc.) joue un rôle réduit ou minimal, ou favorables à des mesures aboutissant à la réduction du périmètre de l'État. Notons cependant que l'auteur lui-même est libertarien jusnaturaliste dans un sens plus strict, à savoir anarcho-capitaliste, ou encore « austro-libertarien ».

[42] Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law,* 4e éd. (Boston: Little, Brown, 1992), § 3.3, pp. 38–45.

[43] David D. Friedman, « Standards As Intellectual Property: An Economic Approach », *University of Dayton Law Review* 19, no. 3 (Spring 1994): 1109-29 ; et David D. Friedman, *Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why it Matters* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2000), chap. 11. Ejan Mackaay défend également la PI pour des raisons utilitaristes, dans « Economic Incentives in Markets for Information and Innovation », dans « Symposium: Intellectual Property », *Harvard Journal of Law & Public Policy* 13, no. 3, p. 867. D'anciens défenseurs utilitaristes de la PI incluent John Stuart Mill et Jérémy Bentham. Voir Arnold Plant, « The Economic Theory Concerning Patents for Inventions », dans *Selected Economic Essays and Addresses* (London: Routledge & Kegan Paul, 1974), p. 44; Roger E. Meiners et Robert J. Staaf, « Patents, Copyrights, and Trademarks: Property or Monopoly? » dans « Symposium: Intellectual Property », *Harvard Journal of Law & Public Policy* 13, no. 3, p. 911.

[44] NdT : On peut résumer ici la différence entre jusnaturalisme et utilitarisme ainsi : le jusnaturalisme est une doctrine faisant reposer la justice (et donc la « justice sociale ») sur le seul strict respect indifférencié de la propriété privée des personnes, et sur celui des contrats pouvant en découler ; l'utilitarisme, dans ses multiples formes, repose sur des critères variés d'efficacité supposée dont l'optimisation ou la maximisation permettrait d'approcher au mieux la justice sociale.

de richesse. Les biens publics et les effets de passager clandestin[45] réduisent la quantité de cette richesse en dessous de son niveau optimal, c'est-à-dire inférieur au niveau qui serait atteint s'il existait des lois adéquates traitant de la PI des livres. Ainsi, la richesse est optimisée, ou du moins augmentée, par l'octroi de monopoles sur les droits d'auteur et brevets qui encouragent les auteurs et les inventeurs à innover et à créer.[46]

D'autre part, il existe une longue tradition d'opposition aux brevets et au droit d'auteur. Les adversaires modernes comprennent Rothbard, McElroy, Palmer, Lepage, Bouckaert et moi-même.[47] Benjamin Tucker

---

[45] NdT : On parle de passager clandestin lorsqu'un tiers peut profiter d'un service sans le payer, ce qui serait soi-disant pénalisant pour ceux qui ont financé ledit service. Un exemple classique d'investissements pouvant profiter à des « passagers clandestins » sont les phares, souvent financés par une population locale mais qui *in fine* profitent à tous les marins sans distinction. En réalité, il s'agit d'un faux concept, puisque l'intérêt tiré par les « passagers clandestins » ne nuit ni ne viole la propriété de personne.

[46] Voir Palmer, Are Patents and Copyrights Morally Justified? pp. 820–21; Julio H. Cole, « Patents and Copyrights: Do the Benefits Exceed the Costs? » https://web.archive.org/web/20050514013230/http://www.economia.ufm.edu.gt/Catedraticos/jhcole/Cole%20_MPS_.pdf

[47] Voir Murray N. Rothbard, *Man, Economy, and State* (Los Angeles: Nash Publishing, 1962), pp. 652-60 ; Murray N. Rothbard, *The Ethics of Liberty,* pp. 123-24 ; Wendy McElroy, « Contra Copyright », *The Voluntaryist* (Juin 1985); McElroy, « Intellectual Property: Copyright and Patent » ; Tom G. Palmer, « Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach », *Hamline Law Review* 12 (1989) : 261; Palmer, « Are Patents and Copyrights Morally Justified? » ; sur Lepage, voir Mackaay, « Economic Incentives », p. 869 ; Boudewijn Bouckaert, « What is Property? » dans « Symposium: Intellectual Property », *Harvard Journal of Law & Public Policy* 13, no. 3, p. 775 ; N. Stephan Kinsella, « Is Intellectual Property Legitimate? » *Pennsylvania Bar Association Intellectual Property Law Newsletter* 1, no. 2 (Hiver 1998) : 3 ; Kinsella, « Letter on Intellectual Property Rights », et « In Defense of Napster and Against the Second Homesteading Rule ».

F.A. Hayek semble également s'opposer aux brevets. Voir *The Collected Works of F.A. Hayek,* vol. 1, *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism,* ed. WW Bartley (Chicago: University of Chicago Press, 1989), p. 6; and Meiners and Staaf, « Patents, Copyrights, and Trademarks », p. 911. Cole conteste la justification utilitariste des brevets et du droit d'auteur dans « Patents and Copyrights: Do the Benefits Exceed the Costs? ». Voir aussi Fritz Machlup, U.S. Senate Subcommittee On Patents, Trademarks & Copyrights, *An Economic Review of the Patent System,* 85th Cong.,

s'opposa également vigoureusement à la PI dans un débat qui eut lieu au XIXe siècle via le périodique anarcho-individualiste « Liberty ».[48] Ces commentateurs soulignent les nombreux problèmes des arguments conventionnels, utilitaristes comme jusnaturalistes, avancés pour justifier les droits de PI. Ces défauts, et d'autres, des arguments classiques en faveur de la PI sont examinés ci-dessous.

Défense Utilitariste de la PI

Les défenseurs de la PI la justifient souvent sur des bases utilitaristes. Les utilitaristes soutiennent qu'encourager plus d'innovation et de créativité en tant que « fin » justifie les « moyens » apparemment immoraux de restreindre la liberté des individus d'utiliser leur propriété physique comme bon leur semble. Mais il y a trois problèmes fondamentaux à justifier tout droit ou loi sur des bases strictement utilitaristes.

D'abord, supposons que la richesse ou l'utilité puisse être maximisée par l'adoption de certaines règles juridiques ; la « taille du gâteau » en serait augmentée. Même alors, cela n'établirait pas que ces règles soient justifiées. Par exemple, on pourrait soutenir que l'utilité nette est

---

2nd Session, 1958, Study No. 15; Fritz Machlup and Edith Penrose, « The Patent Controversy in the Nineteenth Century », *Journal of Economic History* 10 (1950): 1; Roderick T. Long, « The Libertarian Case Against Intellectual Property Rights », *Formulations* 3, no. 1 (Automne 1995) ; Stephen Breyer, « The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs », *Harvard Law Review* 84 (1970): 281; Wendy J. Gordon, « An Inquiry into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory », *Stanford Law Review* 41 (1989) : 1343; and Jesse Walker, « Copy Catfight: How Intellectual Property Laws Stifle Popular Culture », *Reason* (Mars 2000).

[48] McElroy, Intellectual Property: Copyright and Patent. L'éditorialiste Jacksonien William Leggett, du XIXe siècle, s'est lui aussi fortement opposé à la PI. Voir Palmer, « Are Patents and Copyrights Morally Justified? » pp. 818, 828-29. Ludwig von Mises ne s'est pas prononcé sur la question, se contentant de tirer les implications économiques de la présence ou de l'absence de telles lois. Voir *Human Action,* 3e éd. rév. (Chicago: Henry Regnery, 1966), chap. 23, section 6, pp. 661-62.

améliorée en redistribuant la moitié de la richesse des 1% les plus riches de la société à ses 10% les plus pauvres. Mais même si voler une partie des biens de *A* et les donner à *B* augmente le bien-être de *B* « plus » qu'il diminue celui de *A* (si une telle comparaison pouvait, d'une manière quelconque, être faite), cela n'établirait pas que le vol de la propriété de *A* soit justifié. La maximisation de la richesse n'est pas le but du droit, mais la justice : donner à chacun son dû.[49] Même si la richesse globale augmente grâce aux lois sur la PI, il ne s'ensuit pas que ce résultat prétendument souhaitable justifie la violation contraire à l'éthique des droits de certains individus d'utiliser leur propre propriété comme ils l'entendent.

Outre les problèmes éthiques, l'utilitarisme n'est pas cohérent. Il implique nécessairement de faire des comparaisons d'utilité interpersonnelle illégitimes, comme lorsque les « coûts » des lois de PI sont soustraits des « avantages » pour déterminer si ces lois réalisent un

[49] Selon Justinien, « La justice est le désir constant et perpétuel de rendre à chacun ce qui lui est dû. [...] Les maximes de la loi sont les suivantes : vivre honnêtement, ne blesser personne, donner à chacun son dû. » *The Institutes of Justinian: Text, Translation, and Commentary,* trans. J.A.C. Thomas (Amsterdam: North-Holland, 1975).

avantage net.[50] Mais toutes les valeurs[51] n'ont pas un prix de marché ; en fait, aucune d'entre elles n'en a un. Mises a montré que même pour les biens qui ont un prix de marché, le prix ne sert pas de *mesure* de la valeur du bien.[52]

Enfin, même si on met de côté les problèmes de la comparaison d'utilités interpersonnelles et de la justice de la redistribution et qu'on poursuit en utilisant des techniques standards de mesure utilitaristes, il

---

[50] Sur les défauts de l'utilitarisme et des comparaisons d'utilité interpersonnelle, voir Murray N. Rothbard, « Praxeology, Value Judgments, and Public Policy », dans *The Logic of Action One* (Cheltenham, U.K.: Edward Elgar, 1997), particulièrement pp. 90-99 ; Rothbard, « Toward a Reconstruction of Utility and Welfare Economics », dans The Logic of Action One ; Anthony de Jasay, *Against Politics: On Government, Anarchy, and Order* (London: Routledge, 1997), pp. 81-82, 92, 98, 144, 149-51.

Sur le scientisme et l'empirisme, voir Rothbard, « The Mantle of Science », in *The Logic of Action One;* Hans-Hermann Hoppe, « In Defense of Extreme Rationalism: Thoughts on Donald McCloskey's *The Rhetoric of Economics* », *Review of Austrian Economics* 3 (1989): 179.

Sur le dualisme épistémologique, voir Ludwig von Mises, *The Ultimate Foundation of Economic Science: An Essay on Method,* 2e éd. (Kansas City: Sheed Andrews and McMeel, 1962) ; Ludwig von Mises, *Epistemological Problems of Economics,* trad. George Reisman (New York: New York University Press, 1981) ; Hans-Hermann Hoppe, *Economic Science and the Austrian Method (Auburn,* Ala.: Ludwig von Mises Institute, 1995) ; et Hoppe, « In Defense of Extreme Rationalism ».

[51] NdT : au sens de l'appréciation individuelle envers un objet ou une transaction, pouvant conduire à un échange.

[52] Mises indique : « Bien qu'il soit habituel de parler de la monnaie comme d'une mesure de la valeur et des prix, cette notion est tout à fait fallacieuse. Tant que la théorie subjective de la valeur est acceptée, cette question de la mesure ne peut se poser. » « On the Measurement of Value » dans *The Theory of Money and Credit,* trad. H.E. Batson (1912; réimprimé, Indianapolis, Ind.: Liberty Fund, 1980), p. 51. Également : « La monnaie n'est ni un critère de valeur ni un critère de prix. La monnaie ne mesure pas la valeur. Les prix ne sont pas non plus mesurés en monnaie : ce sont des montants de monnaie. » Ludwig von Mises, *Socialism: An Economic and Sociological Analysis,* 3e éd. rév., trad. J. Kahane (Indianapolis, Ind.: Liberty Press, 1981), p. 99 ; voir aussi Mises, *Human Action,* pp. 96, 122, 204, 210, 217, and 289.

n'est pas du tout clair que les lois sur la PI mènent à un changement — soit une augmentation soit une diminution — de la richesse globale.[53] On peut se demander si les droits d'auteur et les brevets sont vraiment nécessaires pour encourager la production d'œuvres de création et d'inventions, ou si les gains supplémentaires en matière d'innovation l'emportent sur les coûts énormes d'un système de PI. Les études économétriques ne montrent pas de façon concluante les gains nets de richesse. Peut-être qu'il y aurait encore *plus* d'innovation s'il n'y avait pas de lois sur les brevets ; peut-être qu'il y aurait plus d'argent pour la recherche et le développement (R&D) s'il n'était pas dépensé en brevets et en poursuites judiciaires. Il est possible que les entreprises seraient encore plus incitées à innover si elles ne pouvaient compter sur un monopole de près de 20 ans.[54]

Il y a sans nul doute des coûts dus au système des brevets. Comme nous l'avons vu, les brevets ne peuvent être obtenus que pour des applications « pratiques » d'idées, mais pas pour des idées plus abstraites ou théoriques. Cela détourne les ressources de la R&D théorique.[55] Il n'est pas

---

[53] Pour une excellente étude et critique de la justification coût-bénéfice des brevets et des droits d'auteur, voir Cole « Patents and Copyrights: Do the Benefits Exceed the Costs? » Pour une analyse utile des données probantes à cet égard, voir Palmer, « Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach », pp. 300-2 ; Palmer, « Are Patents and Copyrights Morally Justified? » pp. 820-21, 850-51 ; Bouckaert, « What is Property? » pp. 812-13 ; Leonard Prusak, « Does the Patent System Have Measurable Economic Value? » *AIPLA Quarterly Journal* 10 (1982) : 50-59 ; et Leonard Prusak, « The Economic Theory Concerning Patents and Inventions »*, Economica1* (1934): 30-51.

[54] Voir Cole, « Patents and Copyrights: Do the Benefits Exceed the Costs? » pour d'autres exemples de coûts des lois sur les brevets et les droits d'auteur.

[55] Plant, The Economic Theory Concerning Patents for Inventions, p. 43. Voir aussi Rothbard, *Man, Economy, and State,* pp. 658-59 :

> Il n'est pas du tout évident que les brevets encouragent une augmentation en quantité absolue des dépenses de recherche. Mais il est certain que les brevets faussent le *type* de dépenses de recherche effectuées. [...] Les dépenses de recherche sont donc *surstimulées* dans les premières étapes avant que quiconque ne détienne un brevet, et elles sont *indûment restreintes* dans la période qui suit la réception du brevet. En

clair que la société s'en tire mieux avec des inventions relativement plus concrètes et relativement moins de recherche et développement théorique. En outre, de nombreuses inventions sont brevetées pour des raisons défensives, ce qui se traduit par des salaires d'avocats en brevets et des frais de bureaux de brevets. Ces coûts élevés seraient inutiles s'il n'y avait pas de brevets. En l'absence de lois sur les brevets, par exemple, les entreprises ne dépenseraient pas d'argent pour obtenir ou défendre des brevets aussi ridicules que ceux en Annexe. Il n'a tout simplement pas été démontré que la PI entraîne des gains nets de richesse. Mais ceux qui préconisent le recours à la force contre les biens d'autrui ne devraient-ils pas être responsables de la charge de la preuve ?

Il faut se souvenir que lorsqu'on défend certains droits et certaines lois, et qu'on s'interroge sur leur légitimité, on s'interroge sur la légitimité et l'éthique de l'usage de la *force*. Demander si une loi doit être promulguée ou exister, c'est demander : est-il approprié d'employer la force contre certaines personnes dans certaines circonstances ? Il n'est pas étonnant que cette question ne soit pas vraiment abordée par l'analyse de la maximisation de la richesse. L'analyse utilitariste est complètement confuse et creuse : parler d'augmenter la taille du gâteau est méthodologiquement erroné ; il n'y a aucune preuve évidente que ce gâteau augmente avec les droits de PI. De plus, la croissance du gâteau ne justifie pas le recours à la force contre la propriété par ailleurs légitime d'autrui. Pour ces raisons, la défense utilitariste de la PI n'est pas convaincante.

Quelques Problèmes liés aux Droits Naturels

D'autres libertariens partisans de la PI soutiennent que certaines idées méritent protection par droits de propriété parce qu'elles ont *été créées*.

---

outre, certaines inventions sont considérées comme brevetables, tandis que d'autres ne le sont pas. Le système des brevets a alors pour effet supplémentaire de stimuler artificiellement les dépenses de recherche dans les domaines *brevetables*, tout en restreignant artificiellement la recherche dans les domaines *non brevetables*.

Ayn Rand soutenait les brevets et les droits d'auteur comme « la mise en œuvre juridique de la base de tous les droits de propriété : le droit de l'homme au produit de son esprit ».[56] Pour Rand, les droits de PI sont, dans un sens, la récompense du travail productif. Il n'est que juste qu'un créateur récolte les bénéfices d'autrui en utilisant sa création. Pour cette raison, elle s'oppose en partie au brevet *perpétuel* et au droit d'auteur, car les héritiers à naître du créateur original ne sont pas eux-mêmes responsables de la création de l'œuvre de leur ancêtre.

Un problème de l'approche fondée sur la création est que presque invariablement, elle ne protège que *certains* types de créations ; à moins que, en fait, la moindre idée utile qu'on ait en tête soit soumise à propriété (voir plus à ce sujet ci-dessous). Mais la distinction entre ce qui est protégeable et ce qui ne l'est pas est nécessairement arbitraire. Par exemple, les vérités philosophiques, mathématiques ou scientifiques ne peuvent être protégées en vertu de la loi actuelle au motif que le commerce et les rapports sociaux seraient paralysés si chaque nouvelle expression, vérité philosophique ou autre, était considérée comme la propriété exclusive de son créateur. Pour cette raison, les brevets ne peuvent être obtenus que pour des « applications pratiques » d'idées, mais pas pour des idées plus abstraites ou théoriques. Rand est d'accord avec ce traitement disparate, en tentant de faire la distinction entre une découverte non brevetable et une *invention* brevetable. Elle soutient qu'une « découverte scientifique ou philosophique, qui identifie une loi de la nature, un principe ou un fait de la réalité non connu auparavant » n'est pas *créée* par le découvreur.

Mais la distinction entre création et découverte n'est ni claire ni rigoureuse.[57] Il n'est pas clair non plus pourquoi une telle distinction,

---

[56] Rand, Patents and Copyrights, p. 130.

[57] « Plant a raison de dire que [l]a tâche de distinguer une découverte scientifique de son application pratique, qui peut être brevetable [...] est souvent déroutante pour l'avocat le plus subtil. » « The Economic Theory Concerning Patents for Inventions », pp. 49-50. Dans le même ordre d'idées, la Cour suprême des États-Unis a noté que « [l]a spécification et les revendications d'un brevet [...] constituent l'un des instruments juridiques les plus difficiles à établir avec précision. » *Topliff v Topliff,* 145 US 156, 171, 12 S.Ct. 825 (1892). C'est peut-être

même si elle était limpide, est pertinente sur le plan éthique pour définir les droits de propriété. Personne ne crée de *matière*, on la manipule et la façonne selon les lois physiques. En ce sens, personne ne crée vraiment *quoi que ce soit*. On ne fait que réarranger la matière en de nouveaux arrangements et modèles. Un ingénieur inventant un nouveau piège à souris a réorganisé les pièces existantes pour assurer une fonction qui n'avait jamais été réalisée auparavant. D'autres apprenant l'existence de ce nouvel arrangement peuvent désormais aussi fabriquer un piège amélioré. Pourtant, le piège ne fait que suivre les lois de la nature. L'inventeur n'a pas inventé la matière à partir de laquelle le piège est réalisé, ni les *faits* et les lois exploités pour le faire fonctionner.

De même, la « découverte » par Einstein de la relation $e=mc^2$, une fois connue des autres, leur permet de manipuler la matière d'une manière plus efficace. Sans les efforts d'Einstein ou de l'inventeur, d'autres auraient été *ignorants* de certaines lois causales, de la façon dont la matière peut être manipulée et utilisée. Tant l'inventeur que le théoricien scientifique se lancent dans un effort mental créatif pour produire de nouvelles idées utiles. Pourtant, l'un est récompensé et l'autre ne l'est pas. Dans une affaire récente, l'inventeur d'une nouvelle façon de calculer un nombre représentant le chemin le plus court entre deux points — une technique extrêmement utile — n'a pas obtenu de protection par brevet car il s'agissait « juste » d'un algorithme mathématique.[58] Mais il est arbitraire et injuste de récompenser des inventeurs plus pratiques et des fournisseurs de divertissement, comme l'ingénieur et le compositeur de chansons, et de

---

parce que le droit des brevets n'a pas d'ancrage à des limites objectives des biens réels et tangibles, et qu'il est donc fondamentalement vague, amorphe, ambigu et subjectif. Pour cette dernière raison seulement, on pourrait penser que les objectivistes — des défenseurs acharnés et autoproclamés de l'objectivité et des opposants au subjectivisme — s'opposeraient au brevet et au droit d'auteur.

[58] *In re Trovato, 33* USP2d 1194 (Fed Cir 1994). Une jurisprudence récente a élargi les types d'algorithmes mathématiques et informatiques et de méthodes commerciales qui peuvent être protégés par brevet. Voir, p. ex., *State Street Bank & Trust Co. v Signature Financial Group,* 149 F3d 1368 (Fed Cir 1998). Cependant, quelle que soit la ligne tracée entre les « lois de la nature » et les « idées abstraites » non brevetables et les « applications pratiques » brevetables, le droit des brevets fait toujours nécessairement une distinction entre les deux.

ne pas récompenser les chercheurs et les philosophes en sciences et en mathématiques plus théoriques. La distinction est intrinsèquement vague, arbitraire et injuste.

De plus, l'adoption d'une durée limitée pour les droits de PI, par opposition à un droit perpétuel, exige également des règles arbitraires. Par exemple, les brevets durent 20 ans à compter de la date de dépôt, tandis que les droits d'auteur durent, dans le cas des auteurs individuels, 70 ans après la mort de l'auteur. Personne ne peut sérieusement soutenir que 19 ans pour un brevet est trop court, et 21 ans trop longs, pas plus que le prix actuel d'un litre de lait peut être objectivement qualifié de trop bas ou trop haut.

Par conséquent, un problème de l'approche fondée sur les droits naturels pour valider la PI est qu'elle implique nécessairement des distinctions arbitraires quant aux catégories de créations qui méritent une protection et quant à la durée de la protection.

Bien sûr, une façon d'éviter cette difficulté est de prétendre que *tout* est protégeable par PI, en termes perpétuels (infinis). Spooner[59], par exemple, préconisait des droits perpétuels pour les brevets et le droit d'auteur. Schulman préconise un concept beaucoup plus large de créations ou d'idées protégeables par PI. Il plaide pour des droits de propriété appelés « droits de logo » dans tous les « logos » qu'on crée. Le logo est « l'identité matérielle » ou « l'identité-modèle » des choses créées. Le propriétaire d'un logo serait propriétaire de l'ordre ou du modèle d'information imposé aux substances matérielles ou observé dans celles-ci.

Le plus radical de tous les défenseurs de la PI est Andrew Joseph Galambos, dont les idées, pour ce que j'en comprends, frisent l'absurde.[60]

---

[59] Spooner, The Law of Intellectual Property ; McElroy, « Intellectual Property: Copyright and Patent » ; Palmer, « Are Patents and Copyrights Morally Justified? » pp. 818, 825.

[60] Voir Galambos, *The Theory of Volition,* vol. 1. Evan R. Soulé, Jr., « What Is Volitional Science? », https://web.archive.org/web/20060620071830/http://www.tuspco.com/html/what_is_v-50_.html. Je n'ai lu que des comptes rendus sommaires des théories de Galambos. J'ai aussi rencontré un vrai Galambosien en direct une fois, à ma grande surprise (j'avais supposé qu'il s'agissait de créations fictives de Tuccille [*It Usually*

Galambos croyait que l'homme avait des droits de propriété sur sa propre vie (propriété primordiale) et sur tous les « dérivés non créatifs de sa vie ».[61] Puisque les « premières dérivées » de la vie d'un homme sont ses pensées et ses idées, ses pensées et ses idées sont sa « propriété primaire ». Comme l'action est basée sur la propriété primaire (les idées), les actions sont également possédées ; c'est ce qu'on appelle la « liberté ». Les dérivés secondaires, tels que les terres, les télévisions et autres biens tangibles, sont produits par les idées et l'action. Ainsi, les droits de propriété sur les biens tangibles sont relégués au rang secondaire inférieur par rapport au statut « primaire » des droits de propriété sur les idées. (Même Rand mit une fois les brevets au-dessus des simples droits de propriété sur les biens tangibles, via son idée bizarre que « les brevets sont le cœur et le noyau des droits de propriété ».[62] Peut-on vraiment croire qu'aucun droit de propriété ne fut respecté avant les années 1800, lorsque les droits de brevet furent systématisés ?)

Galambos aurait poussé lui-même ses propres idées jusqu'au ridicule, revendiquant un droit de propriété sur ses propres idées et exigeant de ses élèves qu'ils ne les répètent[63] ; déposant une pièce de 5 cents dans une tirelire chaque fois qu'il utilisait le mot « liberté », comme redevance aux descendants de Thomas Paine, supposé « inventeur » du mot « liberté » ; et modifiant son nom original de Joseph Andrew Galambos (Junior., sans doute) en Andrew Joseph Galambos, pour éviter d'enfreindre les droits de son père sur ce même nom.[64]

Begins with Ayn Rand, pp. 69-71]), à une conférence du Mises Institute il y a quelques années. Ma critique des idées de Galambos dans ce qui suit ne s'applique que dans l'hypothèse où je décris correctement ses vues.

[61] Friedman, « In Defense of Private Orderings », n. 52 ; Foerster, « The Basics of Economic Government ».

[62] Rand, Patents and Copyrights, p. 133.

[63] Friedman, « In Defense of Private Orderings », n. 52.

[64] Tuccille, *It usually Begins with Ayn* R*and,* p. 70. Bien sûr, je suppose que tout Galambosien autre que Galambos lui-même, ayant le même type de dilemme, serait incapable de changer son nom comme une solution au problème, parce que cette solution était l'inaliénable, « absolue » idée de Galambos.

En élargissant le champ de la PI et en prolongeant sa durée pour éviter de telles distinctions arbitraires telles que Rand les fait, l'absurdité et l'injustice causées par la PI deviennent encore plus prononcées (comme le démontre Galambos). Et en prolongeant à l'infini la durée des brevets et des droits d'auteur, les prochaines générations seraient étouffées par des restrictions toujours croissantes envers leur propre utilisation de leur propriété. Personne ne pourrait fabriquer, ni même utiliser, une ampoule sans l'autorisation des héritiers de Thomas Edison. Personne ne pourrait même juste construire une maison sans la permission des héritiers du premier proto-humain qui quitta les cavernes et construisit une hutte. Personne ne pourrait utiliser une quelconque technique de sauvetage, un produit chimique ni un traitement sans obtenir la permission de divers descendants riches et chanceux. Personne ne pourrait faire bouillir d'eau pour la purifier, ni utiliser de saumure pour conserver les aliments, à moins d'avoir obtenu une autorisation de la part des inventeurs de telles techniques (ou de leurs héritiers éloignés).

De tels droits idéaux illimités seraient une menace sérieuse pour les droits de propriété tangible et risqueraient de les submerger. Toute utilisation de biens tangibles serait désormais impossible, car toute utilisation concevable de biens, la moindre action, serait condamnée à enfreindre un des millions de droits de PI passés et accumulés, et l'espèce humaine en mourrait de faim. Mais, comme Rand l'a souligné, les hommes ne sont pas des fantômes ; nous avons un pan spirituel, mais aussi un pan physique.[65] Tout système qui érige les droits sur les idées à un point tel qu'il l'emporte sur les droits envers les choses tangibles n'est manifestement pas un système éthique adapté aux êtres humains qui vivent et respirent. Personne ne peut vraiment agir en accord avec une telle vision illimitée de la PI. Les autres défenseurs de la propriété intellectuelle nuancent tous leur soutien en limitant le champ et/ou les conditions des droits de PI, adoptant ainsi les distinctions éthiques arbitraires mentionnées ci-dessus.

---

[65] Harry Binswanger, éd., *The Ayn Rand Lexicon: Objectivism from A to* Z (New York: New American Library, 1986), pp. 326-27, 467.

Un problème plus profond de la position des jusnaturalistes tient à l'accent inutile mis sur la « création », au lieu de la rareté, comme donnant lieu aux droits de propriété, comme on le verra plus loin.

PI ET DROITS DE PROPRIÉTÉ

Propriété et Rareté

Prenons un peu de recul et réexaminons l'idée des droits de propriété. Les libertariens croient aux droits de propriété des biens tangibles (ressources). Pourquoi ? Qu'est-ce qui fait des biens tangibles des sujets de droits de propriété ? Pourquoi les biens tangibles sont-ils propriété ?

Une réflexion rapide montrera que [NdT : la réponse] est la *rareté*[66] de ces biens : le fait qu'il peut y avoir *conflit* entre de multiples acteurs humains pour accéder à ces biens. La possibilité même d'un conflit pour une ressource la rend rare, ce qui conduit à la nécessité de règles éthiques pour régir son usage. Ainsi, la fonction sociale et éthique fondamentale des droits de propriété est de prévenir les conflits interpersonnels envers les ressources rares.[67] Comme le souligne Hoppe :

> [C]e n'est que parce que la rareté existe qu'il y a aussi un problème de formulation des lois morales ; dans la mesure où les biens sont surabondants (biens « gratuits »), aucun conflit lié à leur utilisation n'est possible et aucune coordination des actions nécessaire. Il s'ensuit donc que toute éthique, correctement conçue, doit être formulée comme une théorie de la propriété, c.-à-d. une théorie de l'affectation de droits de contrôle exclusif sur des moyens rares. Car ce n'est qu'alors

[66] NdT : La traduction la plus juste de l'anglais « scarcity » est « pénurie », ce qui exprime plus finement le manque, ou la possibilité du manque, et non la stricte rareté des ressources, comme cœur du raisonnement économique et du droit. Cependant, la littérature en français utilise le plus souvent « rare » (« scarce ») et « rareté » et nous suivons ici cet usage, avec « pénurie » comme sens.

[67] Le rôle économique fondamental, ou catalyseur, des droits de propriété privée, ainsi que des prix de la monnaie résultant des échanges de biens, est de permettre le *calcul économique*. Voir N. Stephan Kinsella, « Knowledge, Calculation, Conflict, and Law: Review Essay of Randy E. Barnett, *The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law* », *Quarterly Journal of Austrian Economics 2,* no. 4 (Winter 1999) : 49-71.

> qu'il devient possible d'éviter des conflits autrement inévitables et insolubles.[68]

D'autres reconnaissent l'importance de la rareté pour définir ce qu'est une propriété, notamment Plant, Hume, Palmer, Rothbard et Tucker.[69]

La nature contient donc des choses qui sont économiquement rares. Mon utilisation d'une telle chose entre en *conflit* avec (exclut) votre utilisation de celle-ci, et vice versa. La fonction des droits de propriété est de prévenir les conflits interpersonnels envers des ressources rares, en attribuant la propriété exclusive des ressources à des individus déterminés (propriétaires). Pour remplir cette fonction, les droits de propriété doivent être à la fois *visibles* et *justes*. De toute évidence, pour que les individus évitent d'utiliser des biens appartenant à d'autres, les droits et limites de propriété doivent être objectifs (vérifiables intersubjectivement[70]) ; ils doivent être *visibles*.[71] Pour cette raison, les droits de propriété doivent être objectifs et sans ambiguïté. En d'autres termes, « les bonnes clôtures font les bons voisins ».[72]

---

[68] Hans-Hermann Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism* (Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989), p. 235 n. 9.

[69] Plant, The Economic Theory Concerning Patents for Inventions, pp. 35-36; David Hume, *An Inquiry Concerning the Principles of Morals: With a Supplement: A Dialogue* (1751; republié, New York: Liberal Arts Press, 1957); Palmer, « Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach », pp. 261-66 et n. 50 (distinguant la rareté « statique » de la rareté « dynamique »), voir pp. 279-80 ; Palmer, « Are Patents and Copyrights Morally Justified? » pp. 860-61, 864-65; et Rothbard, « Justice and Property Rights », dans *The Logic of Action One,* p. 274 ; sur Tucker, voir McElroy, « Intellectual Property: Copyright and Patent ».

[70] NdT : « Intersubjectivement », c.-à-d. par chaque propriétaire l'un envers l'autre et selon la perspective subjective de chacun. L'objectivité de la propriété se construit par l'accord explicite ou la convention implicite bâtis ou émergeant au-dessus des multiples subjectivités individuelles.

[71] Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism,* pp. 140-41. Je ne veux pas limiter les droits aux voyants ; le terme « visible » signifie ici observable ou perceptible. Je dois cette précision à Gene Callahan.

[72] Robert Frost, The Mending Wall, in North of Boston, 2e éd. (New York: Henry Holt, 1915), pp. 11-13 (S'il vous plaît, ne m'envoyez pas d'e-mail à ce sujet. Je me fiche de ce que Frost voulait « vraiment » dire dans ce poème. J'aime juste bien le dicton.)

Les droits de propriété doivent être démontrables comme *justes* en plus de visibles, car ils ne peuvent remplir leur fonction de prévention des conflits sans être jugés équitables[73] par ceux touchés par les règles.[74] Si les droits de propriété sont attribués injustement, ou simplement pris par force, c'est comme n'avoir aucun droit de propriété du tout ; c'est simplement de nouveau pouvoir contre droit, c.-à-d. la situation antérieure au droit de propriété. Mais comme les libertariens le reconnaissent, suivant Locke, ce n'est que le premier occupant ou utilisateur d'une telle propriété qui peut en être le propriétaire naturel. Seule la règle du *premier occupant*[75] fournit une attribution objective, éthique et non arbitraire de la propriété des ressources rares.[76] Lorsque les droits de propriété sur les ressources rares sont attribués conformément aux règles de première occupation, les limites de la propriété sont visibles et l'attribution est démontrable comme juste. Il est possible d'éviter les conflits avec de tels droits de propriété en place, parce que les tiers peuvent voir et, donc, contourner les limites de

[73] NdT : Au sens de juste, équilibré, de bon sens et justifiable.

[74] Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism,* p. 138.

[75] NdT : Voir notre note sur le terme de « homesteading ».

[76] En ce qui concerne l'approche appropriée à l'égard de la primo-appropriation et la règle du premier utilisateur (la distinction entre le premier et les suivants), voir Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism,* pp. 141-44 ; Hoppe, *The Economics and Ethics of Private Property* (Boston: Kluwer Academic Publishers, 1993), pp. 191-93; Jeffrey M. Herbener, « The Pareto Rule and Welfare Economics » *Review of Austrian Economics* 10, no. 1 (1997) : 105 : « Une fois que l'objet appartient au premier utilisateur, les autres n'ont plus la possibilité d'être son premier utilisateur ; ainsi, leurs préférences à ce moment-là n'ont aucune incidence sur la nature Pareto-supérieure de l'acquisition par le premier utilisateur. » ; et de Jasay, *Against Politics,* pp. 172-79. Sur les justifications éthiques d'un tel système de droits de propriété, voir Hoppe, *Theory of Socialism and Capitalism,* chap. 7; Hoppe, *The Economics and Ethics of Private Property;* Rothbard, *The Ethics of Liberty;* Rothbard, « Justice and Property Rights », dans *The Logic of Action One;* N. Stephan Kinsella, « A Libertarian Theory of Punishment and Rights » *Loyola of Los Angeles Law Review* 30 (Printemps 1996): 607; N. Stephan Kinsella, « New Rationalist Directions in Libertarian Rights Theory », *Journal of Libertarian Studies* 12, no. 2 (Fall 1996) : 313-26.

propriété, et être motivés à le faire parce que l'attribution est juste et équitable[77].

Mais il va certes de soi, vues l'origine, la justification et la fonction des droits de propriété, qu'ils ne s'appliquent qu'à des ressources *rares*. Si nous étions dans un jardin d'Éden où le sol et les autres biens étaient infiniment abondants, il n'y aurait pas de pénurie et donc aucun besoin de règles de propriété ; les concepts de propriété n'auraient pas de sens. L'idée de conflit, et l'idée de droits, ne viendraient même pas à émerger. Par exemple, me faire prendre ma tondeuse à gazon ne m'en priverait pas vraiment si je pouvais en faire apparaître une autre en un claquement de doigts. Dans ces circonstances, prendre une tondeuse à gazon ne serait pas un « vol ». Les droits de propriété ne s'appliquent pas aux choses en abondance infinie, parce qu'elles ne peuvent donner lieu à conflit.

Ainsi, les droits de propriété doivent avoir des limites objectives et discernables, et doivent être accordés selon la règle du premier occupant. En outre, les droits de propriété ne peuvent s'appliquer qu'à des ressources rares. Le problème des droits de PI est que les objets idéaux protégés par les droits de PI ne sont pas rares et, de plus, que ces droits de propriété ne sont pas et ne peuvent pas être accordés selon la règle du premier occupant, comme on le verra plus loin.

Rareté et Idées

Comme la tondeuse à gazon reproductible par magie, les idées ne sont pas rares. Si j'invente une technique de récolte du coton, que vous récoltiez le coton ainsi ne me priverait pas de la technique. Je disposerais encore de ma technique (ainsi que de mon coton). Votre utilisation n'exclurait pas la mienne ; nous pourrions tous deux utiliser ma technique pour récolter le coton. Il n'y aurait pas de rareté économique et il n'y aurait pas de possibilité de conflit quant à l'utilisation d'une ressource rare. L'exclusivité n'est donc pas nécessaire.

De même, si vous copiez un livre que j'ai écrit, j'ai toujours le livre (tangible) original, et « j'ai » aussi encore le motif des mots qui constituent

[77] NdT : Au sens de juste, équilibré, de bon sens et justifiable.

le livre. Ainsi, les œuvres d'auteurs ne sont pas rares au sens qu'une parcelle de terre ou une voiture est rare. Si vous prenez ma voiture, je ne l'ai plus. Mais si vous « prenez » un motif de livre et l'utilisez pour faire votre propre livre physique, j'ai encore ma propre copie. Il en va de même pour les inventions et, en fait, pour tout « modèle » ou information qu'on génère ou possède. Comme l'a écrit Thomas Jefferson — lui-même inventeur et le premier examinateur de brevets des États-Unis — « Celui qui de moi reçoit une idée, reçoit l'instruction lui-même sans diminuer la mienne ; celui qui allume sa chandelle à la mienne, reçoit la lumière sans m'obscurcir ».[78] Comme l'utilisation de l'idée d'autrui ne le prive pas de son utilisation, aucun conflit sur son utilisation n'est possible ; les idées, donc, ne sont pas candidates au droit de propriété. Même Rand a reconnu que « la propriété intellectuelle ne peut être consommée ».[79]

---

[78] Thomas Jefferson à Isaac McPnerson, Monticello, 13 août 1813, lettre, dans *The Writings of Thomas Jefferson,* vol. 13, ed. A.A. Lipscomb et A.E. Bergh (Washington, D.C.: Thomas Jefferson Memorial Association, 1904), pp. 326-38. Jefferson reconnut que parce que les idées ne sont pas rares, les brevets et le droit d'auteur ne sont pas des droits naturels et ne peuvent être justifiés, le cas échéant, que par des motifs utilitaristes pour promouvoir des inventions et œuvres littéraires utiles (et même alors ils doivent être créés par une loi, puisqu'ils ne sont pas des droits naturels). Voir Palmer, « Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach », p. 278 n. 53. Cela ne signifie pas pour autant que Jefferson soutenait les brevets, même pour des raisons utilitaristes. L'historien des brevets Edward C. Walterscheid explique que « tout au long de sa vie, [Jefferson] a conservé un scepticisme sain quant à la valeur du système des brevets. » « Thomas Jefferson and the Patent Act of 1793 », *Essays in History* 40 (1998).

[79] Rand, Patents and Copyrights, p. 131. Mises, dans *Human Action,* p. 661, reconnaît qu'il n'est pas nécessaire d'économiser l'emploi de « formules », « parce que le service qu'elles rendent ne peut être épuisé. » A la page 128, il indique :

> Une chose qui rend de tels services illimités est, par exemple, la connaissance de la relation causale impliquée. La formule, la recette qui nous apprend à préparer le café, à condition qu'elle soit connue, rend des services illimités. Elle ne perd rien de sa capacité à produire quelle que soit la fréquence de son utilisation ; sa puissance productive est inépuisable ; elle n'est donc pas un bien économique. L'homme qui agit n'est

Les idées ne sont pas rares naturellement. Cependant, en reconnaissant un droit sur un objet idéal, on *crée* une pénurie là où aucune n'existait auparavant. Comme l'explique Arnold Plant :

> C'est une particularité des droits sur les brevets (et les droits d'auteur) qu'ils ne découlent pas de la rareté des objets qui font l'objet de l'appropriation. Ils ne sont pas une *conséquence* de la rareté. Il s'agit de la création délibérée d'un statut législatif et, alors qu'en général l'institution de la propriété privée permet de préserver des biens rares, tendant [...] à nous amener à en « tirer le meilleur parti », les droits sur les brevets et les droits d'auteur permettent de créer une pénurie des produits appropriés qui sinon ne pourrait être maintenue.[80]

Bouckaert soutient également que c'est la rareté naturelle qui engendre le besoin de règles de propriété et que les lois sur la PI créent une rareté artificielle et injustifiable.

Comme il le souligne :

> La rareté naturelle est celle qui découle de la relation entre l'homme et la nature. La rareté est naturelle lorsqu'il est possible de la concevoir avant tout accord humain, institutionnel, contractuel. La rareté artificielle, en revanche, est le résultat de tels accords. La rareté artificielle ne peut guère servir de justification au cadre juridique à l'origine de

---

> jamais confronté à une situation dans laquelle il doit choisir entre la valeur d'usage d'une formule connue et toute autre chose utile.

Voir aussi p. 364.

[80] Plant, The Economic Theory Concerning Patents for Inventions, p. 36. Voir aussi Mises, *Human Action,* p. 364 : « De telles recettes sont, en règle générale, gratuites car leur capacité à produire des effets précis est illimitée. Elles ne peuvent devenir des biens économiques que si elles sont monopolisées et que leur utilisation est restreinte. Tout prix payé pour les services rendus par une recette est toujours un prix de monopole. Il est sans intérêt si la restriction de l'utilisation d'une recette est rendue possible par des conditions institutionnelles — comme les brevets et les lois sur le droit d'auteur — ou par le fait qu'une formule est tenue secrète et que les autres ne la devinent pas. »

> cette rareté. Un tel argument serait parfaitement circulaire. Au contraire, la rareté artificielle elle-même requiert une justification.[81]

Ainsi, Bouckaert soutient que « seules les entités naturellement rares sur lesquelles un contrôle physique est possible sont susceptibles d'être » protégées par de *véritables* droits de propriété.[82] Pour les objets idéaux, la seule protection possible est celle qu'on peut obtenir via des droits *personnels*, c'est-à-dire le contrat (voir plus loin).[83]

---

[81] Bouckaert, « What is Property? » p. 793; voir aussi pp. 797–99.

[82] Bouckaert, What is Property? pp. 799, 803.

[83] On pourrait également soutenir que les objets idéaux méritent une protection juridique en tant que propriété parce qu'ils sont des « biens publics », c'est-à-dire en raison des externalités négatives qui surviennent si la PI n'est pas protégée par la loi. Toutefois, la notion de biens publics n'est ni cohérente ni justifiable. Voir Palmer, « Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach », pp. 279-80, 283-87 ; Hans-Hermann Hoppe, « Fallacies of the Public Goods Theory and the Production of Security », *Journal of Libertarian Studies 9,* no. 1 (Hiver 1989) : 27; voir aussi Hoppe, *The Economics and Ethics of Private Property,* chap. 1. Comme Palmer l'indique :

> le coût de production d'un service ou d'un bien comprend non seulement la main-d'œuvre, la promotion du capital et les autres composantes de coût, mais aussi les coûts de clôture (ou d'exclusion). Les cinémas, par exemple, investissent dans des dispositifs d'exclusion comme les guichets, les murs et les huissiers, tous conçus pour empêcher les non-payants de jouir du service. Alternativement, bien sûr, les propriétaires de films pourraient installer des projecteurs et des écrans dans les parcs publics et essayer ensuite d'empêcher les passants de regarder, ou ils pourraient demander à l'administration de forcer tous les non contributeurs à porter des lunettes spéciales qui les empêchent de regarder le film. Les « drive-in », face à la perspective de passagers clandestins regardant par-dessus les murs, ont installé — à un coût considérable — des écouteurs individuels pour chaque voiture, rendant ainsi la partie visuelle du film accessible au public peu intéressante. [...] Les coûts de l'exclusion sont impliqués dans la production de pratiquement tous les biens imaginables. Il n'y a aucune

Seules des ressources tangibles et rares sont l'objet possible de conflits interpersonnels, de sorte que c'est pour elles seules que les règles de propriété s'appliquent. Ainsi, les brevets et les droits d'auteur sont des monopoles injustifiables accordés par la législation étatique. Il n'est pas surprenant que, comme le souligne Palmer, « [l]e privilège de monopole et la censure soient à la racine historique du brevet et du droit d'auteur ».[84] C'est ce privilège de monopole qui crée une pénurie artificielle là où il n'en existait pas auparavant.

Rappelons que les droits de PI confèrent aux créateurs de modèles des droits partiels de contrôle — de propriété — sur les biens tangibles de tous les autres. Le créateur de modèles dispose d'une propriété partielle sur la propriété d'autres, en vertu de son droit de PI, car il peut leur interdire d'effectuer certaines actions *avec leur propre propriété*. L'auteur *X*, par exemple, peut interdire à un tiers, Y, d'inscrire un certain motif de mots sur les propres pages blanches de *Y* avec la propre encre de Y.

En clair, juste par l'écriture d'une expression originale d'idées, simplement en pensant et enregistrant un *motif* original d'informations, ou en trouvant une nouvelle façon d'utiliser sa propre propriété (recette), le créateur de PI devient aussitôt et par magie le propriétaire partiel de la propriété d'autrui. Il a son mot à dire sur la façon dont les tiers peuvent utiliser leurs biens. Les droits de PI modifient le *statu quo* en redistribuant la propriété d'individus d'une catégorie (propriétaires de biens tangibles)

> raison impérieuse d'isoler certains biens et d'insister pour que l'État prenne en charge leurs coûts de production par une sorte d'action collective sanctionnée par l'État, simplement parce qu'il a décidé de rendre le bien disponible sur une base non exclusive.

Palmer, « Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach », pp. 284-85. Il n'y a aucun moyen de montrer que les idées sont clairement des biens publics. De plus, même si les idées étaient des biens publics, cela ne justifierait pas de les traiter comme des droits de propriété, pour les mêmes raisons que les mesures d'accroissement de la richesse ne sont pas nécessairement justifiées, comme nous l'avons vu précédemment.

[84] Palmer, « Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach », p. 264.

aux individus d'une autre (auteurs et inventeurs). À première vue donc, le droit de la PI empiète sur ou « prend » la propriété des propriétaires de biens tangibles, en transférant une partie de la propriété aux auteurs et inventeurs. C'est cette invasion et cette redistribution de propriété qui doivent être justifiées pour que les droits de PI soient valides. Nous voyons donc que les arguments utilitaristes ne font pas l'affaire. D'autres problèmes liés aux arguments des droits naturels sont examinés ci-dessous.

Création contre Rareté

Certaines incohérences et certains problèmes touchant les théories des droits naturels de la PI ont été signalés plus haut. La présente section examine d'autres problèmes de ces arguments, à la lumière de la discussion précédente sur l'importance de la rareté.

Comme déjà évoqué, certains défenseurs libertariens de la PI, comme Rand, soutiennent que la *création* est la source des droits de propriété.[85] Cela brouille la nature et les raisons des droits de propriété, qui résident dans le fait indéniable de la rareté. *Étant donné* la rareté des ressources et la possibilité correspondante de conflits dans leur utilisation, les conflits sont évités et la paix et la coopération sont assurées par l'attribution de droits de propriété sur ces ressources. Et l'objet des droits de propriété dicte la nature de telles règles. Car si les règles d'attribution des droits de propriété doivent servir de règles objectives sur lesquelles tous peuvent s'entendre afin d'éviter les conflits, elles ne peuvent être biaisées ou arbitraires.[86] Pour cette raison, les ressources non possédées deviennent propriété — primo-occupées ou appropriées — du *premier* possesseur.[87]

---

[85] Voir Rand, « Patents and Copyrights » ; Kelley, « Response to Kinsella » ; Franck, « Intellectual and Personality Property » et « Intellectual Property Rights: Are Intangibles True Property? ».

[86] Voir Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism*, chap. 7, en particulier p. 138.

[87] Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism,* p. 142 ; de Jasay, *Against Politics,* pp. 172-79; et Herbener, « The Pareto Rule and Welfare Economics », p. 105.

La règle générale est donc que la propriété d'une ressource rare donnée peut être identifiée en déterminant qui l'a occupée en premier. Il existe différentes façons de posséder ou d'occuper des ressources, et différentes façons de démontrer ou de prouver une telle occupation, selon la nature de la ressource et l'usage qui en est fait. Ainsi, je peux cueillir une pomme dans la nature et ainsi me l'approprier, ou je peux clôturer une parcelle de terre pour une ferme. On dit parfois qu'un type d'occupation est de « former » ou de « créer » la chose.[88] Par exemple, je peux sculpter une statue dans un bloc de marbre, forger une épée en métal brut, ou même « créer » une ferme sur une parcelle de terre.

On peut voir à partir de ces exemples que la création n'a de pertinence sur la question de la propriété d'une ressource rare « créée » donnée, telle qu'une statue, une épée ou une ferme, que dans la mesure où l'acte de création est un acte d'occupation ou sinon une preuve de première occupation. Cependant, la « création » elle-même ne justifie pas l'appropriation des choses ; elle n'est ni nécessaire ni suffisante. On ne peut pas *créer* une ressource rare contestable sans utiliser au préalable les matières premières requises pour créer le produit. Mais ces matières premières sont rares, et soit je les possède, soit pas. Dans ce cas, je ne possède pas le produit obtenu. Si je possède les composants, alors, en vertu de cette propriété, je possède la chose résultante en laquelle je les transforme.

Considérez forger une épée. Si je possède du métal brut (parce que je l'ai extrait du sol que je possédais), alors je possède le même métal après en avoir fait une épée. Je n'ai pas besoin de compter sur le fait de la création pour posséder l'épée, mais juste sur ma possession des facteurs utilisés pour fabriquer l'épée.[89] Et je n'ai pas besoin de la création pour posséder

---

[88] « L'occupation ou la prise de possession peut prendre trois formes : (1) en le saisissant directement physiquement, (2) en le façonnant, et (3) en le désignant simplement comme le nôtre. » Palmer, « Are Patents and Copyrights Morally Justified? » p. 838.

[89] Je n'ai pas non plus besoin de compter sur la « propriété » de mon travail ; à proprement parler, le travail ne peut pas être possédé, et il n'est pas nécessaire de compter sur la propriété du travail pour montrer que je conserve la possession de ma propriété lorsque je la transforme.

les facteurs, puisque je peux me les approprier en les extrayant simplement du sol et en devenant ainsi le premier possesseur. D'un autre côté, si je fabrique une épée en utilisant *votre* métal, je ne possède pas l'épée produite. En fait, je pourrais vous devoir des dommages et intérêts pour intrusion ou appropriation.

La création n'est donc ni nécessaire ni suffisante pour établir la propriété. L'accent mis sur la création détourne l'attention du rôle crucial de la première occupation en tant que règle de propriété pour répondre au fait fondamental de la rareté. La première occupation, et non la création ou le travail, est à la fois nécessaire et suffisante pour la primo-appropriation de ressources rares non possédées.

Une des raisons de l'insistance inutile mise sur la création comme source des droits de propriété peut être l'accent mis par certains sur le *travail* comme moyen de primo-approprier les ressources non possédées. Cela est manifeste dans l'argument où l'on s'approprie la propriété non possédée en y mélangeant son travail *parce qu'on* « possède » son travail. Cependant, comme Palmer le souligne justement, « *l'occupation, et non le travail*, est l'acte par lequel les choses externes deviennent propriété ».[90] En se concentrant sur la première occupation, plutôt que sur le travail, comme clé de la primo-appropriation, il n'est pas besoin de faire de la création la source des droits de propriété, comme le font les Objectivistes et autres. À la place, les droits de propriété doivent être reconnus aux premiers arrivés (ou à leurs cessionnaires contractuels) afin d'éviter le problème omniprésent du conflit pour les ressources rares. La création elle-même n'est ni nécessaire ni suffisante pour avoir droit à des ressources non possédées. De plus, il n'est pas nécessaire de maintenir l'étrange vision qu'on « possède » son travail pour posséder les choses qu'on occupe en premier. Le travail est un type d'action, et l'action n'est pas « possédable »[91] ; c'est plutôt la façon dont certaines choses tangibles (p. ex., les corps) agissent dans le monde.

---

[90] Palmer, « Are Patents and Copyrights Morally Justified? » p. 838 (italiques ajoutés), citant Georg W.F. Hegel, *Hegel's Philosophy of Right,* trad. T.M. Knox. (1821; republié, London: Oxford University Press, 1967), pp. 45-46.

[91] NdT : c.à-d. objet de propriété, donc de possession.

Le problème de la défense de la PI par les droits naturels réside donc dans l'argument selon lequel parce qu'un auteur-inventeur « crée » quelque « chose », il serait « donc » en droit de la posséder. L'argument soulève la question en supposant d'abord que l'objet idéal peut être possédé ; une fois cela accordé, il semble naturel que le « créateur » de cet objet de propriété en soit le propriétaire naturel et propre. Cependant, les objets idéaux ne sont pas possédables.

Selon l'approche libertarienne, *lorsqu'il y* a une ressource rare (possédable), son propriétaire est identifié en déterminant son premier occupant. Dans le cas des biens « créés » (sculptures, fermes, etc.), on peut parfois supposer que le créateur est aussi le premier occupant en vertu de la collecte des matières premières et de l'acte même de création (imposer un modèle à la matière, la façonner en artéfact et équivalents). Mais ce n'est pas la création *en soi* qui donne lieu à appropriation, comme on l'a vu plus haut.[92] Pour des raisons similaires, l'idée de Locke de « mélanger le travail » avec une ressource rare n'est pertinente que parce qu'elle *indique*

[92] Même des partisans de la PI tels que Rand ne soutiennent pas que la création *per se* est suffisante pour donner naissance à des droits, ou même que la création est nécessaire. Ce n'est pas nécessaire parce que la propriété non possédée peut être appropriée en l'occupant simplement, ce qui n'implique aucune « création » à moins qu'on étire le concept sans fin. Ce n'est pas non plus satisfaisant, car Rand ne maintient certainement pas que la création d'un article à partir d'une matière première appartenant à *autrui* confère au voleur-créateur la propriété de l'article. Le point de vue de Rand implique même que les droits, y compris les droits de propriété, ne surviennent que lorsqu'il y a une possibilité de conflit. Rand, par exemple, considère les droits comme un concept social qui ne surgit que lorsqu'il y a plus d'une personne. Voir Rand, « Man's Rights », in *Capitalism: The Unknown Ideal,* p. 321: « Un "droit" est un principe moral qui définit et sanctionne la liberté d'action d'un homme dans un contexte social. » En effet, comme l'affirme Rand, « les droits de l'homme ne peuvent être violés que par l'usage de la force physique », c'est-à-dire par un conflit pour une ressource rare. « The Nature of Government », dans *Capitalism: The Unknown Ideal,* p. 330. A la p. 334, Rand tente (sans succès) de justifier l'administration, l'agent qui fait respecter les droits, en se basant sur le fait qu'il peut y avoir des « désaccords honnêtes » — c'est-à-dire des conflits — même entre hommes « pleinement rationnels et d'une morale sans faille ». Ainsi, dans la théorie de Rand, la création *per se* n'est ni nécessaire ni suffisante, tout comme dans la théorie de la propriété préconisée ici.

que l'utilisateur a possédé la propriété (car la propriété doit être possédée pour pouvoir être travaillée). Ce n'est pas parce que le travail doit être récompensé, ni parce que nous « possédons » le travail et « donc » ses fruits. En d'autres termes, création et mélange de travail *indiquent* quand on a occupé — et, par conséquent, primo-occupé — des ressources rares non possédées.[93]

---

[93] C'est pour ces raisons que je suis en désaccord avec l'approche centrée sur la création des objectivistes David Kelley et Murray Franck. Selon Franck, « Intellectual and Personality Property », p. 7, « bien que les droits de propriété aident à "rationner" la rareté, la rareté n'est pas le fondement des droits de propriété. Le point de vue selon lequel elle le serait [...] semble inverser la cause et l'effet en ce sens qu'il considère les droits comme une fonction des besoins de la société plutôt que comme inhérents à l'individu qui, à son tour, doit vivre dans la société. »

Je ne suis pas sûr de ce que cela signifie de dire que les droits, qui sont des concepts relationnels qui ne s'appliquent que dans un contexte social, sont « inhérents » à un individu, ou qu'ils sont « fonctions » de quelque chose. La première notion frise le positivisme (en impliquant que les droits ont une « source », comme s'ils pouvaient être décrétés par Dieu ou l'administration), et la seconde frise le scientisme (en utilisant la notion mathématique et de sciences naturelles précise des « fonctions »). Et l'argument en faveur des droits de propriété ne repose pas sur la nécessité de « rationner » des biens rares, mais plutôt sur la nécessité pour les individus d'employer des moyens pour atteindre leurs fins et d'éviter les conflits interpersonnels à ce sujet. Ainsi, la rareté n'est pas la « base » des droits de propriété, mais une condition de base nécessaire qui doit être remplie avant que les droits de propriété puissent apparaître ou avoir un sens ; les conflits ne peuvent surgir que pour des ressources rares et non abondantes. (Comme nous l'avons souligné dans la note de bas de page précédente, l'Objectivisme soutient également que la possibilité d'un conflit est une condition tout aussi nécessaire).

De plus, l'argument de la rareté avancé ici n'est pas plus une « fonction des besoins de la société » que l'approche Objectiviste de Franck. Franck pense que les hommes « ont besoin » de pouvoir créer des choses pour survivre dans un contexte social où la présence d'autres hommes rend possible les disputes. « Ainsi, » la loi devrait protéger les droits des choses créées. Mais l'argument fondé sur la rareté reconnaît que les hommes « ont besoin » de pouvoir utiliser des ressources rares et que cela exige d'éviter les conflits ; ainsi, la loi devrait attribuer des droits de propriété sur des ressources rares. Quels que soient les mérites relatifs des positions fondées sur la création et de celles fondées sur la rareté,

l'argument de la rareté n'est pas plus collectiviste que celui de la création, et l'argument de la création n'est pas plus individualiste que celui de la rareté.

Kelley, dans « Response to Kinsella » p. 13, écrit :

> Les droits de propriété sont nécessaires parce que l'homme a besoin de subvenir à sa vie par l'utilisation de sa raison. La tâche première à cet égard est de créer des valeurs qui satisfont les besoins humains, plutôt que de se fier à ce que nous trouvons dans la nature, comme le font les animaux. [...] La base essentielle des droits de propriété réside dans le phénomène de la création de valeur. [...] La rareté devient une question pertinente lorsqu'on considère l'utilisation de choses de la nature, comme la terre, comme intrants dans le processus de création de valeur. En règle générale, je dirais que deux conditions sont nécessaires pour s'approprier les choses de la nature et en faire sa propriété : (1) il faut en faire un usage productif et (2) cet usage productif doit exiger un contrôle exclusif sur elles, c'est-à-dire le droit d'en exclure d'autres. [...] La condition (2) ne s'applique que lorsque la ressource est rare. Mais pour les choses qu'on a créées, comme un nouveau produit, l'acte de création est la source du droit, indépendamment de la rareté. (italique ajouté).

Mes raisons de désaccord avec Kelley devraient être évidentes, mais permettez-moi de souligner que toute action humaine, y compris la création de « valeurs », doit reposer sur l'utilisation de moyens rares, c'est-à-dire les biens matériels du monde. Chaque acte de création emploie des choses faites d'atomes déjà existants ; ni ce fait, ni sa reconnaissance, n'est animal dans aucun sens péjoratif. Le fait que les hommes, par opposition aux animaux, souhaitent créer des valeurs d'ordre supérieur en utilisant des ressources rares ne change rien à cette analyse. Deuxièmement, M. Kelley prône deux règles distinctes pour l'appropriation de ressources rares : en utilisant d'abord la ressource et en créant un modèle nouveau, utile ou artistique avec sa propre propriété, ce qui donne au créateur le droit d'empêcher tous les autres d'utiliser un modèle semblable, même avec sa propre propriété. Comme nous le verrons plus loin, ces deux règles sur la primo-occupation sont en conflit, et seules les premières peuvent être justifiées. Enfin, Kelley affirme que le créateur d'un nouveau produit en est propriétaire parce qu'il l'a créé, peu importe sa rareté. Si Kelley veut dire ici un produit tangible, comme un piège à souris, un tel bien est une chose réelle, rare et tangible.

En se concentrant sur la création et le travail, plutôt que sur la première occupation de ressources rares, comme étalon des droits de propriété, les défenseurs de la PI sont conduits à trop insister sur l'importance de la « récompense » du travail des créateurs, un peu comme la théorie du travail erronée d'Adam Smith a mené aux vues communistes de Marx sur l'exploitation, bien plus fausse encore.[94] Comme vu plus haut, pour Rand, les droits de PI sont, dans un sens, la récompense du travail productif, c'est-à-dire du *travail*. Rand et d'autres défenseurs jusnaturalistes des droits de PI semblent adopter un raisonnement mixte de droits naturels-utilitaristes en soutenant que la personne qui investit temps et efforts doit être récompensée ou bénéficier de cet effort (p. ex. Rand s'est opposée au brevet perpétuel et au droit d'auteur parce que les descendants éloignés n'ont pas créé les œuvres de leurs ancêtres, ils ne méritent aucune récompense).[95]

Vraisemblablement, le créateur possédait les rares matières premières qu'il transformait en produit final. Mais il n'a pas besoin d'avoir un droit sur l'objet idéal de l'idée ou du modèle du piège à souris pour posséder le produit final lui-même ; il possédait déjà les matières premières, et les possède toujours après les avoir remodelées. Si Kelley veut plutôt dire qu'en créant un modèle ou une idée, on acquiert le droit de contrôler les maigres ressources de tous les autres, alors il préconise un nouveau type de primo-occupation, que je critique ci-dessous.

[94] Voir, p. ex., Murray N. Rothbard, *Economic Thought Before Adam Smith: An Austrian Perspective on the History of Economic Thought,* vol. 1 (Brookfield, Vt: Edward Elgar, 1995), p. 453: « C'est en effet Adam Smith qui est presque le seul responsable de l'injection dans l'économie de la théorie de la valeur du travail. Et c'est donc Smith qui peut être tenu responsable de l'émergence et des conséquences de Marx. » Même les penseurs les plus avisés insistent parfois indûment sur l'importance du travail dans le processus de primo-occupation et sur sa capacité d'être « possédée ». Rothbard lui-même, par exemple, implique qu'un individu « possède sa propre personne et donc son propre travail ». Rothbard, « Justice and Property Rights », p. 284, italique ajouté ; voir aussi Rothbard, *The Ethics of Liberty,* p. 49. C'est une métaphore trompeuse que de parler de « posséder son propre travail » (ou sa propre vie ou ses propres idées). Le droit d'utiliser ou de tirer profit de son travail n'est qu'une conséquence du contrôle de son corps, tout comme le droit à la « liberté d'expression » n'est qu'une conséquence, ou un dérivé, du droit à la propriété privée, comme Rothbard le reconnaît dans The Ethics of Liberty, particulièrement dans le chap. 15.

[95] Voir aussi Reisman, *Capitalism,* pp. 388–89.

De plus, dans un étrange mélange de droits naturels et de pensée utilitariste, l'approche des droits naturels de la PI implique qu'une chose est propriété si elle peut avoir une *valeur*. Mais comme Hoppe l'a montré de façon tranchée, on ne peut avoir un droit de propriété sur la valeur de sa propriété, mais seulement sur son intégrité physique.[96] De plus, bien des « choses » définies arbitrairement peuvent acquérir une valeur économique si l'administration accorde un monopole sur son utilisation, même si la chose n'est sinon pas une ressource rare (p. ex., le pouvoir monopolistique du service postal de livrer des lettres de « première classe »).

Deux Types de Primo-Occupation

Mais qu'y a-t-il, cependant, de mal à reconnaître de « nouveaux » droits de propriété ? Après tout, puisque les nouvelles idées, les créations artistiques et les innovations nous enrichissent continuellement, quel mal y a-t-il à évoluer avec le temps en reconnaissant de nouvelles formes de propriété ? Le problème est que, si les droits de propriété sont reconnus sur des ressources non rares, cela signifie nécessairement que les droits de propriété sur les ressources tangibles sont réduits en rapport. Cela parce que la seule façon de reconnaître des droits idéaux, dans notre monde réel de pénurie, est d'attribuer des droits sur des biens tangibles. Pour moi, avoir un droit de brevet effectif — un droit sur une idée ou un modèle, pas sur une ressource rare — signifie que j'ai un certain contrôle sur les ressources rares de tous les autres.

En fait, on peut voir que les droits de PI impliquent une nouvelle règle d'acquisition de droits sur des ressources rares, ce qui va à l'encontre du principe libertarien de primo-occupation. Car, selon la primo-occupation Locke-libertarienne, c'est le *premier occupant* d'une ressource rare auparavant libre qui se l'approprie, c.-à-d. qui en devient propriétaire. Un retardataire qui prendrait le contrôle de tout ou partie d'un tel bien serait simplement un voleur, parce que le bien est déjà possédé. Le voleur propose en effet une nouvelle règle arbitraire d'appropriation pour

[96] Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism,* pp. 139-41, 237 n. 17.

remplacer la règle du premier occupant, à savoir la règle particulariste « Je deviens propriétaire d'un bien lorsque je vous le prends de force ». Bien sûr, une telle règle n'en est pas une du tout et elle est clairement inférieure à la règle du premier possesseur. La règle du voleur est particulière, non universelle ; elle n'est pas juste, et elle n'est certainement pas conçue pour éviter les conflits.

Les partisans de la PI doivent également préconiser l'adoption d'une nouvelle règle de primo-occupation pour compléter, sinon remplacer, la règle d'appropriation du premier possesseur. Ils doivent soutenir qu'il existe une *deuxième* façon pour un particulier de devenir propriétaire d'un bien matériel. En d'autres termes, l'avocat de la PI doit proposer une règle de primo-occupation qui s'inspire de ce qui suit : « Une personne qui a une idée utile ou créative qui peut guider ou diriger un acteur dans *l'utilisation* de ses propres biens tangibles obtient ainsi aussitôt le droit de contrôler l'utilisation similaire de tous les autres biens tangibles dans le monde. » Cette technique « ultramoderne » de primo-occupation est si puissante qu'elle donne au créateur des droits sur les biens corporels *appartenant déjà* à des tiers.

Par exemple, en inventant une nouvelle technique pour creuser un puits, l'inventeur peut empêcher tous les *autres* dans le monde de creuser des puits de cette manière, *même sur leur propre propriété*. Pour prendre un autre exemple, imaginez l'époque où les hommes vivaient dans des grottes. Un homme brillant — appelons-le Galt-Magnon[97] — décide de construire une cabane en bois sur un champ dégagé, près de ses cultures. Bien sûr, c'est une bonne idée, et d'autres le remarquent. Ils imitent naturellement Galt-Magnon, et ils commencent à construire leurs propres cabanes. Mais le premier homme qui inventerait une maison, selon les défenseurs de la PI, aurait le droit d'empêcher d'autres personnes de construire des maisons sur leur propre terrain, avec leurs propres rondins, ou de leur imposer une redevance s'ils insistent à construire des maisons. Il est évident que l'innovant dans ces exemples devient un *propriétaire partiel* du bien corporel (p. ex., un terrain et des rondins) d'autrui, *non* en raison de sa première occupation et utilisation (car il est déjà possédé)

[97] NdT : En référence à John Galt, héro libertarien du roman « La Grève » (en anglais « Atlas Shrugged ») écrit par Ayn Rand.

mais parce qu'il lui est *venu une idée*. Manifestement, cette règle va à l'encontre de la règle d'appropriation du premier utilisateur, venant s'imposer arbitrairement et sans fondement à la règle même de primo-occupation qui est à la base de tous les droits de propriété.

En fait, il n'y a aucune raison pour que le simple fait d'innover donne à l'innovant le contrôle partiel de la propriété que les autres possèdent déjà. Ce n'est pas parce qu'une règle peut être proposée qu'elle est applicable ou juste. Bien des règles arbitraires pourraient être rêvées pour attribuer des droits de propriété. Par exemple, un raciste pourrait proposer que n'importe quelle personne blanche puisse s'approprier n'importe quelle propriété déjà appropriée en premier par une personne noire. Ou : le *troisième* occupant d'une ressource rare en devient propriétaire. Ou : l'État peut posséder tous les biens d'équipement, même s'ils ont déjà été acquis par des individus. Ou : par décret législatif, l'État peut, sous forme d'impôts, accaparer une partie des propriétés qui appartiennent déjà à des particuliers. Toutes ces règles arbitraires, y compris la règle de PI selon laquelle les innovants exercent un contrôle partiel sur les ressources tangibles de tous les autres, sont injustifiables. Elles sont toutes en conflit avec la seule règle justifiable d'appropriation, *la première occupation*. Aucune d'entre elles n'établit des règles équitables et objectives qui évitent les conflits interpersonnels pour des ressources rares. Les discussions sur la protection des droits dans les « idées », les « créations » ou les « objets de valeur » ne servent qu'à masquer le fait que le promoteur de la PI s'oppose à la pureté du droit de s'approprier et de posséder une propriété privée.

LA PI EN TANT QUE CONTRAT

Les Limites du Contrat

La loi devrait donc protéger les droits individuels sur son propre corps et sur les ressources rares (propriété) acquises de façon légitime. Il n'y a pas de droit naturel aux objets idéaux — à ses innovations intellectuelles ou à ses créations — mais seulement aux ressources rares. De nombreux opposants aux droits de PI ne soutiennent généralement que les arrangements *contractuels* visant à protéger les idées et les innovations : des contrats privés entre propriétaires.[98] Supposons, par exemple, que *A* écrive un livre et vende des copies physiques de celui-ci à de nombreux acheteurs B_1, B_2 ... B_N, à la condition contractuelle que chaque acheteur *B* s'engage à ne pas faire ni vendre une copie du texte. Selon toutes les théories du contrat, tous les acheteurs *B* deviennent responsables envers *A*, au moins pour les dommages, s'ils violent ces dispositions.[99]

Mais les partisans de l'approche contractuelle de la PI se trompent s'ils croient que le contrat privé peut être utilisé pour recréer le même type de protection que les droits de PI modernes. Le brevet et le droit d'auteur sont opposables à *tous* les tiers, indépendamment de leur consentement à un contrat. Ce sont des droits *réels* qui engagent tout le monde, de la même façon que mon titre sur une parcelle de terre oblige *tout le monde* à respecter ma propriété, même s'ils n'ont pas de contrat avec moi. Un contrat, en revanche, n'engage que les signataires du contrat. C'est comme

---

[98] Voir McElroy, « Intellectual Property: Copyright and Patent » ; Roy Halliday, « Ideas as Property », *Formulations* 4, no. 4 (Eté 1997) ; Bouckaert, « What is Property? » pp. 804-5; Palmer, « Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach », pp. 280, 291-95; Palmer, « Are Patents and Copyrights Morally Justified? » pp. 821 n. 8, 851-55, 864; et Richard O. Hammer, « Intellectual Property Rights Viewed as Contracts », *Formulations* 3, no. 2 (Winter 1995-96).

[99] Voir, p. ex., Kinsella, « A Theory of Contracts » ; Rothbard, *The Ethics of Liberty,* chap. 19 ; Williamson M. Evers, « Toward a Reformulation of the Law of Contracts », *Journal of Libertarian Studies* 1, no. 1 (Winter 1977) ; 3-13; et Randy E. Barnett, « A Consent Theory of Contract », *Columbia Law Review* 86 (1986): 269-321.

le droit privé entre les parties.[100] Il n'engage pas les tiers, c.-à-d. ceux qui n'ont pas d'engagement avec les parties initiales.[101]

Ainsi, si l'acheteur de livre *B* raconte à des tiers T l'intrigue du roman acheté, ces tiers T ne sont pas engagés, en général, par l'obligation contractuelle originale entre *A* et *B*. Si j'apprends comment ajuster le carburateur de mon véhicule pour doubler son efficacité, ou si j'apprends un poème, ou un scénario de film écrit par quelqu'un d'autre, pourquoi devrais-je faire croire que je ne sais rien à ce propos et ne pas tirer parti de ce savoir ? Je ne me suis pas engagé par contrat envers le créateur. Je ne nie pas que les obligations contractuelles peuvent être implicites ou tacites, mais il n'existe même pas de contrat implicite dans de telles situations.

On ne peut pas non plus dire de façon générale que j'ai volé ou obtenu frauduleusement l'information, car les gens disposent de nombreuses façons légitimes d'obtenir de l'information. Les œuvres artistiques, de par leur nature même, sont généralement rendues publiques. Les découvertes et innovations scientifiques peuvent également être connues au-delà des signataires d'accords de confidentialité. Et on ne peut certainement pas dire que mon utilisation de mon carburateur, ou l'écriture d'un roman suivant la même intrigue, interfère physiquement avec l'usage qu'a le créateur de sa propre propriété matérielle. Cela n'empêche même pas le créateur d'utiliser sa propre idée de carburateur pour améliorer sa propre voiture ou celle d'autrui, ni d'utiliser cette même intrigue.

Donc, le fait que j'ajuste mon carburateur n'est pas une rupture de contrat ; ce n'est pas un vol ; et ce n'est pas une intrusion physique des biens matériels de l'inventeur. Le fait de tripoter mon carburateur ne viole pas les droits de l'inventeur. Tout au plus, mon utilisation de cette idée

---

[100] En vertu de la méta-règle *pacta sunt servanda* du droit international (les contrats doivent être respectés), les contrats entre États (dans le contexte du droit international) créent une « loi de l'accord » entre les parties. Voir Paul E. Comeaux et N. Stephan Kinsella, *Protecting Foreign Investment Under International Law: Legal Aspects of Political Risk* (Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 1997), chaps. 2, 5.

[101] Pour une définition de la relation contractuelle, voir *Black's Law Dictionary,* 6e éd. (St. Paul, Minn.: West Publishing, 1990), p. 1199. Voir aussi, dans le contexte de la PI, Bouckaert, « What is Property? » pp. 795, 805.

diminuera sa *valeur* pour l'inventeur en entravant sa capacité à l'exploiter de façon monopolistique. Comme nous l'avons vu, cependant, on ne peut avoir droit à la valeur de sa propriété, mais seulement à son intégrité physique.[102]

Contrat et Droits Réservés

Les tiers qui ne sont pas des signataires du contrat et qui n'ont pas d'engagement avec l'obligeant et l'obligé ne sont donc pas tenus par la relation contractuelle. Pour cette raison, bien qu'un innovant puisse se servir du contrat pour empêcher certaines personnes d'utiliser librement ses idées, il est difficile de recourir au droit des contrats standard pour empêcher des tiers d'exploiter les idées qu'ils tirent d'autrui. Sentant peut-être ce problème, certains quasi-défenseurs de la PI passent d'une approche purement contractuelle à une approche de « réserve de droits » dans laquelle les droits de propriété sur les ressources tangibles sont vus comme un ensemble divisible de droits.

Par exemple, selon le principe usuel d'ensemble-de-droits, un propriétaire foncier peut vendre le domaine minier à une société pétrolière tout en conservant tous les droits sur la surface, sauf pour un droit d'usage (servitude) accordant le passage à un voisin et un viager (usufruit) accordant l'usage de la surface à sa mère. S'appuyant sur la notion d'ensemble-de-droits, l'approche de la « réserve de droits » considère qu'un type de PI « privée » peut être généré de manière privée en « réservant des droits » avec créativité, pour *reproduire* des articles tangibles vendus aux acheteurs.

Rothbard, par exemple, soutient qu'on peut accorder la « propriété » conditionnelle (du « savoir ») à un autre, tout en « conservant le pouvoir de propriété pour diffuser le savoir de l'invention ». Dit autrement, Lebrun[103], l'inventeur d'un piège à souris amélioré, peut l'estampiller « droit

[102] Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism,* pp. 139-41, *2* 37 n. 17.

[103] NdT : Dans tout le texte, et spécialement dans ce passage, il est fait référence (piège à souris, noms des personnages) au chapitre 16 de *Ethics of Liberty* de Murray Rothbard, ainsi critiqué.

d'auteur » et ainsi vendre [NdT : et ainsi accorder] les droits avec chaque piège, sauf le droit de le reproduire. Comme les droits réels qui accompagnent la PI statutaire, de telles « réserves » engageraient tout le monde, pas seulement ceux qui ont contracté avec le vendeur initial. Ainsi, les tiers qui découvrent, achètent ou prennent de quelque façon possession de l'objet ainsi restreint ne peuvent pas non plus le reproduire, *non* pas parce qu'ils ont conclu un contrat avec Lebrun, mais parce que « personne ne peut acquérir un titre de propriété supérieur sur ce qui a déjà été donné ou vendu ». En d'autres termes, le tiers acquiert une chose tangible — un livre ou un piège à souris, disons — mais il « manque » en quelque sorte la partie « droit de copie » à l'ensemble des droits qui constitue « normalement » tous les droits sur la chose. Ou encore, le tiers acquiert la « propriété » de l'information d'une personne qui n'était pas propriétaire de l'information et qui, par conséquent, n'était pas autorisée à la transmettre à d'autres.[104]

Mais il y a manifestement quelque chose qui cloche, ici. Supposons que *A* écrive un roman et vende un premier exemplaire, LIVRE_1, sans restriction (c.-à-d. sans réserve de droits) à B_1 ; et un deuxième exemplaire, LIVRE_2, à B_2, mais en « réservant » le « droit de copie » inhérent du livre. Les deux livres, LIVRE_1 et LIVRE_2, semblent identiques aux yeux des tiers. Pourtant, ils ne le sont pas : l'un est incomplet, l'autre contient d'une certaine manière une « essence de droits » plus mystique, dans sa couverture. Supposons que B_1 et B_2 laissent ces livres sur un banc public, où ils sont découverts par un tiers *T*. Selon Rothbard, il « manque » à LIVRE_2 le « droit de copier », un peu comme un jouet électronique qui est vendu « piles non incluses ». C'est comme s'il y avait un cordon invisible et mystique de « reproduction-propriété » qui s'étendait du LIVRE_2 à son véritable propriétaire *A*, où qu'il soit. Ainsi, même si *T* trouve et s'approprie le LIVRE_2 abandonné, ce livre ne contient tout simplement pas « en lui-même » le droit de permettre au propriétaire de le copier. Il est continuellement siphonné par un vortex de droits qui relie l'objet au propriétaire *A*. Ainsi, si *T* s'approprie le livre, il ne s'approprie jamais plus qu'il acquiert. *T* n'a le droit de copier qu'un livre sans droit d'auteur « intégré » et n'a donc pas le

[104] Rothbard, *The Ethics of Liberty,* p. 123.

droit de copier $LIVRE_2$. Il en va de même pour les tiers ultérieurs qui viennent à posséder le livre.

Un tel point de vue peut-il vraiment être soutenu ? Peut-on concevoir que les droits de propriété fonctionnent ainsi ? Même si on le pouvait, cela atteindrait-il vraiment le résultat souhaité ici : empêcher les tiers d'utiliser les idées protégées ? Il est difficile de soutenir que des droits peuvent être réservés de cette manière. Une des fonctions des droits de propriété, après tout, est de prévenir les conflits et *d'avertir* les tiers des limites de la propriété. Les limites de la propriété doivent nécessairement être objectives et vérifiables intersubjectivement ; elles doivent être *visibles*. Ce n'est que si les limites sont visibles qu'elles peuvent être respectées et que les droits de propriété remplissent leur fonction qui est de permettre d'éviter les conflits. Ce n'est que si ces limites sont à la fois visibles et objectivement justes (justifiables par le discours) qu'elles peuvent être adoptées et respectées. Pensez alors aux deux livres, $LIVRE_1$ et $LIVRE_2$. Comment faire la différence entre eux ?

Comment peut-on voir le cordon de droits lié au second mais pas au premier ? Comment peut-on s'attendre à ce que des tiers respectent une limite de propriété informe, invisible, mystique, apeurante, probablement inconnue et inconnaissable ?

Les implications d'un tel point de vue sont troublantes. Palmer écrit :

> La séparation et la rétention du droit de copier de l'ensemble des droits que nous appelons propriété est problématique. Peut-on se réserver le droit, par exemple, de se souvenir de quelque chose ? Supposons que j'aie écrit un livre et que je vous l'aie offert à lire, mais que j'aie conservé un droit : le droit de m'en souvenir. Serais-je justifié à vous poursuivre en justice si je pouvais prouver que vous aviez retenu le nom du personnage principal du livre ?[105]

[105] Palmer, « Are Patents and Copyrights Morally Justified? » p. 853. Palmer cite également les passages éclairants suivants.

Hegel plaida :

> La substance du droit d'un auteur ou d'un inventeur ne peut être trouvée en premier lieu dans l'hypothèse que lorsqu'il dispose d'un seul exemplaire de son œuvre, il pose arbitrairement comme condition que le pouvoir de produire des fac-similés en tant que choses, pouvoir qui passe alors en possession d'autrui, ne devienne pas la propriété de l'autre mais demeure la sienne propre. La première question est de savoir si une telle séparation entre la propriété de la chose et le pouvoir de produire des fac-similés qui est donnée avec la chose est compatible avec la notion de propriété, ou si elle n'annule pas la propriété complète et libre dont dépend à l'origine la faculté du producteur unique de l'œuvre intellectuelle de se réserver le pouvoir de reproduire, ou de s'en séparer comme objet de valeur, ou de ne lui attribuer aucune valeur du tout et de la remettre avec le seul exemplaire de son oeuvre. *(Hegel's Philosophy of Right,* p. 55, quoted in Palmer, "Are Patents and Copyrights Morally Justified?" p. 853 n. 138)

Et, comme le souligna Kant :

> Ceux qui considèrent la publication d'un livre comme l'exercice des droits de propriété à l'égard d'une seule copie — elle peut être arrivée au possesseur comme un [manuscrit] de l'auteur, ou comme une œuvre imprimée par un éditeur antérieur — et qui, par la réserve de certains droits, [...] continuerait à restreindre l'exercice des droits de propriété, maintenant l'illégalité de la reproduction, ne parviendront jamais à leur fin. Car les droits d'un auteur sur ses propres pensées lui restent acquis nonobstant la réimpression ; et comme il ne peut y avoir d'autorisation distincte donnée à l'acheteur d'un livre pour son utilisation en tant que propriété et une limitation de cette utilisation, quelle est la moindre présomption suffisante pour un tel poids d'obligation ? Immanuel Kant, « Was ist ein Buch? » dans *Die Metaphys* ic *die Sitten,* éd.. W. Weischedel [Frankfurt a.M..: Suhrkamp Verlag,

Mais les tiers posent encore un problème pour cette théorie. Même si le vendeur d'un objet pouvait d'une manière ou d'une autre « réserver » certains droits d'utilisation concernant l'objet vendu, comment cela empêche-t-il des tiers d'utiliser des *informations* de cet objet, apparentes ou transmises ? Les partisans des droits réservés prétendent *plus* que *juste* le fait que l'acheteur immédiat B_1 est tenu de ne pas reproduire le livre ; car ce résultat pourrait être obtenu en se référant au contrat implicite entre le vendeur *A* et l'acheteur B_1. Considérons un tiers, T_1, qui trouve et lit le livre abandonné, *apprenant* ainsi l'information qu'il contient. Par ailleurs, prenez le tiers T_2, qui n'a jamais été en possession du livre ou qui ne le voit même pas ; il apprend juste les informations du livre via des ragots, des graffitis, des mails non-sollicités et autres. Ni T_1 ni T_2 n'ont de contrat avec *A*, mais tous deux possèdent désormais certaines informations. Même si le livre ne contient en lui aucun « droit de reproduction », comment cela peut-il empêcher T_1 et T_2 d'utiliser leurs propres informations ? Et même si on admet que T_1 soit d'une certaine manière « lié » par un avis de droit d'auteur contractuel imprimé sur le livre (vision intenable du contrat), comment T_2 est-il lui lié par un quelconque contrat ou droit réservé ?

Rothbard tente d'aborder ce point ainsi :

> Une objection courante est la suivante : d'accord, il serait criminel pour *Levert* [l'acheteur] de produire et de vendre le piège à souris de Lebrun ; mais supposons que quelqu'un d'autre, Lenoir, qui n'a pas conclu de contrat avec Lebrun, voie le piège à souris de Levert, puis produise et vende la réplique ? Pourquoi devrait-*il* être poursuivi ? La réponse est que [...] personne ne peut acquérir un titre de propriété *plus élevé* que celui qui a déjà été donné ou vendu. Levert ne possédait pas la totalité des droits de propriété sur son piège, conformément à son contrat avec Lebrun, mais seulement tous les droits, *sauf*

1977], p. 581, traduit et cité dans Palmer, « Are Patents and Copyrights Morally Justified? » p. 853 n. 138)

Pour une traduction alternative, voir Immanuel Kant, *Essay Three: Of the Injustice of Counterfeiting Books,* trad. John Richardson, éd. et rév. Stephen Palmquist (Philopsychy Press, 1994).

> celui de vendre [...] une réplique. Mais le titre de propriété de Lenoir sur le piège, la propriété des idées dans la tête de Lenoir, ne peut donc pas être plus élevé que celui de Levert, et donc lui aussi serait un violateur de la propriété de Lebrun même s'il n'avait pas lui-même fait le contrat réel.[106]

Ce raisonnement pose plusieurs problèmes. Tout d'abord, Lenoir ne *voit* que le piège à souris de Levert. Il ne voit pas ou n'a pas accès aux idées dans la tête de Levert. Il n'a pas non plus besoin d'un tel accès pour reproduire les caractéristiques évidentes du piège.

De plus, les idées dans la tête ne sont pas plus « possédées » que le travail ne l'est. Seules des ressources rares sont possédées. En perdant de vue la rareté comme un aspect nécessaire d'une chose appropriable et de la règle de la première occupation comme moyen de posséder de telles choses, Rothbard et d'autres se sont détournés vers la notion erronée d'idées et de travail pouvant être possédés. Si on reconnaît que les idées ne peuvent pas être possédées (ce ne sont pas des ressources rares), que la création n'est ni nécessaire ni suffisante pour la propriété (la première occupation l'est), et qu'on n'a pas besoin de « posséder » le travail pour être un primo-occupant, alors le trouble causé par ces notions confuses disparaît.

Si Lenoir entre *de quelque façon* en possession des idées implicites d'un objet que Lebrun a inventé (dans l'exemple de Rothbard, il le « voit »), il est *sans importance* que le piège à souris n'ait pu avoir un « droit de copie » intégré dans celle-ci. Car Lenoir n'a pas besoin d'une telle permission pour utiliser sa propre propriété comme bon lui semble. En quoi « voir » le piège à souris fait-il de Lenoir un intrus ou un transgresseur des droits de Lebrun ?

Toute action, y compris les actions qui emploient des moyens rares (propriété), implique l'utilisation de connaissances techniques.[107] Certaines de ces connaissances peuvent être acquises à partir de choses vues, y compris la propriété d'autrui. Il n'y a pas à avoir un « droit de

---

[106] Rothbard, *The Ethics of Liberty,* p. 123.

[107] Kinsella, « Knowledge, Calculation, Conflict, and Law » ; Jörg Guido Hülsmann, « Knowledge, Judgment, and the Use of Property », *Review of Austrian Economics* 10, no. 1 (1997), p. 44.

copie » au sein d'un ensemble de droits pour avoir le droit d'imposer un modèle ou une forme connus à un objet que nous possédons. On a plutôt le droit de faire *tout ce qu'on veut* avec et sur sa propre propriété, à condition seulement de ne pas envahir les limites de la propriété d'autrui. Il ne faut pas perdre de vue ce point libertarien crucial. Si je possède un terrain de 100 hectares, je peux m'y pavaner nu, *non pas* parce que le terrain est imprégné d'un certain « droit de se pavaner nu », mais parce que je *possède* le terrain et qu'il n'y a pas (nécessairement) violation des droits de propriété d'autrui quand j'utilise ma propriété de cette manière.

De même, je suis en droit de faire ce que je veux de ma propre propriété — ma voiture, mon papier, mon traitement de texte — y compris améliorer le carburateur de ma voiture ou utiliser mon encre pour imprimer des mots sur mon papier. C'est-à-dire, *à moins* de m'être moi-même contractuellement obligé envers quelqu'un d'autre à restreindre mes actions quant à mon usage de cette connaissance. Je n'ai pas besoin de d'abord trouver dans ma propriété un droit-d'usage-d'une-certaine-façon, car toutes les façons de l'utiliser, à *l'exception* de celles qui causent l'invasion des limites de propriété d'autrui, sont déjà comprises dans le *droit* général *d'utiliser* ma propriété. Sous le libertarianisme, on vit par le droit, pas par la permission. On n'a pas besoin de trouver la permission d'agir avec notre propre propriété. Contrairement à la pratique dans les sociétés totalitaires, tout ce qui n'est pas interdit est permis. Le principe de la réserve de droits inverserait cela en supposant que toute utilisation d'un bien n'est valide que si ce droit d'usage particulier peut être trouvé ou situé d'une manière ou d'une autre dans la propriété.

Prenons l'analogie suivante. Le fermier Jed[108] découvre du pétrole sous ses terres. Aucune personne à des kilomètres à la ronde n'a vent de l'or noir. Jed prévoit d'acheter la propriété de ses voisins pour trois fois rien ; ils la vendront à bas prix, aussi, puisqu'ils ne savent rien du pétrole. Au milieu de la nuit, son fureteur de voisin Cooter, soupçonneux de la bonne humeur récente de Jed, se faufile sur la terre de Jed et découvre la vérité. Le lendemain matin, au salon de coiffure chez Floyd, Cooter dévoile tout à Clem et sa bande. Un d'entre eux court rapidement vers une cabine

[108] NdT : Personnage de l'univers des jouets américains, symbole de l'Amérique profonde.

téléphonique et file le tuyau à un journaliste du *Wall Street Journal* (qui se trouve être son neveu). Bientôt, il est de notoriété publique qu'il y a du pétrole dans les environs. Les voisins exigent désormais des prix exorbitants pour leurs terres, ce qui ruine les plans de Jed.

Admettons que Cooter puisse être poursuivi pour violation de propriété et les préjudices qui en découlent. La question est de savoir si les voisins de Jed peuvent être empêchés d'agir en fonction de leurs informations. En d'autres termes, peuvent-ils être forcés à *faire semblant* de ne rien savoir du pétrole et de vendre leurs terres à Jed pour ce qu'ils « les auraient vendues » lorsque ignorants ? Ils ne peuvent bien sûr pas être ainsi obligés. Ils sont propriétaires de leurs terres et ont le droit de les utiliser comme bon leur semble. Contrairement aux biens tangibles, l'information n'est pas possédable ; elle n'est pas propriété. Le possesseur d'une montre volée peut être tenu de la restituer, mais tant que l'acquéreur de connaissance ne l'obtient pas illicitement ni en violation d'un contrat, il est libre d'agir en fonction. Admettons que Cooter puisse être poursuivi pour violation de propriété et les préjudices qui en découlent. La question est de savoir si les voisins de Jed peuvent être empêchés d'agir en fonction de leurs informations. En d'autres termes, peuvent-ils être forcés à *faire semblant* de ne rien savoir du pétrole et de vendre leurs terres à Jed pour ce qu'ils « les auraient vendues » lorsque ignorants ? Ils ne peuvent bien sûr pas être ainsi obligés. Ils sont propriétaires de leurs terres et ont le droit de les utiliser comme bon leur semble. Contrairement aux biens tangibles, l'information n'est pas possédable ; elle n'est pas propriété. Le possesseur d'une montre volée peut être tenu de la restituer, mais tant que l'acquéreur de connaissance ne l'obtient pas illicitement ni en violation d'un contrat, il est libre d'agir en fonction.

Notons, cependant, que selon le concept de réserve-de-droits, les voisins ne seraient pas autorisés à agir sur la base de leur information parce qu'elle leur est *in fine* venue de Cooter, un intrus qui n'avait aucun « titre » sur cette information. Ils ne pouvaient donc pas obtenir un « titre supérieur » à Cooter lui-même. Notons également que d'autres, comme les géologues qui cartographient les gisements de pétrole, ne peuvent pas[109]

[109] NdT : c.-à-d. n'ont pas le droit.

inclure cette information dans leurs cartes. Ils doivent feindre l'ignorance jusqu'à ce que Jed leur en donne la permission. Cette ignorance imposée est en corrélation avec la rareté contre nature imposée par la PI. Il n'y a manifestement aucune garantie que les droits réservés puissent de quelque manière interdire à des tiers d'utiliser les informations qu'ils acquièrent.

Il n'est tout simplement pas légitime de restreindre l'usage qu'un propriétaire d'un bien peut en avoir, à moins que ce propriétaire ne se soit contractuellement engagé ou n'ait autrement acquis l'information par une violation des droits du détenteur de l'information. Parler de réserver le droit de copie est juste un moyen d'éviter la notion contractuelle posant que seuls les signataires d'un contrat sont engagés par celui-ci.[110]

Par conséquent, en règle générale, les acheteurs peuvent être liés par des contrats avec les vendeurs pour ne pas copier ou même revendre l'objet. Toutefois, une fois que des tiers ont pris connaissance des idées qui sous-tendent l'invention ou l'œuvre littéraire, l'utilisation qu'ils en font ne viole, en général, aucun droit reconnaissable de propriété du vendeur.

Compte tenu de cette vision basée sur la rareté, la propriété et le contrat, examinons la légitimité des formes communes de PI.

Le Droit d'Auteur et le Brevet

Comme on le voit clairement, le droit d'auteur et les brevets visent à empêcher les propriétaires de biens tangibles — de ressources rares — d'utiliser leur propre propriété comme bon leur semble. Par exemple, le droit des brevets leur interdit de pratiquer des méthodes brevetées, d'utiliser leur propre propriété ou de transformer leur propre propriété en dispositifs brevetés, même s'ils inventent indépendamment la méthode ou le dispositif. En vertu du droit d'auteur, les tiers qui n'ont pas conclu de

[110] Bien sûr, dans l'anarcho-capitalisme, il est difficile de prédire l'étendue des régimes contractuels, des réseaux et des institutions qui apparaîtront. Diverses enclaves ou communautés peuvent très bien exiger de leurs clients, mécènes ou « citoyens » qu'ils respectent certaines règles semblables à celles de la PI. Sur l'anarcho-capitalisme, voir, p. ex., Hans-Hermann Hoppe, « The Private Production of Defense », *Journal of Libertarian Studies* 14, no. 1 (Hiver 1998-1999) : 27-52.

contrat avec l'auteur sont empêchés de copier ou de tirer profit de l'œuvre originale de l'auteur. Bien sûr, les vendeurs de nouveaux dispositifs ou œuvres littéraires peuvent conclure des contrats avec des acheteurs pour les empêcher de reproduire, voire de revendre, les articles. Ces réseaux contractuels peuvent être complexes ; un romancier peut concéder son histoire à un studio de cinéma à la condition que ce dernier exige que toutes les salles de cinéma exigent de leurs clients d'accepter de ne pas reproduire l'intrigue du film, et ainsi de suite.

Pourtant, une fois que des tiers non tenus par un contrat acquièrent ces informations, ceux-ci sont libres de les utiliser comme bon leur semble. L'approche fondée sur les droits réservés n'y change rien. Ainsi, il serait probablement difficile de conserver quoi que ce soit de semblable à nos lois actuelles sur les brevets et le droit d'auteur en utilisant uniquement des contrats.

Les Secrets Commerciaux

Les secrets commerciaux sont plus faciles à justifier que les brevets ou les droits d'auteur. Palmer soutient qu'ils « émergent » de droits de type *common law*[111] et qu'ils sont donc légitimes.[112] La loi sur les secrets commerciaux permet d'obtenir des dommages pour des actes de « détournement » d'un secret commercial ou d'obtenir une décision de justice en vue de prévenir de tels actes. Cela peut être appliqué à l'encontre de la personne qui a indûment acquis le secret commercial ou qui le divulgue en violation d'une obligation contractuelle, ainsi qu'à l'encontre d'autres personnes qui savent qu'elles obtiennent le secret d'une telle personne.[113]

Supposons que le salarié *A* de la société *X* ait accès aux secrets commerciaux de X, comme sa formule secrète pour une boisson gazeuse. Il

---

[111] NdT : le régime juridique de base des pays anglo-saxons.

[112] Palmer, « Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach », pp. 280, 292-93; and Palmer, « Are Patents and Copyrights Morally Justified? » pp. 854-55.

[113] UTSA, § 1; Halligan, Restatement of the Third Law—Unfair Competition: A Brief Summary," § 40, comment d.

est soumis à un contrat de travail qui l'oblige à garder cette formule secrète. Il se tourne ensuite vers le concurrent de X, *Y*. *Y* veut utiliser la formule qu'il apprend de *A* pour concurrencer *X*. En vertu de la loi actuelle, tant que la formule secrète n'a pas été rendue publique, *X* peut obtenir une ordonnance du tribunal pour empêcher *A* de révéler le secret à Y. Si *A* a déjà révélé le secret à Y, *X* peut également obtenir une ordonnance pour empêcher *Y* d'utiliser la formule ou de la publier.

Clairement, l'ordonnance et les dommages et intérêts contre *A* sont appropriés parce que *A* viole son contrat avec *X*. Plus discutable est l'ordonnance contre Y, parce que Y n'avait pas de contrat avec *X*. Toutefois, dans le contexte où de telles situations se présentent habituellement, lorsque le concurrent *Y* veut le secret commercial et sait que l'employé indélicat est en violation de son contrat, on pourrait soutenir que le concurrent *Y* agit en association de fait ou en complice du salarié *A* pour porter atteinte aux droits (contractuels) du détenteur *X* du secret commercial. C'est parce que *A* n'a pas réellement violé son accord de secret commercial tant qu'il n'a pas révélé ses secrets commerciaux à *Y*. Si *Y* sollicite activement *A* pour le faire, alors *Y* est complice ou co-conspirateur de la violation des droits de *X*. Ainsi, tout comme le conducteur de voiture qui s'enfuit lors d'un braquage de banque ou le parrain de la mafia qui ordonne un assassinat sont dûment tenus co-responsables des actes d'agression commis par des tiers avec lesquels ils conspirent, des tiers peuvent, dans des cas précisément définis, être empêchés d'utiliser un secret commercial obtenu du voleur du secret commercial.[114]

[114] En ce qui concerne la responsabilité pour la conduite d'un autre complot ou d'un autre, voir, p. ex., le Code pénal du Texas, §§ 7.02 (Responsabilité pénale pour conduite d'autrui) et 15.02 (complot criminel). Pour les définitions de « abet » [soutient], « accesory » [auxiliaire], « accomplice » [complice], « aid and abet » [aide et soutient], « concert » et « conspiracy » [conspiration], voir *Black's Law Dictionary*.

Les Marques Déposées

Palmer soutient également que le droit des marques est légitime.[115] Supposons qu'un monsieur Lachmannien[116] change le nom de sa chaîne de hamburgers sans succès de LachmannBurgers en RothbardBurgers, qui est déjà le nom d'une autre chaîne de hamburgers. En tant que consommateur, j'ai faim d'un RothbardBurger. Je vois un des faux RothbardBurger aux mains du Lachmannien masqué, et j'y achète un hamburger. En vertu de la loi actuelle, Rothbard, le « propriétaire » de la marque RothbardBurgers, peut empêcher le Lachmannien d'utiliser la marque RothbardBurgers pour vendre des hamburgers car elle « ressemble au point de prêter à confusion » à sa propre marque. En d'autres termes, elle est susceptible d'induire les consommateurs en erreur quant à la véritable origine des biens achetés. La loi donne donc un droit au titulaire de la marque contre le contrefacteur de la marque.

À mon avis, ce sont les *consommateurs* dont les droits sont violés, et non ceux du titulaire de la marque. Dans l'exemple précédent, je (le consommateur) pensais que j'achetais un RothbardBurger, mais j'ai eu au contraire un LachmannBurger ignoble avec sa sauce kaléidoscopique[117] bizarre. Je devrais avoir le droit de poursuivre le Lachmannien pour fraude et rupture de contrat (sans parler de la détresse émotionnelle infligée intentionnellement et de la fausse représentation des vérités praxéologiques[118]). Cependant, il est difficile de voir comment cet acte de

---

[115] Palmer, « Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach », p. 280.

[116] NdT : En référence pied-de-nez à Ludwig Lachmann, économiste faussement associé à l'école autrichienne d'économie.

[117] NdT : Autre référence ironique à L. Lachmann, qui utilise cet adjectif dans son ouvrage principal : « *From Mises to Shackle: An Essay on Austrian Economics and the Kaleidic Society* ».

[118] NdT : Cet aparté est à nouveau une pique envoyée à L. Lachmann, qui est critiqué pour « répéter *ad nauseam* l'imprévisibilité des futurs états de la connaissance » (voir H-H. Hoppe), mais sans jamais voir que cette affirmation est en soi une forme de connaissance. Ici, l'auteur se sert de l'analogie pour illustrer la déformation des concepts de la praxéologie, science de l'action, que font les soutiens de la PI.

fraude, perpétré par le Lachmannien contre *moi*, viole les droits de *Rothbard*. Les actions du Lachmannien n'envahissent pas physiquement la propriété de Rothbard. Il ne convainc même pas les autres de le faire ; tout au plus, on peut dire qu'il convainc des tiers d'agir dans le cadre de leurs droits, c'est-à-dire d'acheter un burger au Lachmannien au lieu de chez Rothbard. Ainsi, il semblerait qu'en régime libertarien, le droit des marques devrait donner aux *consommateurs*, et non aux *utilisateurs* de marques, le droit de poursuivre les pirates du droit des marques.

En outre, d'autres extensions nouvelles du droit des marques, telles que les droits contre la dilution des marques ou contre certaines formes de « cybersquattage », ne peuvent être justifiées. Tout comme le titulaire d'une marque n'a pas de droit sur sa marque, il n'a pas non plus de droit contre la dilution de sa marque. La loi contre le « cybersquattage » est simplement basée sur une opposition économiquement ignorante au « scalpage »[119] et à l'arbitrage[120]. Il n'y a bien sûr rien de mal à être le premier à acquérir un nom de domaine et à le vendre ensuite au plus offrant.

CONCLUSION

Nous voyons donc qu'un système de droits de propriété sur des « objets idéaux » exige nécessairement la violation d'autres droits de propriété individuels, p. ex., ceux d'utiliser ses propres bien tangibles comme bon nous semble.[121] Un tel système exige une nouvelle règle d'appropriation qui bouleverse la règle du premier occupant. La PI, du moins sous forme de brevet et de droit d'auteur, ne peut être justifiée.

Il n'est pas surprenant que les juristes en PI, les artistes et les inventeurs semblent souvent tenir la légitimité de la PI pour acquise.

---

[119] NdT : Pratique consistant, pour des billets de spectacles par exemple, à en acheter en grand nombre dès la mise sur le marché pour espérer les revendre plus cher ensuite.

[120] NdT : Au sens de l'arbitrage des prix dont se charge le libre marché à tout moment.

[121] Voir Palmer, « Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach », p. 281; et Palmer, « Are Patents and Copyrights Morally Justified? » pp. 831, 862, 864-65.

Toutefois, ceux qui s'intéressent davantage à la liberté, à la vérité et aux droits ne devraient pas tenir pour acquis l'usage institutionnalisé de la force pour faire respecter les droits de PI. Au contraire, nous devrions réaffirmer la primauté des droits individuels sur notre corps et sur les ressources rares que nous possédons.

ANNEXE

Quelques Exemples Discutables de Brevets et de Droits d'auteur

Quelques brevets américains remarquables et illustratifs[122] :

- « Système d'arrosage des arbres de Noël », U.S. Pat. No. 4,993,176, 19 février 1991 (Arrosoir à arbre de Noël en forme de Père Noël) ;

- « Initiation Apparatus » (Appareil d'Initiation), U.S. Pat. No. 819,814, 8 mai 1906 (manière « inoffensive » d'initier un candidat à l'entrée dans une communauté en le choquant avec des électrodes) ;

- « Méthode pour faire faire de l'exercice à un chat », U.S. Pat. No. 5,443,036, 22 août 1995 (projeter une lumière laser sur le sol pour captiver un chat et le pousser à chasser la lumière) ;

- « Pat on the Back Apparatus » (Appareil de Tape sur le Dos), U.S. Pat. No. 4,608,967, 2 septembre 1986 (appareil avec main humaine simulée pour tapoter le dos de l'utilisateur) ;

- « Antenne Hyper-Light-Speed », U.S. Pat. No. 6,025,810, 15 février 2000 (trou de piquage dans une autre « dimension » pour transmettre des ondes radio plus rapide que la lumière, ce qui accélère la croissance des

---

[122] Ces brevets et d'autres peuvent être récupérés à https://web.archive.org/web/20090221161501/http://www.delphion.com/, http://www.uspto.gov/patft/index.html, ou http://www.patentgopher.com. V Voir aussi « Wacky Patent of the Month », https://web.archive.org/web/20060814044548/http://colitz.com/site/wacky.htm) ; IBM, « Gallery of Obscure Patents », http://www.patents.ibm.com/gallery ; et Greg Aharonian, « Bustpatents », http://www.bustpatents.com

plantes) ;

- « Préservatif sensible à la force et jouant des sons », U.S. Pat. No. 5,163,447, 17 novembre 1992 (auto-explicatif ; par exemple, il pourrait jouer « Dixie ») ;

- « Méthode et système pour passer une commande via un réseau de communication », U.S. Pat. No. 5,960,411, 28 septembre 1999 (méthode « en 1-click » d'Amazon.com pour acheter un article sur le World Wide Web par simple clic de souris) ;

- « Certificats financiers, système et processus », U.S. Pat. No. 6 017 063, 25 janvier 2000 (bon-cadeau indexé sur l'inflation ou sur fonds commun de placement) ;

- « Méthode et système de mesure de l'efficacité du leadership », U.S. Pat. No. 6,007,340, 28 décembre 1999 (attribué à Electronic Data Systems Corporation) ;

- « Appareil Sanitaire pour oiseaux », U.S. Pat. No. 2,882,858, 21 avril 1959 (couche pour oiseaux) ;

- « Savon Religieux », U.S. Pat. No. 3,936,384, 3 février 1976 (pain de savon avec motif religieux gravé d'un côté et une prière de l'autre) ; et

- « Méthode de préservation des morts », U.S. Pat. No 748 284, 29 décembre 1903 (conservation de la tête du mort dans un bloc de verre).

La loi sur le droit d'auteur, bien qu'elle n'ait pas donné lieu à autant d'applications manifestement absurdes, a également été largement étendue par les tribunaux. Destiné à l'origine à couvrir les œuvres littéraires, le concept a été élargi de telle sorte que les « œuvres » d'auteurs incluent les programmes informatiques, même le langage machine et le

code objet, qui est plus analogue à une pièce de machine, telle qu'une caméra, qu'à une œuvre littéraire.[123]

[123] *Final Report, National Commission on New Technological Uses (CONTU) of Copyright Works,* 31 juillet 1978, (Washington, D.C.: Library of Congress, 1979); *Apple Computer, Inc. v Franklin Computer Corporation,* 714 F2d 1240 (3d Cir 1983); *NEC Corp. and NEC Electronics, Inc. v Intel Corp.,* 1989 Copr.L.Dec. ¶ 26,379, 1989 WL 67434 (ND Cal 1989).

BIBLIOGRAPHIE

Barnett, Randy E. "A Consent Theory of Contract." *Columbia Law Review* 86 (1986): 269-321.

——. *The Structure of Liberty: Justice and The Rule of Law.* New York: Oxford University (Clarendon) Press, 1998.

"Bibliography of General Theories of Intellectual Property." *Encyclopedia of Law and Economics*, http://encyclo.findlaw.com/biblio/1600.htm.

Binswanger, Harry, ed. *The Ayn Rand Lexicon: Objectivism from A to Z.* New York: New American Library, 1986.

Black's Law Dictionary. 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1990.

Block, Walter. *Defending the Undefendable.* New York: Fleet Press, 1976.

——. "A Libertarian Theory of Blackmail." *Irish Jurist* 33 (1998): 280-310.

——. "Toward a Libertarian Theory of Blackmail." *Journal of Libertarian Studies* 15, no. 2 (Spring 2001).

——. "Toward a Libertarian Theory of Inalienability: A Critique of Rothbard, Barnett, Gordon, Smith, Kinsella and Epstein." *Journal of Libertarian Studies* 17, no. 2 (Spring 2003): 39-85.

Bouckaert, Boudewijn. "What is Property?" In "Symposium: Intellectual Property." *Harvard Journal of Law & Public Policy* 13, no. 3 (Summer 1990).

Breyer, Stephen. "The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs." *Harvard Law Review* 84 (1970).

Chisum, Donald S. *Chisum on Patents.* New York: Matthew Bender, 2000.

Cole, Julio H. "Patents and Copyrights: Do the Benefits Exceed the Costs?" http://www.economia.ufm.edu.gt/Catedraticos/jhcole/Cole%20_MPS_.pdf

Comeaux, Paul E., and N. Stephan Kinsella. *Protecting Foreign Investment Under International Law: Legal Aspects of Political Risk.* Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 1997.

Epstein, Richard. "Blackmail, Inc." *University of Chicago Law Review* 50 (1983).

Evers, Williamson M. "Toward a Reformulation of the Law of Contracts." *Journal of Libertarian Studies* 1, no. 1 (Winter 1977): 3-13.

Foerster, Stephen. "The Basics of Economic Government." http://www.economic.net/articles/ar0001.html.

Franck, Murray I. "Ayn Rand, Intellectual Property Rights, and Human Liberty." 2 audio tapes, Institute for Objectivist Studies Lecture (1991).

——. "Intellectual Property Rights: Are Intangibles True Property?" *IOS Journal* 5, no. 1 (April 1995).

——. "Intellectual and Personality Property." *IOS Journal* 5, no. 3 (September 1995).

Franklin Pierce Law Center. "Intellectual Property Mall." http://www.ipmall.fplc.edu.

Free World Order. "Invention and Intellectual Property." http://www.buildfreedom.com/ft/intellectual_property.htm.

Friedman, David D. "Standards As Intellectual Property: An Economic Approach." *University of Dayton Law Review* 19, no. 3 (Spring 1994): 1109-29.

——. "In Defense of Private Orderings: Comments on Julie Cohen's 'Copyright and the Jurisprudence of Self-Help'." *Berkeley Technology Law Journal* 13, no. 3 (Fall 1998): 1152-71.

——. *Law's Order: What Economics Has to do with Law and Why it Matters.* Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2000.

Frost, Robert. "The Mending Wall." In *North of Boston,* 2nd ed. New York: Henry Holt, 1915.

Galambos, Andrew J. *The Theory of Volition.* Vol. 1. Edited by Peter N. Sisco. San Diego: Universal Scientific Publications, 1999.

Ginsburg, Jane C. "Copyright, Common Law, and *Sui Generis* Protection of Databases in the United States and Abroad." *University of Cincinnati Law Review* 66 (1997).

Goldstein, Paul. *Copyright: Principles, Law, and Practice.* Boston: Little, Brown, 1989.

Gordon, Wendy J. "An Inquiry into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory." *Stanford Law Review* 41 (1989).

Halliday, Roy. "Ideas as Property." *Formulations* 4, no. 4 (Summer 1997).

Hammer, Richard O. "Intellectual Property Rights Viewed as Contracts." *Formulations* 3, no. 2 (Winter 1995-96).

Hayek, F.A. *The Collected Works of FA. Hayek.* Vol. 1, *Fatal Conceit: The Errors of Socialism.* Edited by WW Bartley. Chicago: University of Chicago Press, 1989.

Hegel, Georg WF. *Hegel's Philosophy of Right.* Translated by T.M. Knox. 1821; reprint, London: Oxford University Press, 1967.

Herbener, Jeffrey M. "The Pareto Rule and Welfare Economics." *Review of Austrian Economics* 10, no. 1 (1997): 79-106.

Hildreth, Ronald B. *Patent Law: A Practitioner's Guide,* 3rd ed. New York: Practising Law Institute, 1998.

Hoppe, Hans-Hermann. "Fallacies of the Public Goods Theory and the Production of Security." *Journal of Libertarian Studies 9,* no. 1 (Winter 1989): 27-46.

——. *A Theory of Socialism and Capitalism.* Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989.

——. "In Defense of Extreme Rationalism: Thoughts on Donald McCloskey's The Rhetoric of Economics." *Review of Austrian Economics* 3 (1989): 179-214.

——. *The Economics and Ethics of Private Property.* Boston: Kluwer Academic Publishers, 1993.

——. *Economic Science and the Austrian Method.* Auburn, Ala.: Ludwig von Mises Institute, 1995.

——. "The Private Production of *Defense." Journal of Libertarian Studies* 14, no. 1 (Winter 1998-1999): 27-52.

Hülsmann, Jörg Guido. "Knowledge, Judgment, and the Use of Property." *Review of Austrian Economics* 10, no. 1 (1997): 23-48.

Hume, David. *An Inquiry Concerning the Principles of Morals: With a Supplement: A Dialogue.* 1751; reprint, New York: Liberal Arts Press, 1957.

IBM. "Gallery of Obscure Patents." http://www.patents.ibm.com/gallery.

Intellectual Property Owners Association. "IPO Daily News." http://www.ipo.org.

de Jasay, Anthony. *Against Politics: On Government, Anarchy, and Order.* London: Routledge, 1997.

Jefferson, Thomas. "Letter to Isaac McPherson, Monticello, August 13, 1813." In *The Writings of Thomas Jefferson.* Vol. 8. Edited by A.A. Lipscomb and A.E. Bergh. Washington, D.C.: Thomas Jefferson Memorial Association, 1904.

Justinian. *The Institutes of Justinian: Text, Translation, and Commentary.* Translated by J.A.C. Thomas. Amsterdam: North-Holland, 1975.

Kelley, David. In "David Kelley vs. Nat Hentoff: Libel Laws: Pro and Con." Free Press Association, Liberty Audio (1987).

——. "Reply to N. Stephan Kinsella, 'Letter on Intellectual Property Rights'." *IOS Journal* 5, no. 2 (June 1995), p. 13.

Kinsella, N. Stephan. "A Civil Law to Common Law Dictionary." *Louisiana Law Review* 54 (1994): 1265-305.

——. "Letter on Intellectual Property Rights." *IOS Journal* 5, no. 2 (June 1995): 12-13.

——. "A Libertarian Theory of Punishment and Rights." *Loyola of Los Angeles Law Review* 30 (Spring 1996).

——. "New Rationalist Directions in Libertarian Rights Theory." *Journal of Libertarian Studies* 12, no. 2 (Fall 1996): 313-26.

——. "Is Intellectual Property Legitimate?" *Pennsylvania Bar Ass'n Intellectual Property Law Newsletter* 1, no. 2 (Winter 1998): 3

——. "Inalienability and Punishment: A Reply to George Smith." *Journal of Libertarian Studies* 14, no. 1 (Winter 1998-1999): 79-93.

——. "Knowledge, Calculation, Conflict, and Law: Review Essay of Randy E. Barnett, *The Structure of Liberty: Justice and The Rule of Law*." *Quarterly Journal of Austrian Economics* 2, no. 4 (Winter 1999): 49-71.

——. "A Theory of Contracts: Binding Promises, Title Transfer, and Inalienability." Paper presented at the Austrian Scholars Conference, Auburn, Ala., April 1999.

——. "In Defense of Napster and Against the Second Homesteading Rule." http://www.lewrockwell.com/orig/kin-sella2.html, September 4, 2000.

Kitch, Edmund. "The Nature and Function of the Patent System." *Journal of Law and Economics* 20 (1977).

Kuester, Jeffrey. "Kuester Law: The Technology Law Resource." http://www.kuesterlaw.com.

Library of Congress. "Thomas: Legislative Information on the Internet." http://thomas.loc.gov.

Long, Roderick T. "The Libertarian Case Against Intellectual Property Rights." *Formulations* 3, no. 1 (Autumn 1995).

Machlup, Fritz. "An Economic Review of the Patent System," Study No. 15, *Subcomm. On Patents, Trademarks & Copyrights, Senate Comm. On the Judiciary,* 85th Cong., 2d Sess. (Comm. Print 1958)

Machlup, Fritz, and Edith Penrose. "The Patent Controversy in the Nineteenth Century." *Journal of Economic History* 10 (1950).

Mack, Eric. "In Defense of Blackmail." *Philosophical Studies* 41 (1982).

Mackaay, Ejan. "Economic Incentives in Markets for Information and Innovation." In "Symposium: Intellectual Property," *Harvard Journal of Law & Public Policy* 13, no. 3 (Summer 1990).

McCarthy, J. Thomas. *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition.* 4th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1996.

McElroy, Wendy. "Contra Copyright." *The Voluntaryist* (June 1985).

——. "Intellectual Property: Copyright and Patent." In *The Debates of Liberty.* Edited by Wendy McElroy (forthcoming).

Meiners, Roger E., and Robert J. Staaf. "Patents, Copyrights, and Trademarks: Property or Monopoly?" In "Symposium: Intellectual Property," *Harvard Journal of Law & Public Policy* 13, no. 3 (Summer 1990).

Milgrim, Roger M. *Milgrim on Trade Secrets.* New York: Matthew Bender, 2000.

Miller, Arthur R., and Michael H. Davis. *Intellectual Property: Patents, Trademarks, and Copyrights in a Nutshell.* 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1990.

Mises, Ludwig von. *The Ultimate Foundation of Economic Science: An Essay on Method.* 2nd ed. Kansas City: Sheed Andrews and McMeel, 1962.

——. *Human Action.* 3rd rev. ed. Chicago: Henry Regnery, 1966.

——. *The Theory of Money and Credit.* Translated by H.E. Batson. 1912; reprint, Indianapolis, Ind.: Liberty Fund, 1980.

——. *Epistemological Problems of Economics.* Translated by George Reisman. New York: New York University Press, 1981.

——. *Socialism: An Economic and Sociological Analysis.* 3rd rev. ed. Trans. J. Kahane. Indianapolis, Ind.: Liberty Press, 1981.

Moore, Adam D., ed. *Intellectual Property: Moral, Legal, and Ethical Dilemmas.* New York: Rowman and Littlefield, 1997.

Nance, Dale A. "Foreword: Owning Ideas." In "Symposium: Intellectual Property." *Harvard Journal of Law & Public Policy* 13, no. 3 (Summer 1990).

National Commission on New Technological Uses (CONTU) of Copyright Works. *Final Report.* July 31, 1978. Washington, D.C.: Library of Congress, 1979.

New York Intellectual Property Law Association. "FAQ on IP." http://www.nyipla.org/public/10_faq.html.

Nimmer, Melville B., and David Nimmer. *Nimmer on Copyright.* New York: Matthew Bender, 2000.

Nozick, Robert. *Anarchy, State, and Utopia.* New York: Basic Books, 1974.

Oppedahl & Larson LLP. "Intellectual Property Law Web Server." http://www.patents.com.

Palmer, Tom G. "Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach." *Hamline Law Review* 12 (1989).

——. "Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects." In "Symposium: Intellectual Property." *Harvard Journal of Law & Public Policy* 13, no. 3 (Summer 1990).

Patent and License Exchange. http://www.pl-x.com.

Patent and Trademark Office Society. "Home Page." http://www.ptos.org.

Patent Auction. "Online Auction for Intellectual Properties." http://www.patentauction.com.

Plant, Arnold. "The Economic Theory Concerning Patents for Inventions." In *Selected Economic Essays and Addresses.* London: Routledge & Kegan Paul, 1974.

Posner, Richard A. *Economic Analysis of Law.* 4th ed. Boston: Little, Brown, 1992.

Prusak, Leonard. "The Economic Theory Concerning Patents and Inventions." *Economica* 1 (1934): 30-51.

——. "Does the Patent System Have Measurable Economic Value?" *AIPLA Quarterly Journal* 10 (1982): 50-59.

Rand, Ayn. *Capitalism: The Unknown Ideal.* New York: New American Library, 1967.

Reisman, George. *Capitalism: A Treatise on Economics.* Ottawa, Ill.: Jameson Books, 1996.

Rothbard, Murray N. *Man, Economy, and State.* Los Angeles: Nash Publishing, 1962.

——. *An Austrian Perspective on the History of Economic Thought.* Vol. 1, *Economic Thought Before Adam Smith.* Brookfield, Vt: Edward Elgar, 1995.

——. *The Logic of Action One.* Cheltenham, U.K.: Edward Elgar, 1997

——. *The Ethics of Liberty.* New York: New York Un Press, 1998.

Schulman, J. Neil. "Informational Property: Logorights." *Journal of Social and Biological Structures* (1990).

Source Translation Optimization. "Legal Resources and Tools for Surviving the Patenting Frenzy of the Internet, Bioin- formatics, and Electronic Commerce." http://www.bust-patents.com.

Spencer, Herbert. *The Principles of Ethics.* Vol. 2. 1893; reprint, Indianapolis, Ind.: Liberty Press, 1978.

Spooner, Lysander. "The Law of Intellectual Property: or An Essay on the Right of Authors and Inventors to a Perpetual Property in Their Ideas."

In *The Collected Works of Lysander Spooner.* Vol. 3. Edited by Charles Shively. 1855; reprint, Weston, Mass.: M&S Press, 1971).

Tuccille, Jerome. *It Usually Begins with Ayn Rand.* San Francisco: Cobden Press, 1971.

United States Copyright Office. http://lcweb.loc.gov/copyright.

United States Department of Commerce, Patent and Trademark Office. http://www.uspto.gov.

Universal Scientific Publications Company. http://www.tuspco.com/.

van Slyke, Paul C, and Mark M. Friedman. "Employer's Rights to Inventions and Patents of Its Officers, Directors, and Employees." *AIPLA Quarterly Journal* 18 (1990).

"Wacky Patent of the Month." http://colitz.com/site/wacky.htm.

Walker, Jesse. "Copy Catfight: How Intellectual Property Laws Stifle Popular Culture." *Reason* (March 2000).

Walterscheid, Edward C. "Thomas Jefferson and the Patent Act of 1793." *Essays in History* 40 (1998).

Woodcock, Washburn, Kurtz, Mackiewicz and Norris. "Legal Links." http://www.woodcock.com/links/links.htm.

TABLE DES MATIERES

À PROPOS DE LA LICENCE **5**

NOTE DES TRADUCTEURS **7**

CONTRE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE **9**

LES DROITS DE PROPRIÉTÉ : TANGIBLES ET INTANGIBLES **9**

RÉSUMÉ DU DROIT ACTUEL **11**

Les Types de PI 11
Le Droit d'Auteur (Copyright) 12
Le Brevet 13
Le Secret Commercial 14
La Marque Déposée 15
Droits de PI et Relations aux Biens Matériels 17

CONSIDÉRATIONS LIBERTARIENNES SUR LA PI **19**

Le Spectre 19
Défense Utilitariste de la PI 23
Quelques Problèmes liés aux Droits Naturels 27

PI ET DROITS DE PROPRIÉTÉ **34**

Propriété et Rareté 34
Rareté et Idées 37
Création contre Rareté 42
Deux Types de Primo-Occupation 49

LA PI EN TANT QUE CONTRAT **52**

Les Limites du Contrat 52
Contrat et Droits Réservés 54
Le Droit d'Auteur et le Brevet 62
Les Secrets Commerciaux 63
Les Marques Déposées 65

CONCLUSION **66**

ANNEXE **69**

Quelques Exemples Discutables de Brevets et de Droits d'auteur 69

BIBLIOGRAPHIE **73**

Cette monographie est à juste titre considérée comme un classique moderne. Stephan Kinsella amena les libertariens du monde entier à repenser la base même de la propriété intellectuelle.

Mises mit en garde contre les brevets, ainsi que Rothbard. Mais Kinsella va beaucoup plus loin. Il soutient que l'existence même des brevets — ainsi que des droits d'auteur et des marques — est contraire à un marché libre. Tous se servent de l'État pour créer des pénuries artificielles de biens non rares et emploient la coercition d'une manière contraire aux droits de propriété et à la liberté contractuelle.

Bien de ceux qui liront ce livre ne seront pas préparés à la rigueur argumentative de Kinsella. Il faut du temps pour comprendre, simplement parce que cela semble si choquant au premier abord. Mais Kinsella défend son point de vue avec une logique puissante et des exemples qui sont renversants par leur pouvoir persuasif.

Après tout, on ne saurait trop insister sur la pertinence de cet argument à l'ère numérique. L'État travaille avec des producteurs privés monopolistiques pour freiner l'innovation et stopper le progrès technologique, tout en exerçant une coercition sur les concurrents potentiels et les consommateurs. Même la politique étrangère américaine est profondément affectée par la confusion généralisée entre ce qui est légitime et ce qui est simplement revendiqué comme propriété.

Au lieu de ce système de cartellisation, Kinsella réclame ni plus ni moins qu'un marché purement libre, qui n'implique rien qui ressemble à ce que nous appelons aujourd'hui propriété intellectuelle. Selon lui, la PI n'est en réalité qu'une convention juridique appliquée par l'État, pas une extension de la propriété réelle.

Peu de livres écrits au cours des dernières décennies ont donné lieu à autant de réflexions fondamentales. Il est essentiel que les libertariens comprennent bien cette question et qu'ils comprennent les arguments de toutes les parties. Le livre de Kinsella est un chef-d'œuvre dans ce domaine — il s'avère que ses arguments contre la PI sont plus rigoureux et plus complets que n'importe quel autre texte écrit à gauche, à droite ou n'importe où entre les deux.

Lisez-le et préparez-vous à changer d'avis.

Ludwig von Mises Institute | Mises.org