HAL
open science

Les biens numériques

Emmanuel Netter, Aurore Chaigneau

▶ To cite this version:

Emmanuel Netter, Aurore Chaigneau. Les biens numériques. Emmanuel Netter; Aurore Chaigneau. CEPRISCA, 2015, 978-2-9533727-8-6. hal-01644198

HAL Id: hal-01644198
https://hal.parisnanterre.fr/hal-01644198

Submitted on 4 Aug 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

CEPRISCA
Collection colloques

Les biens numériques

Sous la direction

d'Emmanuel Netter,
Maître de conférences en droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne, Directeur adjoint du Centre de droit privé et de sciences criminelles d'Amiens (CEPRISCA)

et Aurore Chaigneau,
Professeur de droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne

2015

LISTE DES CONTRIBUTIONS

Introduction,
par Emmanuel Netter, Maître de conférences en droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne, Directeur adjoint du Centre de droit privé et de sciences criminelles d'Amiens (CEPRISCA) et Aurore Chaigneau, Professeur de droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne

Propriété et souveraineté de l'internet : la maitrise d'une infrastructure
par Aurore Chaigneau

Bitcoins et autres cryptomonnaies : enjeux et défis juridiques
par Caroline Laverdet, Avocat à la Cour

La protection de la neutralité de l'internet : pour un accès neutre aux biens numériques
par Jean Cattan, Docteur en droit public

Le livre numérique en bibliothèque : une mutation juridique laborieuse
par Lionel Maurel, juriste et bibliothécaire, membre du comité stratégique de la Quadrature du net

Réflexions sur l'éducation des internautes au respect du droit d'auteur
par Manon Dalle, Attachée temporaire d'enseignement et de recherche à l'Université de Picardie Jules Verne

La circulation des œuvres numériques
par Valérie Varnerot, Maître de conférences en droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne, HDR

Le « vol » d'un bien numérique : vers la suppression des guillemets
par Morgane Daury-Fauveau, Maître de conférences en droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne, CEPRISCA

Le logiciel dématérialisé
par Emmanuel Netter

L'œuvre numérique : un élément iconoclaste au sein du droit de la propriété
par Mélanie Clément-Fontaine, Maître de conférences en droit privé à l'Université de Versailles – Saint-Quentin

Les noms de domaine des biens numériques pas comme les autres ?
par Eugénie Chaumont, Expert juridique en problématiques internet

Des biens aux services numériques : de l'ère de la propriété à l'âge de l'accès
par Céline Castets-Renard, Professeur, Université Toulouse 1 Capitole, Faculté de droit, Co-directrice du Master 2 Droit et informatique, Directrice adjointe de l'IRDEIC, Centre d'excellence Jean Monnet

Contre l'hypothèse de la qualification des données personnelles comme des biens
par Judith Rochfeld, Ecole de droit de la Sorbonne, Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1), IRJS

INTRODUCTION

Emmanuel Netter
Maître de conférences en droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne
Directeur adjoint du Centre de droit privé et de sciences criminelles d'Amiens (CEPRISCA)

Aurore Chaigneau
Professeur de droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne

Assurer à la personne la maîtrise de son environnement revient à protéger sa liberté, pour lui permettre de se mouvoir et de prendre part au monde. À cette fin, il est nécessaire de lui garantir un accès et un usage suffisamment individualisé et pérenne des choses qui l'entourent Or, Internet apparaît aujourd'hui comme un espace dans lequel la personne voit ses capacités réduites et ses pouvoirs de décision limités par des technologies qui médiatisent son rapport à des choses « insaisissables ». Cette mécanique aliénante n'est pourtant pas une fatalité.

Depuis quelques décennies, les internautes et les institutions s'organisent pour garantir un espace de liberté à l'usager captif. Le droit de la concurrence a été le premier utilisé pour empêcher les *majors* de limiter la concurrence entre elles - et donc les usages possibles - en vendant du matériel préprogrammé avec logiciels intégrés par exemple. Au nom de la protection du développement économique, le législateur a fait d'abord usage des règles du marché pour garantir le pluralisme. Mais avec la multiplication des usages sur internet, la problématique s'est depuis élargie. Le droit de la concurrence ne peut pas tout réglementer, dès lors que les particuliers pénètrent aussi cet espace et y développent des usages multiples avec leurs intérêts propres.

Internet représente aujourd'hui un nouvel univers familier, meublé de ses objets, un monde partagé, une culture. Il faut donc se poser la question de la maîtrise et du contrôle des entités numériques, ces choses sans forme mais nécessaires. Désormais, le débat porte sur la reconnaissance d'un droit réel, c'est-à-dire d'un pouvoir direct de la personne sur la chose. Un pouvoir dont il ne faut oublier les deux facettes : le pouvoir d'exclure les tiers, mais aussi, celui de ne pas être exclu du rapport à son bien pour le posséder en propre.

Ouvrir la question de la propriété de l'Internet, n'est ce pas ouvrir la boîte de Pandore ? D'aucuns ne sont pas loin de le penser, qui luttent pour l'absence totale de qualification en termes de droit exclusif[1]. Mais, au regard de la spécificité du numérique, il serait réducteur de transposer l'ancien débat sur la propriété corporelle sans l'adapter. La propriété exclusive des biens numérique n'a pas grand sens, puisque l'accès à un bien par l'usager n'en exclut *a priori* pas les autres. Les biens sont reproductibles à l'infini. L'enjeu est ailleurs : il s'agit d'accorder à chacun un droit auquel sont associés des pouvoirs suffisants pour que sa possession ait une consistance conforme aux besoins et aux utilités de la personne.

Du fait de leur dimension immatérielle, les droits sur les entités numériques sont d'abord régis par le droit de la propriété intellectuelle, qui énonce un droit exclusif sur une création immatérielle et réglemente sa diffusion. Mais l'économie numérique a aussi donné le jour à des activités marchandes ou altruistes qui vont au-delà de la création. La protection des droits de l'inventeur est une chose, mais elle ne doit pas négliger celle des droits de l'acquéreur, du possesseur. Pour l'heure, il s'agit notamment de concevoir un droit d'accession ou le « remploi » de certaines d'informations véhiculées, stockées par les personnes elles-mêmes, et leur traçabilité, tout comme le cadastre a permis de stabiliser les droits fonciers. L'ensemble de ces questions relève expressément de la branche civile du droit des biens.

Or, en ce domaine, l'adaptation du droit est timorée. La spécificité des objets innovants et de leur circulation s'encombre de qualifications inadéquates. Faut-il maintenir le vocable actuel ? La « vente » de musique en ligne constitue-t-elle une véritable cession de bien, alors que l'œuvre est donnée en simple usage et que la péremption de la technologie rend plus précaire la durée de l'acquisition ? Sans renforcement des droits de l'acquéreur, ses prérogatives sont réduites à la portion congrue.

En outre, le droit des biens structure et articule les pouvoirs du propriétaire avec les intérêts des tiers. Il mérite d'être adapté au numérique, et on ne saurait imaginer qu'il n'intègre pas des dispositions propres à son développement, aux troubles qu'il engendre comme aux formes de collaboration qu'il encourage. Si le droit des biens désigne la branche du droit qui regroupe les règles d'usage et

1 - Sur le débat contrant cette idée, v. notamment L. Maurel, Communs de la connaissance et enclosures http://www.laviedesidees.fr/Defense-de-l-enclosure.html, 29/09/2015. L'auteur revient sur les propositions de J. Boyles dans son ouvrage *The Public Domain : Enclosing The Commons Of The Mind,* YUP, 2003.

d'appropriation des choses, il est parfois tentant de le réduire au droit des choses « appropriées personnellement », objets de droits patrimoniaux exclusifs. Ce prisme rend plus délicate encore la notion de bien numérique, à laquelle nous serions tentés d'associer un spectre plus large de choses et d'usages, car l'appropriation numérique est renouvelée dans ses formes. L'objet de cet ouvrage consiste justement à réfléchir aux enjeux de la titularité des droits sur le numérique et de l'agencement des droits individuels au regard des intérêts en cause.

La réduction des droits du titulaire, possesseur même virtuel de la chose, peut être vue comme le revers de la médaille d'une promotion à outrance de « l'accès »[2]. L'internet incarnerait une nouvelle économie de « l'accès » aux mondes virtuels. Dans la période contemporaine, le droit d'accès individuel ou collectif a certes connu plusieurs consécrations légales pour garantir la santé publique, la protection de l'environnement, la neutralité de l'internet, mais il semble insuffisant pour assurer ce qu'une philosophie matérialiste nommerait la « projection de la personne dans le monde des choses ».

Dans un court avenir, les défis de qualification et de redéfinition des choses et des régimes afférents vont se multiplier. Au hasard d'une revue de presse, on découvre déjà que la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI) vient d'ouvrir un concours pour inciter collégiens et lycéens à créer leurs livres numériques[3]. On lit que le Bitcoin, fameuse monnaie électronique et privée, va être utilisée par la vénérable banque Barclays, ce qui a provoqué l'émoi de la profession[4]. En matière de noms de domaine, c'est le .ski, disponible depuis peu, qui alimente l'actualité[5]. On apprend encore que les « imprimantes 3D » fabriqueront bientôt de la peau humaine[6]...

Pour ouvrir le débat, le 26 septembre 2014, le Centre de droit privé et de sciences criminelles d'Amiens a réuni plusieurs chercheurs, en leur demandant de considérer ces objets, et d'autres encore, à travers le prisme du droit, et plus précisément de la notion – à ce stade, purement prospective – de « biens numériques ». Sera-t-il

2 - Formulée comme une réservation de jouissance par M. Xifaras, la propriété étude de philosophie du droit, PUF, 2004.

3 - Des livres numériques créés par des collégiens et lycéens, article Actualitte.com du 23 septembre 2015.

4 - Les banques prêtes à adopter le Bitcoin ou plutôt sa technologie, article LaTribune.fr du 1er septembre 2015.

5 - Nom de domaine : lancement de l'extension .ski, article emarketing. fr du 4 septembre 2015. Le domaine en .alsace, quant à lui, est en soldes : article 20minutes.fr du 20 septembre 2015. On n'ose suggérer d'y voir un effet de la réforme territoriale.

6 - Bientôt de la peau humaine fabriquée avec des imprimantes 3D, article RTL.fr du 23 septembre 2015.

nécessaire de créer un nouveau droit spécial des biens ? Chacun sait que le droit des biens a déjà connu l'émergence – pour ne pas dire l'émancipation – d'un sous-ensemble constitué du droit des œuvres de l'esprit. Du tronc, faut-il que pousse une branche supplémentaire ou bien faut-il au contraire espérer un enrichissement plus rapide du droit commun ?

Pour le savoir, il convient de décliner ces questions générales en trois problématiques précises. D'abord, existe-t-il une catégorie juridique à laquelle on puisse donner quelque cohérence intellectuelle, quelque homogénéité, que l'on puisse doter de critères de qualification - même embryonnaires ? Ensuite, une fois les contours de cette catégorie imaginaire dessinés à grands traits, à quoi servirait-elle ? Invoquer les concepts du droit des biens, en particulier le droit de propriété, n'a de sens que si l'on entend promouvoir certaines valeurs sociales, protéger certains intérêts, favoriser certaines situations. Certains y gagneront, d'autres pourraient bien y perdre. Enfin, il faudra affronter sans détour les limites de cette démarche qui vise à faire saisir les richesses numériques par le droit des biens.

Quelle cohérence pour la qualification de bien numérique (I) ? Quelles finalités (II) ? Quelle pertinence (III) ?

I – La qualification de bien numérique : quelle cohérence ?

Méritent d'être qualifiés de « numériques » au sens strict les biens susceptibles d'être représentés sous forme de valeurs chiffrées, qui peuvent ensuite être rassemblées dans un fichier informatique[7]. Une information sous forme numérique peut être directement manipulée par des systèmes informatiques et voyager à travers le réseau Internet. Dans l'univers réel, qui précède le monde du droit et est séparé de lui par l'opération de qualification juridique, la catégorie des biens numériques trouve là sa cohérence. Arrive alors le juriste. Sous son regard, les biens numériques semblent d'abord se caractériser par leur immatérialité, leur appartenance à la catégorie des choses incorporelles. L'idée mérite d'être nuancée. Citons le doyen Carbonnier, qui mettait déjà en garde : si certains biens sont

7 - Les systèmes analogiques (exemple : cassette audio, VHS), « (...) représentent, traitent ou transmettent des données sous la forme de variations continues d'une grandeur physique » (Dictionnaire Larousse, V° « analogique »). Les systèmes numériques, quant à eux, utilisent « (...) la représentation d'informations ou de grandeurs physiques au moyen de caractères, tels que des chiffres, ou au moyen de signaux à valeurs discrètes » (Dictionnaire Larousse, V° « numérique »). Alors qu'un signal analogique peut prendre n'importe quelle valeur, et sera volontiers représenté par une courbe, le signal numérique ne peut prendre que certaines valeurs au sein d'un ensemble fini (c'est le sens de l'expression mathématique « valeurs discrètes »), et on le représentera par exemple par un nuage de points.

purement immatériels, comme les droits subjectifs, « (...) l'immatériel qui a envahi le droit en cette fin de siècle est d'une génération différente », écrivait-il. « Il ne nie pas la présence d'une réalité physique dans les biens de sa mouvance. Seulement, c'est d'une autre physique qu'il s'agit : l'énergie s'est substituée à la matière. Cependant, il a fallu des progrès éclatants de la science et des techniques inédites - l'informatique, l'électronique, internet... - pour capter cette énergie, la rendre intelligente et la mettre au service du droit »[8].

De l'énergie intelligente. C'est encore de la matière, même si le dur, le lourd s'est sublimé en une brise électrique. Le numérique a les mains tendues vers le ciel, mais il a encore les pieds au sol.

Le bien numérique, en effet, est sans cesse ramené à sa nature terrestre. Le fichier est nécessairement stocké quelque part : dans une mémoire vive (RAM) ou morte (un disque dur par exemple), à quelques centimètres de l'utilisateur (lorsque le fichier est conservé « localement ») ou à l'autre bout de la terre (lorsqu'il se trouve « dans le nuage » - le *cloud computing* -, c'est-à-dire sur les serveurs d'un prestataire de service). Surtout, l'information numérique voyage. La fulgurance avec laquelle ces allers-retours sont accomplis entraîne à l'oublier. Mais lorsque l'internaute français accède à une information située aux États-Unis, ou envoie une donnée au Japon, les chiffres doivent bien parcourir physiquement ces immenses distances, transitant principalement par des réseaux de cuivre et de fibre optique. Dans tous ces moments où l'information s'incarne, des luttes de pouvoir s'engagent. Le support physique où elle se trouve stockée devient une cible. Ainsi la France et d'autres pays de l'Union européenne, échouant à dissuader les internautes de se livrer à la contrefaçon, ont-ils frappé ces supports d'une « redevance pour copie privée ». Lors de son voyage, l'information transite par des réseaux physiques possédés par des opérateurs privés aussi bien que publics, mais implantés sur le territoire des États. Ces derniers tentent de faire valoir leur souveraineté sur l'infrastructure, espérant contrôler le fluide qui leur échappe. Il en résulte une lutte de souveraineté pour déterminer quelle est la loi nationale applicable, imposer un ordre public du numérique, empêcher certains contenus de circuler (**V. la contribution d'Aurore Chaigneau, Propriété et souveraineté de l'internet : les enjeux d'une maîtrise de l'infrastructure**). Les États ont même découvert avec inquiétude l'existence de la monnaie virtuelle appelée Bitcoin. D'autres monnaies privées préexistaient, hors du web, mais aucune n'avait rencontré un tel succès, et n'avait permis de passer des transactions

8 - J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 1595 et s.

anonymes, portant parfois sur des biens illicites, avec une telle facilité (**V. la contribution de Caroline Laverdet, Bitcoins et autres cryptomonnaies : enjeux et défis juridiques**). Il arrive par ailleurs que les pouvoirs privés et publics, plutôt que d'empêcher purement et simplement l'accès de certaines informations au réseau, soient tentés d'accélérer des flux et d'en ralentir d'autres ; d'ouvrir plus grands certains robinets ou de rétrécir certaines canalisations. L'univers numérique exigeant une extrême rapidité confinant à l'instantanéité, les enjeux sont immenses. Accélérer un flux, c'est le promouvoir ; le ralentir, c'est potentiellement l'éliminer. Le principe de « neutralité du net », c'est-à-dire l'absence totale de hiérarchie ou de discrimination entre les contenus, triomphera-t-il ? La *Federal Communications Commission* américaine l'exige désormais, et le futur projet français de loi « République numérique » prend position en ce sens (**V. la contribution de Jean Cattan, La protection de la neutralité de l'Internet : pour un accès neutre aux biens numériques**).

C'est entendu, le numérique reste accroché à la matière du bout des doigts. Ses caractéristiques n'en sont pas moins spectaculaires, si on les compare au monde des choses lourdes. Les biens numériques peuvent être reproduits pour un coût quasiment nul, être déplacés de même, et utilisés simultanément par une infinité d'utilisateurs - les économistes parlent de bien « non rival », l'usage par l'un n'empêchant pas l'usage par l'autre. La cohérence de la catégorie juridique est là. Ces attributs étonnants font le bonheur des uns et le malheur des autres. Les titulaires de droits de propriété intellectuelle ne se réjouissent pas nécessairement de la facilité avec laquelle les richesses culturelles se répandent, parfois sans contrôle, sans rémunération. Leurs réactions peuvent être teintées de nostalgie, voire de conservatisme. L'exemple du prêt de livre numérique en bibliothèque est frappant. Un éditeur est allé jusqu'à inclure dans les exemplaires électroniques de ses ouvrages une fonction d'auto-destruction après 26 prêts à des lecteurs, obligeant la bibliothèque à les racheter régulièrement. Pourquoi ? Parce qu'en moyenne, un livre papier soumis à un nombre comparable d'emprunts commençait, nous dit-on, à se désagréger (**V. la contribution de Lionel Maurel, Le livre numérique en bibliothèque : une mutation juridique laborieuse**). Deux leçons peuvent en être tirées. La première : les caractéristiques nouvelles présentées par les biens numériques exercent une pression sur les modèles économiques mais aussi sur les régimes juridiques (dans cet exemple, le régime juridique du prêt est confronté à la transformation de l'exemplaire physique, bien rival et dégradable, en un fichier qui peut se trouver partout à la fois et résister à l'usure du temps). La seconde : face à ces rapides mutations, certains imaginent qu'il suffit de ressusciter par la force les solutions du passé.

Ce difficile dialogue entre le monde des richesses tangibles et celui de l'impalpable n'est pas prêt de cesser, si l'on considère les bouleversements supplémentaires causés par l'impression 3D. Cette technique, **évoquée lors du colloque par M. Christian Le Stanc**[9], offre en amont toute la souplesse des fichiers numériques, faciles à dupliquer, faciles à transporter, faciles à acheter et à vendre en un instant puis, en aval - après impression - la jouissance par l'acheteur d'un bien « solide », tangible. Des scanners 3D rendront un jour le processus inverse accessible à tous, permettant d'incessants allers et retours entre le monde des choses lourdes et celui des électrons.

Nous n'en sommes donc qu'aux débuts des bouleversements que les biens numériques vont causer à l'économie et aux modes de vie. Pour encourager ou au contraire ralentir ces évolutions, le droit des biens sera invoqué de toutes parts.

II - La qualification de bien numérique : quelles finalités ?

À travers la notion de « bien numérique », ce sont les droits réels que l'on cherche à convoquer ; en particulier, le plus souvent, le droit de propriété. Dans une période de doute sur la titularité et l'étendue des droits, se présenter comme « propriétaire », c'est revendiquer un statut à la fois juridique et symbolique, supposé puissant.

Les premiers à afficher de telles revendications sont les créateurs et éditeurs de richesses numériques, à travers le concept de propriété intellectuelle. Face à la banalisation des actes de contrefaçon, ces titulaires de droits exigent des pouvoirs publics l'édiction et le prononcé de sanctions énergiques. Toutefois, en l'absence de consensus social en ce sens - voire même en présence d'un relatif consensus pour laisser de tels actes impunis - le législateur a opté pour la pédagogie, mettant en place la célèbre « réponse graduée » dont la HADOPI est le chef d'orchestre contesté. Dire que les résultats de cette politique sont mitigés est un euphémisme (**V. la contribution de Manon Dalle, Réflexions sur l'éducation des internautes au respect du droit d'auteur**). Mais les titulaires de droits ne désarment pas, et surveillent de près toutes les formes de circulation des contenus culturels propres au numérique, entraînant des débats techniques sur la légalité du placement de ces informations dans la mémoire cache des navigateurs internet, de la création de liens hypertextes pointant vers des œuvres protégées et du développement de pratiques artistiques transformatives telles que le *mashup*

9 - M. Le Stanc n'a pas participé au présent ouvrage, mais son intervention peut être visionnée librement sur le site du Centre de droit privé et de sciences criminelles d'Amiens, www.ceprisca.fr. Il en va de même de toutes les interventions, à l'exception de celle de Mme Rochfeld.

(**V. la contribution de Valérie Varnerot, La circulation des œuvres numériques**). Ajoutons que toutes les violations du droit de la propriété intellectuelle ne sont pas considérées avec la même sévérité. Échanger illégalement des séries télévisées sur des réseaux de pair-à-pair est une chose ; s'introduire dans les serveurs d'une entreprise pour lui dérober des secrets industriels en est une autre. Le droit pénal est en train de réagir aux phénomènes d'espionnage économique. Mais il est frappant de constater à quel point certaines incriminations ont mis du temps à évoluer. Au sein des infractions protégeant le patrimoine, l'escroquerie et l'abus de confiance ont été adaptées depuis longtemps au monde de l'immatériel, mais pas le vol, de sorte qu'il n'était pas possible de parler de « vol de données » jusqu'à une époque récente. Des infractions spécifiques avaient été imaginées, comme l'accès à ou le maintien frauduleux dans un système automatisé de données (**V. la contribution de Morgane Daury-Fauveau, Le « vol » d'un bien numérique : vers la suppression des guillemets**). Faut-il faire évoluer le droit commun pour protéger la possession des biens numériques ou faut-il secréter du droit spécial ? L'enjeu est crucial pour le développement de l'internet. Le droit pénal ne sera pas seul à être confronté à cette alternative dans l'avenir.

Les patrimoines des créateurs et distributeurs de contenus numériques sont donc - tant bien que mal - protégés par notre droit. Un mouvement plus récent et plus inattendu consiste, à l'inverse, à utiliser le concept de propriété pour protéger les droits des utilisateurs. L'exemple du logiciel, à cet égard, est frappant. Fut un temps où le logiciel était stocké sur des disquettes, des cartouches, des CD-ROM. Il s'agissait déjà d'un bien numérique, à dire vrai, mais enfermé, enchâssé dans une chose corporelle tangible, susceptible de manipulations et d'appropriations physiques. Chaque exemplaire de l'œuvre était ainsi individualisé, et se prêtait à l'exercice d'un droit de propriété par le consommateur de biens culturels : il était propriétaire de sa copie. Il pouvait dès lors la prêter ou la revendre d'occasion, sans que rien ne semble pouvoir s'y opposer. Aujourd'hui, des modes de distribution en ligne permettent de livrer directement le consommateur de contenus numériques, sur son ordinateur ou sa tablette connectés au réseau, sans passer par le truchement d'une chose palpable. Le droit réel sur la copie s'efface, et laisse apparaître en première ligne le contrat de licence utilisateur, jusqu'ici parfois relégué au second plan. Les éditeurs de logiciels sont alors tentés de stipuler des clauses d'incessibilité frappant leurs produits. Mais la Cour de Justice de l'Union européenne s'oppose à ce mouvement. Par le biais d'une fiction, la copie immatérielle, elle cherche à rééquilibrer le rapport de forces entre professionnels du logiciel

et clients, en faveur de ces derniers. Son arme, c'est le droit de propriété. (**V. la contribution d'Emmanuel Netter, Le logiciel dématérialisé**). Le droit des biens profite ici non pas aux grands producteurs de contenus numériques, mais aux internautes : le renversement de perspective est remarquable.

Mais est-il justifié de voir ainsi le droit des biens partout, de plaquer systématiquement sur les richesses numériques une analyse en termes de droits réels ? On peut en douter. Le recours à la qualification de bien numérique doit rencontrer des limites.

III – La qualification de bien numérique : quelle pertinence ?

Le droit positif des biens ne semble pas toujours habile à régir l'univers numérique. Deux solutions s'offrent alors : renouveler cette discipline, ou en sortir.

Une première solution consiste à faire appel à un droit des biens renouvelé. Cette branche du droit réserverait, d'après certains auteurs, une part excessive à la propriété individuelle, au détriment des propriétés collectives. Il est vrai que la décision de la *FCC* américaine sur la neutralité du net, déjà évoquée, présente internet comme un « bien commun ». Mais le réseau n'a pas seul vocation à profiter d'une telle qualification. Certaines contenus, certaines œuvres collaboratives et à vocation non lucrative profiteraient sans doute d'une implantation en droit français du concept de « communs » (**V. la contribution de Mélanie Clément-Fontaine, L'œuvre numérique : un élément iconoclaste au sein du droit de la propriété**). Le projet de loi pour une République numérique progresse timidement en ce sens, en consacrant un « domaine commun informationnel » - pour l'heure assez limité – rattaché à l'article 714 du Code civil[10].

Mais même un droit des biens renouvelés ne suffira pas à résoudre l'intégralité des problèmes posés par les richesses numériques. Une deuxième solution est alors de faire appel à d'autres champs du droit privé.

Il est certain, d'abord, que l'univers numérique réservera une large place au contrat. Comment distingue-t-on les droits réels – l'univers des biens – des droits personnels – l'univers des obligations ? Le droit réel, selon une définition classique, est celui qui offre à son titulaire un pouvoir immédiat – c'est-à-dire sans médiateur, sans

10 - Article 8 du projet, actuellement en phase de consultation publique (septembre 2015).

intermédiaire – sur la chose. Or, il est de plus en plus rare qu'un utilisateur de contenus numériques puisse y accéder sans utiliser un ensemble d'objets techniques, de logiciels et d'autorisations accordées par des serveurs distants, qui sont entièrement sous la maîtrise des géants de l'internet. Si le réseau tombait en panne, ou même que l'une de ces grandes sociétés faisait faillite, un certain nombre de produits dont les utilisateurs imaginent être propriétaires cesseraient de fonctionner. Qu'est-ce alors que la propriété d'une copie dématérialisée, ou celle d'un nom de domaine (**V. la contribution d'Eugénie Chaumont, Les noms de domaine : des biens numériques pas comme les autres?**) ? Où est le droit réel, le pouvoir direct sur la chose ? Dans le monde des nouvelles technologies, on assisterait ainsi à un recul généralisé de la fourniture de biens au profit de la prestation de service, c'est-à-dire au triomphe du contrat (**V. la contribution de Céline Castets-Renard, Des biens aux services numériques : de l'ère de la propriété à l'âge de l'accès**). Pour éviter que les contenus des contrats d'adhésion proposés par les grandes sociétés du numérique ne dépouillent les utilisateurs de l'essentiel de leurs anciens droits sur leurs contenus culturels, il faudra que la compétition entre eux soit suffisamment vive – le droit de la concurrence devra y veiller – et que les clauses abusives puissent être sanctionnées – le droit de la consommation aura un rôle à jouer.

Enfin, et c'est peut-être plus inattendu, le droit des biens devra parfois céder sa place au droit des personnes. Cette thèse a été défendue à propos des données personnelles. Affirmer que les données sont des biens numériques semble au premier abord protéger l'internaute, qui exerce alors sur elles son droit de propriété. Mais cette approche « réaliste » (les données sont objets de droit réel) renvoie à l'individu la responsabilité de protéger lui-même ses données. Les risques sont grands qu'il accepte de les monnayer à des conditions qu'il regrettera ultérieurement, voire même sans qu'il en ait véritablement eu conscience, par exemple parce qu'il a approuvé trop vite les conditions générales d'utilisation d'un service. Une approche « personnaliste » (les données sont un prolongement de l'individu) semble alors, pour certains, bien plus pertinente (**V. la contribution de Judith Rochfeld, Contre l'hypothèse de la qualification des données personnelles comme des biens**).

Le colloque organisé par le CEPRISCA visait autant à souligner l'intérêt du concept de « biens numériques » qu'à mettre en garde contre ses dangers. Nous espérons que le lecteur prendra plaisir à approfondir ces belles questions au fil de l'ouvrage.

PREMIÈRE PARTIE :

QUELLE COHÉRENCE ?

PROPRIÉTÉ ET SOUVERAINETÉ DE L'INTERNET : LA MAITRÎSE D'UNE INFRASTRUCTURE

Aurore Chaigneau
Professeur de droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne

La culture de la dématérialisation a réduit internet à son ombre. Il n'y aurait plus de biens, plus de propriété mais un réseau monolithique habité de choses non rivales, non exclusives. Du point de vue de l'inventeur ou de l'artiste en effet, l'œuvre semble circuler sans support. Si le droit de la propriété intellectuelle avait déjà pensé un droit sur un bien incorporel distinct de son support, le développement d'internet a contribué à représenter l'œuvre ou l'invention comme une pure immatérialité. Le droit des biens se voit ainsi écarté mais le droit d'auteur se trouve lui aussi fortement perturbé par le développement de techniques qui ont bouleversé l'accès et la diffusion des œuvres[1].

Cette représentation s'est ancrée dans les esprits jusqu'à structurer la réflexion juridique appliquée à l'activité numérique. Pourtant la dématérialisation n'est pas totale, le réseau internet repose sur des outils techniques et des infrastructures conséquentes qui nécessitent elles-mêmes des investissements matériels très lourds de la part d'agents privés et publics et qui se traduit par des rachats d'entreprises. Du côté des utilisateurs également, il est excessif de penser que la dématérialisation est totale, l'usager s'équipe d'appareils, d'ordinateurs, de smartphones pour accéder et naviguer sur le web, mais la propriété de ces derniers a été dissociée de la propriété des contenus consultés parce que l'économie du net s'est ainsi développée. Il a en effet pu être considéré tantôt antinomique voire inutile de penser l'appropriation de toutes ces choses non exclusives, partagées et souvent éphémères compte tenu de l'évolution rapide du secteur et des transformations tout aussi rapides des sociétés du numérique.

Dans ce *no man's land* de l'appropriation, la promotion de la neutralité du net a été promue et considérée comme la meilleure garantie d'une ouverture et d'un accès à la fois des agents professionnels et des usagers à l'ensemble des ressources accessibles sur la toile. Le partage a par là-même pu être encouragé.

Cette logique était d'autant plus forte que le réseau internet, en particulier pour l'usager, pouvait être considéré comme un agrégat d'opérateurs multiples aux activités et aux technologies très diversifiées. Internet n'existant que par adjonction, agrégations des

1 - V.-L. Bénamou, Grand guignol : Prop. Intell. juillet 2009 n° 32 p. 212.

moyens des uns et des autres. Dans la première phase de constitution de cette technologie, les opérateurs et les sociétés du numériques ont en effet développé leurs activités dans des secteurs segmentés, ce qui a nourri la dissociation entre d'une part une propriété matérielle des supports et de l'infrastructure du net ; et d'autre part la propriété immatérielle des contenus intéressant l'usager et de certaines inventions comme les algorithmes, les logiciels etc.
L'économie d'internet entre cependant aujourd'hui dans une ère nouvelle d'innovation technologique et de concentration des activités qui confère aux principales sociétés, notamment les cablo-opérateurs des capacités de contrôler des serveurs, des câbles et autres technologies, en même temps que des contenus dématérialisés jusqu'au support de l'accès de l'utilisateur en bout de chaîne. Certains fournisseurs d'accès ont désormais les moyens techniques de proposer en bloc l'accès à la navigation sur le net, et des offres de contenus en adossant et conditionnant les uns aux autres dans des services liés. L'accès à internet détermine alors l'accès à certains contenus. Cette évolution bouleverse l'approche dématérialisée qui a prévalu jusqu'à aujourd'hui. En effet, les opérateurs, tout en participant au réseau par la circulation des paquets proposent déjà des services spécialisés réservés à leurs abonnés. Par ailleurs, les phénomènes de saturation du réseau ont engendré des pratiques de discrimination selon l'origine des flux. L'exclusivisme et la clôture ne sont donc nullement antinomiques du net, *l'enclosure* est technologiquement envisageable en ce domaine également et même encouragée par certains opérateurs.
Dès lors se pose la question des limites d'une réglementation fondée sur une doctrine de la dématérialisation totale du net et du *end to end* formulé par Lawrence Lessig[2] qui n'aurait plus de prise sur la dimension physique du réseau ni sur son architecture logique, moulée dans les techniques et les pratiques afférentes des opérateurs.

À toute interrogation sur la propriété, vient en écho une nécessaire attention portée à l'expression de la souveraineté sur les droits des propriétaires. Le réseau, dont l'infrastructure est d'ailleurs à la fois publique et privée n'y fait pas exception. Les conditions d'accès aux contenus, le développement des agents économiques du numérique, sont dépendants de l'expression de la souveraineté des États sur le réseau. À l'exception des régimes autoritaires, les puissances publiques n'ont nullement besoin de limiter le développement des sociétés du numérique. Elles leurs posent en revanche des

2 - L. Lessig, L'avenir des idées : le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques, PUL, 2005.

obligations croissantes pour mieux contrôler leur activité.
L'internet est donc confronté aujourd'hui à deux formes accrues de maîtrise : le développement d'un exclusivisme des opérateurs par des droits privatifs sur les différentes entités du réseau et l'affirmation de souverainetés étatiques qui veulent insuffler une logique territoriale qui influe sur le réseau et ses contenus.

Section I - Internet *versus* les nouvelles propriétés

Partant des droits de l'internaute naviguant sur la toile il est difficile de raisonner en termes de propriété. La reconnaissance de biens « appartenant » à l'usager est d'autant plus difficile qu'internet s'est développé en prenant appui sur une culture de l'accès et de l'usage.

§ 1 : Un usager sans statut et sans maîtrise des choses

Du point du vue de l'usager, l'Internet forme un espace dont la structure échappe largement à sa maîtrise. Invité à surfer sur le web, il aura accès à des produits commerciaux, clé en main, des plateformes ou des sites d'achat qui coexistent avec par exemple des licences libres ou « *créatives commons* ». Le statut distinct de ces entités suppose de sa part un engagement variable mais ne permet aucune possession.
Les œuvres collaboratives reposent sur la contribution libre des utilisateurs en échange de quoi ceux-ci se voient garantir un accès gratuit illimité et la possibilité de diffuser librement les contenus. Ces espaces de la toile se construisent par adjonction d'apport complémentaires et successifs dès lors que les titulaires de droits autorisent l'intervention des internautes pour modifier enrichir et développer un site ou une plate-forme dite commune. Il y a dans ce cas une propriété ouverte dont le contenu se densifie par l'usage commun mais seul le créateur de la licence en détient véritablement des droits[3].
En d'autres domaines, le droit d'auteur et le droit des inventions engendrent des formes d'exclusivité. Ils permettent de restreindre les usages des biens accessibles sur internet. S'il est possible d'y avoir accès sous certaines conditions et dans un temps parfois limité, les usages restent limités tout comme la diffusion par des restrictions par exemple au téléchargement, au *peer to peer* ou au *streaming*.
Le contenu du site mis en ligne n'est pas modifiable par les usagers,

3 - La licence libre est pourtant bien une émanation du copyright, en ce sens qu'il existe bien un titulaire initial qui donne accès aux tiers internet en rendant l'usage du bien non exclusif. cf. M.-A. Chardeaux, Le droit d'auteur et Internet : entre rupture et continuité, Communication Commerce électronique n°5, mai 2011, 10.

en revanche il est courant de les voir contribuer à l'enrichissement du contenu de façon bénévole et volontaire. Ainsi, des services commerciaux proposés par certaines sociétés *via* leurs sites sont adaptés personnalisés à mesure de la fréquentation du site et des contributions spontanées des internautes qui, par leur utilisation, en améliorent la performativité, tels *Tipadvisor* ou *Amazon*. Les usagers-contributeurs n'acquièrent aucun droit, mais satisfont à leur intérêt d'un service commercial plus adaptés à leurs besoins[4]. S'ils participent au contenu *via* leur contribution même minimale, le résultat final appartient à la seule société propriétaire du site.
La navigation des particuliers sur internet permet pourtant aux entreprises de collecter des données sur les internautes qui, prises dans leur ensemble, permettent de développer des activités nouvelles. Désormais objet de toutes les convoitises, ces *big datas* ne sont pas considérées comme une « propriété » personnelle de leur détenteur originaire alors même qu'elles permettent de les identifier et de connaître leur comportement. Les réticences sont grandes à envisager un régime de patrimonialité[5] personnelle de ces choses quand bien même un projet de règlement européen vise à faciliter leur accès et la protection en consacrant leur « portabilité » et la défense d'un « droit à l'oubli »[6]. À l'inverse, l'appartenance et la circulation de fichiers aux fins de leur valorisation commerciale semble acquise. Si l'utilisation sera encadrée, la détention et la protection des fichiers comme des biens semblent inéluctables pour permettre leur remploi.
Le statut de l'usager contraste fortement avec celui des opérateurs. D'un côté, l'usager accède à toutes sortes de services (musiques, commerces, etc.) et autres utilités qu'il pense parfois acquérir (jeux, espaces de stockage) mais dont l'appropriation est réduite à un accès. D'un autre côté, le niveau auquel interviennent les sociétés, opérants sous différents statuts, qui sont techniquement en mesure de limiter et de contrôler l'accès aux contenus et qui, *de facto*, ont la maîtrise de l'économie du net.

§ 2 : La maîtrise économique du net passe par celle du réseau

Les avancées technologiques de ces dernières années et le poids croissant de certains acteurs de l'Internet permettent désormais de penser un véritable contrôle du réseau. La bataille que se livrent les entreprises dans le mouvement actuel de concentration des

---

4 - D. Cardon, A. Casilli, Qu'est-ce que le Digital Labor ? Ina, coll. Etudes et controverse, 2015.

5 - Cf. L'article de J. Rochfled dans le présent ouvrage.

6 - http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-46_fr.htm?locale=FR

cables-opérateurs, la confusion des casquettes entre opérateurs, fournisseurs d'accès et de contenus. Les détenteurs des infrastructures veulent contrôler l'intégralité de la chaîne et surtout l'accès au consommateur. Ce faisant la réglementation doit s'adapter. Les propriétaires des « tubes » deviennent capables d'organiser des formes d'exclusivisme qui vont faire évoluer les usages du web.

- Développement d'un droit de péage...

En premier lieu, l'augmentation du trafic a accéléré la prise de conscience des limites du réseau. Certains modes d'échange et de diffusion sont gourmands en bande passante. D'une chose inépuisable, le réseau est donc devenu une ressource limitée même en restant présenté de façon unitaire : le réseau. La congestion induit des pratiques de limitation d'accès et accentue l'idée de « privatisation partielle » des segments contrôlés par certains opérateurs[7].
En effet depuis quelques années les opérateurs ont développé des pratiques de filtrage ou de limitation des flux sur les espaces du réseau sous leur contrôle. Ils ont parfois refusé d'acheminer les flux sans autre contrepartie que le paiement des coûts supplémentaires d'interconnexion (*peering*). Certains fournisseurs d'accès ont bridé le trafic d'échange de fichiers de pair à pair ou la lecture de vidéo[8]. La fameuse affaire *Comcast* aux Etats Unis a en outre permis de montrer que la société mise en cause était en mesure de bloquer des contenus utilisant le protocole d'échange *Bittorrent* sans lien démontré avec les périodes de congestion. Ces pratiques outrepassent donc l'objectif légitime de gestion raisonnable du trafic et sont révélatrices de tensions dans le contrôle de l'infrastructure du réseau.
Or, elles ont été rendues possibles par des innovations technologiques, tant au niveau de l'architecture physique que de l'architecture logique de l'Internet, qui permettent désormais de contrôler les flux de l'Internet et son accès. Le protocole IP, par exemple, permet de définir des niveaux de priorité différents pour

7 - Avec toute la prudence qui s'impose, une analogie est souvent faite avec le phénomène séculaire des enclosures en Angleterre qui ont conduit à l'abandon de l'élevage en *open field,* au remembrement des terres et l'émergence de propriétés encloses pour limiter le passage du bétail sur le foncier et les dégâts subséquents causés aux sols. L'adoption de l'*Enclosure Act* au XVIIIe s. clôt ce processus d'émergence d'une propriété foncière et marque ainsi la fin de droits d'usage paysans : la vaine pâture et les communaux.

8 - Pour exemple, l'affaire qui a opposé le fournisseur d'accès à l'Internet *Free*, à *Google*, qui l'accusait de ralentir le débit en direction de la plateforme *YouTube*. Après une enquête administrative, l'ARCEP a cependant conclu qu'aucune pratique discriminatoire de la part de *Free* ne pouvait être mise en évidence : ARCEP, Déc. n° 2013-0987, 16 juill. 2013 clôturant l'enquête administrative ouverte en application de l' article L32-4 du Code des postes et des communications électroniques, relative aux conditions techniques et financières de l'acheminement du trafic entre diverses sociétés.

les données qui composent le trafic Internet[9]. Plus encore, les équipements qui composent l'architecture physique du réseau, tels que les routeurs permettent maintenant de tenir compte des niveaux de priorité et ainsi de gérer de façon différenciée les paquets de données transportés. D'autres techniques discriminantes peuvent être identifiées par l'usage fait des numéros de port ou par l'examen approfondi des paquets. La maîtrise technologique du réseau autorise donc aujourd'hui à concevoir sa segmentation et la création d'équivalents de « droits de passage » cédés entre opérateurs et fournisseurs d'accès et de contenu.
Avec leurs nouveaux équipements, les opérateurs ont en effet utilisé les « *deep packet inspection* » pour développer leur contrôle *via* la maîtrise de l'infrastructure elle-même. Ce faisant ils sont maintenant en mesure d'exiger contractuellement des fournisseurs de service de communication au public ou des intermédiaires techniques une participation financière pour couvrir le coût des infrastructures.

- ...contre un passage non discriminant

En réponse à ces pratiques, le « troisième paquet Télécoms» avait ajouté à la liste des objectifs de la régulation de l'article L. 32-1, II, 4° *bis* et 15° du Code des postes et des communications électroniques, le principe de non discrimination[10]. Cette interdiction impose une obligation négative de ne pas restreindre l'accès à l'Internet ni d'en diminuer la qualité, mais encore une obligation positive de moyens consistant à assurer l'acheminement des flux selon le principe du « *best effort* ». Depuis, l'insuffisance de ces dispositions a conduit à l'affirmation de l'exigence plus large de la neutralité du net maintes fois rappelée[11]. L'objectif de cette consécration est de garantir un accès ouvert et partagé au réseau à tous les opérateurs et agents. Le «quatrième paquet Télécoms» actuellement soumis aux débats

9 - Tels le champ DSCP dans IPV4 et le « Traffic Class » dans IPv6.

10 - « L'absence de discrimination, dans des circonstances analogues, dans les relations entre opérateurs et fournisseurs de services de communications au public en ligne pour l'acheminement du trafic et l'accès à ces services » et il était ajouté l'objectif de « favoriser la capacité des utilisateurs finaux à accéder à l'information et à en diffuser ainsi qu'à accéder aux applications et services de leur choix ».

11 - F. Cholley, J.-C. Gorichon, M.Sportiche et D.Varenne, La neutralité dans le réseau Internet : Conseil général de l'industrie, de l'énergie et des technologies, mars 2010 ; ARCEP, Neutralité de l'Internet des réseaux. Propositions et recommandations : Rapp. ARCEP, coll. Les actes de l'ARCEP, sept. 2010 ; ARCEP, Rapp. au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'Internet : coll. Les actes de l'ARCEP, sept. 2012 ; La Quadrature du Net, Garantir la neutralité du Net, avr. 2010 ; Ch. Paul, Rapp. AN fait au nom de la commission des affaires économiques sur la proposition de loi n°3061 sur la neutralité de l'Internet, 9 févr. 2011 ; C.Erhel et L.de La Raudière, La neutralité de l'Internet et des réseaux : Rapp. d'information AN n° 3336 de la Commission des affaires économiques, 13 avr. 2011 ; Conseil national du numérique, Rapp. relatif à l'Avis Net Neutralité n° 2013-1, 1er mars 2013 ; C.Morin-Desailly, Rapp. Sénat d'information n°696 (2013-2014) fait au nom de la MCI : Nouveau rôle et nouvelle stratégie pour l'Union européenne dans la gouvernance mondiale de l'Internet, juill. 2014 ; Rapp. CE, Le numérique et les droits fondamentaux : Doc. fr. 2014.

va en ce sens[12]. Outre la proposition de règlement en discussion[13], la Commission travaille à la reconnaissance d'obligations de non-discrimination et de méthodes de calcul des coûts cohérentes pour promouvoir la concurrence et encourager l'investissement dans le haut débit. Un accord a été obtenu en ce sens en juin 2015[14].
Mais le garde-fou de la non-discrimination est en même temps menacé par le développement de nouveaux services soumis à un régime juridique dérogatoire.

§ 3 : L'émergence de nouveaux réseaux privilégiés

En contrepartie d'investissement dans des infrastructures coûteuses, les opérateurs tentent de s'assurer une captation des usagers. L'assurance de l'ouverture du réseau pourrait en pâtir. La neutralité du net est ainsi indirectement menacée par le développement des services dits « spécialisés ou gérés » dédiés aux usagers. Les fournisseurs d'accès, bien que soumis à l'obligation de non-discrimination des flux du web se sont vu accorder la possibilité de mettre en place des services spécialisés pour lesquels un niveau de qualité supérieure du flux est admis.

Entrent dans la catégorie des services gérés les offres multiservices traditionnelles des fournisseurs d'accès à l'Internet tels les services de voix sur large bande des FAI, les services de télévision par ADSL/FTTH des FAI ou de distributeurs tiers (Groupe Canal Plus notamment) accessibles *via* un téléviseur, les services de vidéo à la demande ou encore ceux de télévision de rattrapage proposés par ADSL/FTTH sur le téléviseur par les FAI ou des distributeurs tiers. De tels services sont effectivement consacrés dans la proposition de règlement à l'article 23.2 : « *Les utilisateurs finaux sont*

12 - PE et Cons UE, proposition de Règl. COM(2013)627 final, 11 sept. 2013, art. 23, Liberté de fournir et de se prévaloir des offres d'accès à un Internet ouvert, et gestion raisonnable du trafic. Le projet de règlement européen a fait l'objet d'un vote au Parlement européen (Résolution législative, 3 avr. 2014, n° A7-0190/2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des mesures relatives au marché unique européen des communications électroniques et visant à faire de l'Europe un continent connecté, et modifiant les directives 2002/20/CE, 2002/21/CE et 2002/22/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1211/2009 et (UE) n° 531/2012 (COM(2013)0627 – C7-0267/2013 – 2013/0309(COD)).

13 - En son considérant 47 le règlement prévoit que les fournisseurs de communications électroniques au public doivent, « *dans la limite des volumes de données et des débits pour l'accès à l'Internet définis par contrat, s'abstenir de bloquer, de ralentir, de dégrader ou de traiter de manière discriminatoire des contenus, des applications ou des services donnés ou certaines catégories de contenus, d'applications ou de services, sauf dans le cas d'un nombre restreint de mesures relevant de la gestion raisonnable du trafic. Ces mesures devraient, en outre, être transparentes, proportionnées et non discriminatoires* ».

14 - Communiqué sur l'accord entre la Commission le Parlement et le Conseil obtenu en juin 2015 : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5265_en.htm
Pour une analyse de l'avancement des débats : A. Robin, Neutralité du Net : vers une consécration européenne du Principe ? Communication Commerce électronique n° 6, Juin 2015, étude 12.

également libres de conclure un accord soit avec des fournisseurs de communications électroniques au public soit avec des fournisseurs de contenus, d'applications et de services sur la fourniture de services spécialisés d'un niveau de qualité supérieur ».

Le développement de ces offres risque d'induire un morcellement d'internet malgré le principe de neutralité puisque ces services sont proposés dans les réseaux des opérateurs en amont du « dernier kilomètre ». Les flux transitent *via* un canal dédié indépendant de celui qui supporte l'accès à l'Internet. Autrement dit, l'infrastructure est ici distincte ce qui encourage sa « clôture ».
La spécification de ces services n'est pas considérée comme une pratique discriminante dès lors que la qualité du flux des autres utilisateurs n'est pas dégradée sur l'Internet. Mais ce qui n'est pas anticipé ici consiste moins dans la discrimination que dans la captation du consommateur ainsi désintéressé d'une navigation à l'aveugle sur l'Internet et, au contraire, incité à se cantonner à une offre de services proposée par son fournisseur d'accès. Dans son offre, le FAI est libre de sélectionner, réduire, de tarifer les services proposés et d'aménager cet « espace internet » en court-circuitant *de facto* l'accès à l'intégralité du net. Les opérateurs qui multiplient aujourd'hui ces offres-package ont bien compris l'importance de « canaliser » l'usager ainsi détourné du commun et poussé vers un espace privé qui leur permet également de s'imposer en intermédiaire par rapport aux fournisseurs de contenu.
L'accord obtenu en juin dernier à la commission laisse entière la question de ce véritable cheval de Troie puisqu'il indique que malgré l'affirmation du principe de neutralité du net : « les FAI seront toujours en mesure de proposer des services spécialisés de qualité supérieure, tels que la télévision par Internet, ainsi que de nouvelles applications innovantes, pour autant que ces services ne soient pas fournis au détriment de la qualité de l'Internet ouvert ».

Les luttes pour le contrôle et la maîtrise de l'Internet ne sauraient en outre se résumer à cette lutte entre opérateurs privés. L'échelle du réseau et ses usages intéressent tout autant les puissances publiques qui affirment leur souveraineté sur l'espace numérique et limitent l'accès des entreprises et des particuliers.

Section II - La souveraineté en miroir de la propriété du réseau

Miroir de la propriété, la souveraineté qualifie une puissance légitime, imposée unilatéralement par une autorité suprême qui jouit

d'un pouvoir sans concurrence[15]. Il n'y aura de propriété des biens numériques que si un pouvoir souverain contribue à structurer les relations entre les détenteurs de l'internet. Si d'aucuns affirment leur scepticisme[16], les enjeux de la protection des personnes et de sécurité intérieure mais également la réglementation des activités économiques sur le web suscitent autant d'intérêt de la part de la puissance publique.

Malgré des annonces anti-étatiques des pionniers de l'internet qui, en 1996 avaient rédigé une « Déclaration d'indépendance du cyberspace » pour enjoindre les États à ne pas réglementer ce domaine et à laisser la communauté s'organiser de manière autonome, les États n'ont pas abdiqué leur souveraineté. Ils tentent au contraire de peser sur l'administration de l'Internet en exigeant une clarification de la gouvernance et en édictant des obligations aux usagers et aux opérateurs pour défendre la consécration d'un ordre public sur internet.

La gouvernance d'internet n'est pas centralisée mais au contraire composite et non gouvernementale[17]. En outre, l'infrastructure logique de l'Internet est aujourd'hui principalement conçue et structurée par des acteurs privés, des multinationales, qui ont la propriété de la technologie et la maîtrise technique de l'accès des utilisateurs aux contenus. Si les instances permettent de faire dialoguer tous les intérêts, la technologie n'appartient qu'à certains. Pour assurer leur développement ces sociétés ont cependant besoin de déployer leurs activités dans le plus grand nombre d'États. Pour installer câbles et machines, elles doivent prendre pied sur des territoires conquis. Elles s'avèrent donc réceptives aux logiques souverainistes car elles ne souhaitent pas entrer dans une confrontation avec des instances susceptibles de contrarier leur développement. Au gré des réformes se forge donc une logique oscillant entre coopération et contrainte entre le réseau et les puissances publiques étatiques.

Imprimant leur logique géographique, les États, *via* leurs instances, tentent de contrôler efficacement internet en s'intéressant autant aux usagers qu'aux opérateurs. Certaines normes et décisions visent ainsi

15 - Cf. E. Maulin, « Souveraineté », Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003, p. 1434 ; et citant Carré de Malberg sur l'absence de pouvoir concurrent, *op.cit.* p. 1436.

16 - Cf. analyse du professeur D. Rousseau, Le numérique signe la fin du droit des États, http://www.lemonde.fr/ consulté le 21 septembre 2015.

17 - Des sociétés internationales travaillent à la gestion du réseau : L'ICANN est chargé de la gestion des noms de domaine, IEFT (Internet Ingeneering Task Force) et W3W (World Wide Web Consortium) travaillent à la définition des standards techniques tandis que L'internet Society et le FGI (Forum pour la gouvernance d'internet) délibèrent sur les enjeux les plus politiques. Ces dernières années ces assemblées ont fait part de leur inquiétude dans la gouvernance et la représentativité des parties prenantes ; cf. Rapp. CE, Le numérique et les droits fondamentaux : Doc. fr. 2014, p. 137.

à insuffler des logiques territoriales aux opérateurs et détenteurs du réseau, le contrôle des opérateurs et de leur infrastructure matérielle et technique permet de maîtriser efficacement les contenus et la gouvernance internationale semble impuissante à limiter les États dans leur prise de contrôle.

§ 1 : Extension du domaine d'application de la loi et enjeux de souveraineté économique

L'éclatement géographique des entreprises numériques, la difficulté à localiser les activités de certaines sociétés, *via* leurs serveurs et leurs sites rend délicate la question de la compétence légale et juridictionnelle des autorités nationales. Les nombreuses affaires comportant des éléments d'extranéité ont incité à renouveler la réflexion sur le critère de rattachement à un droit, national ou européen[18]. Le plus souvent l'interprétation des règles existantes est faite à la faveur de la logique étatique soucieuse de protéger des intérêts économiques : ceux des consommateurs comme ceux du Trésor. Après quelques hésitations, en matière pénale[19] ou quasi-délictuelle, la jurisprudence s'est détournée du critère de la simple « accessibilité » qui induit la plus part du temps une pluralité de juridictions compétentes. Elle lui a préféré celui « d'action dirigée »[20] vers un pays. L'attention est ainsi portée à l'effet de l'activité et au lieu de ses conséquences. En matière contractuelle le critère de rattachement qui prévaut est celui de la volonté des parties mais des exceptions subsistent dans l'intérêt notamment du consommateur qui a tout intérêt à saisir la juridiction de son lieu de résidence et à faire appliquer sa loi nationale[21].
Une autre illustration peut en être donnée à travers une affaire qui a opposé la société Google à la France en 2012. La société Google Ireland Limited (GIL) filiale de google était alors titulaire d'une licence d'exploitation de la technologie sur les produits Google, dont la société Google Inc, société de droit américain, était le propriétaire. Les sociétés irlandaises et françaises avaient une activité très liée. GIL

18 - Cf. O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, 2002 qui propose la méthode de la focalisation pour déterminer le critère de rattachement.

19 - J. BOSSAN, Le droit pénal confronté à la diversité des intermédiaires de l'internet, RSC 2013, p. 295.

20 - Notamment CJUE 21 juin 2012 Titus Alexander Jochen Donner, C-5/11 ; CJUE 3 juill.2012 usedsoft Gmbh c/Oracle International Corp, C-128/11, D.2012, 2142, obs. J. Daleau, note A. Mendoza-Caminade ; *ibid*. 2012, point de vue J. Huet, *ibid*. 2343, obs.J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; RTD. Com. 2012. 542 obs. F. Pollaud-Dulian ; *ibid*. 790, chron. et CJUE 18 oct. 2012, Football DataCo c/ Sportrader Gmbh C-173/11, D. 2012, 2736, E. Treppoz RTD Eur. 2012, p. 947.

21 - Il peut dans ce cas saisir la juridiction de son domicile et demander l'application de sa loi nationale art. 6. 1 et 6.2 du règlement Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Également Règlement Bruxelles I bis du 12 décembre 2012 entré en vigueur le 10 janvier 2015.

était liée à la société Google France, par un contrat de prestations de services et concluait des « ventes » d'espace publicitaire en ligne auprès de clients français. Présumant que la filiale exerçait en France, en utilisant les moyens de la société Google France, une activité commerciale sans souscrire les déclarations fiscales y afférentes et sans procéder ainsi à la passation régulière des écritures comptables correspondantes, l'administration fiscale française a été autorisée, par ordonnance du Juge des libertés et de la détention des 29 et 30 juin 2011, à effectuer des saisies de documents au sein des locaux de la société Google France. Certaines données saisies lors de ces opérations, étaient consultables sur des ordinateurs se trouvant dans les locaux de la société Google France mais étaient hébergées sur des serveurs localisés à l'étranger. La société Google France avait donc demandé l'annulation des opérations de visite et de saisie au motif que ces documents avaient été prélevés dans « des lieux extérieurs à ceux autorisés par le Juge ». La Cour d'appel de Paris a rejeté la demande d'annulation de la société Google France car elle a considéré que le Juge des libertés et de la détention en autorisant « la saisie des documents informatiques pouvant être consultés dans les lieux visités » a permis la saisie de *« toute donnée située sur un serveur même localisé à l'étranger accessible à partir d'un ordinateur se trouvant sur les lieux visités étant considéré comme étant détenue à l'adresse à laquelle se trouve cet ordinateur et qu'il importe peu dès lors que les fichiers saisis se trouvaient sur des serveurs étrangers »*[22]. En l'espèce, le juge s'en tient à la présence d'un bien matériel dans les locaux pour accorder l'accès à des données hébergées ailleurs. Le terminal est donc ici un élément déterminant dans le raisonnement juridique.

Mais le problème est plus large encore. L'ensemble du modèle d'affaire qui se met en place impose de revoir non seulement les règles de localisation mais aussi celles de la qualification des activités qui se déploient sur internet. Les perturbations observées en droit international privé ne sont donc que les répliques d'un ébranlement du modèle économique actuel comme l'illustre l'affaire précédemment évoquée. Les acteurs font le constat d'une délocalisation aisée des centres de décision par rapport aux lieux de développement des activités et à ceux de stockage. La grande peur des États est de voir entre autre, l'économie numérique vider la matière imposable de

22 - En outre la Cour d'appel a considéré qu'à partir du moment où la société Google France ne semble pas exercer un simple rôle d'assistance mais est présumée assurer sous la direction de la société Google Ireland Limited la gestion commerciale des clients de cette dernière, « les deux sociétés Google sont présumées disposer d'un droit de modification desdits fichiers et la société Google France ne dispose pas d'un simple droit de consultation des fichiers saisis ». cf. CA. Paris, Ordonnance du 31 août 2012, Google Ireland google France/ administration fiscale. cf. Legalis.fr site consulté en septembre 2014.

sa substance en rémunérant des intermédiaires délocalisés ou en développant des plateformes de services et d'échanges déstabilisant tous les champs de la réglementation professionnelle[23]. Ce modèle économique est en effet voué à se développer et renouvelle la question du rattachement de l'activité économique à son territoire.
Comme en témoignent les négociations au printemps 2015 entre la société *Airbnb* et l'administration fiscale française[24], la société, propriétaire du site communautaire qui propose la mise en ligne d'offres de location de logement entre particuliers, figure l'échelon le plus efficace pour assurer le prélèvement de la taxe. Il y a donc fort à penser que ces sociétés deviendront des interlocuteurs privilégiés des États dans la protection de leur souveraineté plutôt que les utilisateurs locaux du site. La législation actuelle relative à la lutte contre la contrefaçon et les usages illicites va d'ailleurs dans le même sens, faisant des sociétés les véritables sentinelles de l'ordre public. L'internet produit sans doute moins une déréglementation des activités qu'une « re-réglementation ». Des entreprises numériques se substituent progressivement à celles ne s'étant pas positionnées à temps dans cet espace.

§ 2 : Les entreprises, relais d'une surveillance accrue des usages illicites

En matière de souveraineté, la puissance européenne joue un rôle de premier ordre. La législation européenne actuelle a initié une coopération active des opérateurs du réseau. Actant de leur rôle d'intermédiaire technique et leurs droits sur la technologie de l'internet, il est apparu plus efficace de s'assurer de leur coopération. La propriété de l'infrastructure est donc déterminante. Ces intermédiaires sont par exemple mis à contribution pour assurer le respect de l'ordre public et contrer des usages illicites.
Un des enjeux de l'expression de la souveraineté a en effet résidé dans le blocage de contenus illicites. La directive n°2000/31/CE du 8 juin 2000 transposée par la loi pour la confiance en l'économie numérique (LCEN) n°2004-575 du 21 juin 2004 prévoit que les

23 - http://www.lemonde.fr/idees/article/2015/05/28/numerique-la-grande-peur-fiscale_4642742_3232.html. Cf. Les propositions du rapport P. Colin et N. Collin, Sur la fiscalité du l'économie numérique, janvier 2013 : http://www.economie.gouv.fr/rapport-sur-la-fiscalite-du-secteur-numerique

24 - Le législateur a tout d'abord voulu imposer des restrictions aux propriétaires et réglementer directement la location des appartements. Ce mécanisme a été censuré par le Conseil constitutionnel cf. : Décision Cons. const n° 2014-691 DC du 20 mars 2014 validant la plupart des dispositions de la loi ALUR mais censurant les mesures imposant aux propriétaires voulant louer temporairement leur logement d'obtenir une autorisation préalable de la copropriété (considérants 44 à 48). Le 24 août 2015, dans un communiqué de presse, la société Airbnb a annoncé officiellement qu'elle s'était engagée auprès du Trésor public à prélever la taxe de séjour sur les locations de particulier. Cf. Le Figaro, 24 août 2015.

fournisseurs d'accès et d'hébergement ne sont pas soumis « à une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ». Cette règle, qui postule la neutralité des fournisseurs d'accès, a été appliquée pour retenir un régime de responsabilité favorable. Déclinaison du principe de neutralité, il est postulé que les opérateurs ne sont pas supposés accéder aux contenus qu'ils font circuler. En contrepartie, est édictée une exigence de coopération avec les autorités judiciaires pour faire cesser d'éventuelles infractions sur l'Internet et exiger la suppression de l'accès aux sites litigieux. Ainsi les pouvoirs publics entendent de s'assurer de la coopération des acteurs économiques plutôt que promouvoir une intervention directe sur le réseau. L'opportunité d'une décision de déréférencement ou de suppression d'un site est une intervention qui, à ce jour laissée à l'appréciation d'une autorité judiciaire[25].

Dans plusieurs arrêts, la cour de justice de l'Union européenne a rappelé la possibilité d'ordonner à un fournisseur d'accès à internet de bloquer un site internet dont le contenu porterait atteinte à des droits de propriété littéraire et artistique. Dans la décision *Telekabel*[26] rendue récemment, le fournisseur d'accès s'opposait à la demande de blocage ordonnée par les premiers juges en Autriche. La CJUE saisie d'une question préjudicielle a considéré, interprétant l'article 8.3 de la Directive 2011/29/CE, 22 mai 2001 qui dispose que « les États membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisé par un tiers pour porter atteinte à une droit d'auteur ou un droit voisin ». La Cour de Justice a estimé qu'un FAI en tant « qu'acteur obligé de toute transmission sur internet d'une contrefaçon » doit être considéré comme un intermédiaire » dont les services sont utilisés pour porter atteinte aux droits en cause. Selon la CJUE, il peut donc faire l'objet

25 - En outre l'exclusion d'une surveillance générale n'exclut pas une surveillance temporaire (L. n° 2004-575, 21 juin 2004, art. 6, I-7, al. 2). La loi prévoit notamment le principe du référé-Internet selon lequel « l'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête à toute personne mentionnée au 2 [hébergeur] ou, à défaut, à toute personne mentionnée au 1 [fournisseur d'accès], toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne » (L. n° 2004-575, 21 juin 2004, art. 6, I-8).

26 - Notamment CJUE, 4e ch., 27 mars 2014, aff. C-314/12, UPC Telekabel Wien c/ Constantin Film Verleih GmbH : http://curia.europa.eu/juris. Cf. précédemment : CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, Scarlet Extended SA c/ Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL : JurisData n° 2011-032131 et CJUE, 16 févr. 2012, aff. C-360/10, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c/ Netlog NV : Comm. com. électr. 2012, comm. 63, A. Debet ; JCP G 2012, 978, n° 11, obs. Ch. Caron ; C Castet-Renard, Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet, D. 2012, 827 ; C. Castet-Renard, La coopération des fournisseurs d'accès à l'internet dans la lutte contre la contrefaçon : quelques précisions d'envergure, recueil Dalloz 2014, p. 1246.

d'injonctions pour prévenir ou faire cesser les actes de contrefaçon. La Cour relève par ailleurs que l'injonction restreint la liberté d'entreprendre, ce qui est logique, puisqu'elle « fait peser sur son destinataire une contrainte qui restreint la libre utilisation des ressources à sa disposition, puisqu'elle l'oblige à prendre des mesures qui sont susceptibles de représenter pour celui-ci un coût important, d'avoir un impact considérable sur l'organisation de ses activités ou de requérir des solutions techniques difficiles et complexes ».

Afin de concilier la liberté d'entreprendre avec l'obligation de surveillance ciblée, la Cour a donc décidé que l'intermédiaire conserve l'entier choix des mesures de blocage à mettre en œuvre et qu'il peut: « d*éterminer les mesures concrètes à prendre pour atteindre le résultat visé de sorte que celui-ci peut choisir de mettre en place des mesures qui soient les mieux adaptées aux ressources et aux capacités dont il dispose et qui soient compatibles avec les autres obligations et défis auxquels il doit faire face dans l'exercice de son activité ».*

Ce raisonnement éprouve des limites relevées notamment par le Conseil d'État qui, dans son rapport rendu en 2014 relève que *« l'article 6 de la LCEN qui transpose la directive « commerce électronique » de 2000 entre les intermédiaires technique dont la responsabilité civile et pénale est limitée, et les éditeurs de site, n'est plus adaptée face au rôle croissant des plateformes »*[27]. En effet, le rôle d'intermédiaire joué par les plateformes et des moteurs de recherche dont l'activité consiste à organiser les contenus en les hiérarchisant, les indexant et les personnalisant, illustre la transformation de l'économie de la toile et de la maîtrise des contenus. Pour éviter que les plateformes ne se livrent à un filtrage *a priori*, certains proposent de leur appliquer un régime de responsabilité limitée pour leur activité de classement ou de référencement de contenu mis en ligne par des tiers[28]. Mais se pose alors le droit du détenteur du contenu et de sa capacité à s'opposer à une telle décision.

Ce rôle de « police privée » des *majors* de l'Internet peut contrarier les intérêts des utilisateurs. Par ce qu'elles ont le contrôle, la maîtrise des données et des sites, elles sont la cible d'injonctions de la puissance publique[29]. Il peut conduire également à contraindre la liberté des échanges et l'appropriation et la diffusion des contenus. Selon les régions, la coopération et le filtrage imposés par des législations nationales peuvent illustrer excès de la souveraineté de régimes autoritaires.

---

27 - Rapp. CE, Le numérique et les droits fondamentaux : Doc. fr. 2014. p. 21.

28 - Conseil Nat. Num. avis n°2013-1 de mars 2013.

29 - En ce sens la décision rendu par le tribunal du district de New York qui a contraint Microsoft à donner accès aux données personnelles d'un internaute stockées sur un serveur situé en Irlande. Le juge a rappelé que toutes les entreprises fournissant des services internet étaient soumises à une autre loi de 1986, *l'Electronic Communications Privacy Act* (ECPA). Pour accéder à la décision: http://www.nysd.uscourts.gov/cases/show.php?db=special&id=398 consulté en septembre 2014.

Certains États ont effectivement imposé de façon unilatérale la surveillance du web à leurs opérateurs techniques à l'instar de la Chine. Ils insufflent ainsi une logique territoriale, une segmentation de ce réseau considéré comme universel. La République populaire de Chine est par exemple parvenue à entraver de manière significative l'accès de ses ressortissants à internet en orientant le trafic vers le réseau de télécom de sociétés chinoises et en appliquant une législation très restrictive permettant le blocage de certains contenus. *In fine*, la Chine s'est dotée d'un *firewall* capable de découvrir et de bloquer les communications des systèmes VPN[30]. Le système actuel bloque les adresses IP avant qu'elles ne soient routées et les transmissions de paquets lorsque certains mots-clés sont détectés[31]. Il est donc permis de penser que l'architecture logique d'internet est placée sous le contrôle souverain du gouvernement. L'intervention de sociétés privées, même étrangères, n'a pas contrarié le gouvernement dans ce projet.

Les réformes récentes pour le renforcement de la sécurité intérieure en Europe et en Amérique du Nord, notamment la lutte contre le terrorisme, inquiètent les défenseurs du web qui voient dans les nouveaux arsenaux législatifs un levier pour accroître le contrôle à la source des échanges sur internet selon une même logique[32].

La sécurité nationale, le développement économique, la protection des données personnelles sont autant de motivations pour appeler à une gouvernance resserrée et relocalisée de l'Internet. À la lumière des débats actuels, l'appropriation et la reconnaissance de

30 - Le VPN ou *Virtual Private Network*, est un système permettant de créer un lien direct entre des ordinateurs distants grâce à un logiciel et qui permet ainsi à un usager d'accéder à un réseau interne fermé depuis un tiers ordinateur.

31 - Le 1er février 1996 une 42e convention du Conseil d'Etat est adoptée et impose une certification des fournisseurs d'accès à internet et oblige à faire passer le trafic par le réseaux de sociétés chinoises : ChinaNet, GBNet, CERNET ou CSTNET. Une Ordonnance pour la protection de la sécurité des systèmes d'information informatiques publiée le 18 février 1994 confère au Ministère public de la sécurité la responsabilité de la protection de la sécurité du réseau. Celui-ci va alors entamer des procédures de gestion du réseau et développer une réglementation pour limiter la circulation de contenus « néfastes ». Puis en septembre 2000, l'ordonnance n° 292 du Conseil d'État de la RPC fixe les premières restrictions de contenu à destination des fournisseurs d'accès Internet. Les sites Internet chinois ne peuvent pas être liés ou reprendre des informations de sites d'informations étrangers sans une approbation particulière. Seuls les éditeurs papier sous licence sont autorisés à diffuser des informations en ligne. Les sites Internet sans licence sont ainsi contraints de ne diffuser que reprendre que des informations déjà diffusées publiquement par d'autres sites autorisés.
Le 16 mars 2002, la société d'Internet en Chine, un organisme de l'industrie de l'internet gouvernemental chinois, lance la *Charte publique sur l'autodiscipline de l'industrie de l'Internet chinois*, un accord entre le régulateur de l'industrie de l'Internet chinois et les entreprises qui exploitent des sites en RPC. En signant l'accord, les entreprises d'Internet promettent d'identifier et d'empêcher la transmission d'informations que les autorités chinoises jugent inacceptables.
Les entreprises étrangères comme Yahoo, AOL et Google souhaitant opérer en Chine ont accédé aux exigences de la réglementation chinoise ; cf. Human Watch Report http://www.hrw.org/reports/2006/china0806/3.htm (consulté sept. 2015).

32 - En ce sens, la loi n°2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement JORF n°0171 du 26 juillet 2015, considérée conforme à la Constitution : Cons. const., 23 juill. 2015, n° 2015-713 DC.

droits individuels sur les biens numériques font moins débat que l'affirmation de la souveraineté. L'un et l'autre sont pourtant liés mais il est peu d'auteurs pour défendre comme Pierre Bellanger un système reconnaissant d'un côté des droits de propriété des utilisateurs sur leurs données et leurs biens numériques et de l'autre la création de résologiciel national et européen pour conserver la maîtrise du stockage et de l'utilisation finale des entités collectées[33]. Cette proposition va à l'encontre de l'idée d'ouverture et de neutralité proposée par les pères fondateurs d'internet et leurs successeurs.

33 - Pierre Bellanger propose la mise en place d'un système d'exploitation souverain qui pilotera toutes les machines qu'il a baptisé SOS « sovereign operating system » ; cf. P. Bellanger, La souveraineté numérique Stock, 2014.

BITCOINS ET AUTRES CRYPTOMONNAIES : ENJEUX ET DEFIS JURIDIQUES

Caroline Laverdet,
Avocat à la Cour

Depuis plusieurs mois, les termes de « cash numérique » ou encore de « monnaie geek » sont régulièrement associés aux *bitcoins*. Ce système de paiement en ligne créé en janvier 2009 par l'informaticien Satoshi Nakamoto a connu au moment de son lancement un cours qui ne dépassait pas le dollar, alors qu'il en vaut aujourd'hui plusieurs centaines.

Parmi ses principales caractéristiques, il convient de relever que le bitcoin peut être acheté contre des devises officielles : il s'échange selon un taux de change flottant, déterminé en fonction de l'offre et de la demande, et de nombreux intermédiaires organisent la vente et l'achat de bitcoins en euros ou en dollars, comme l'anglais *CoinDesk* ou le français *Paymium*. Les utilisateurs stockent et échangent leurs bitcoins au moyen d'un portefeuille virtuel, un « wallet », sous la forme d'un logiciel, d'un site internet ou d'une application smartphone, ce portefeuille étant doté d'une clé alphanumérique publique et d'une clé privée pour recevoir ou dépenser des bitcoins. Bien qu'il fonctionne en dehors de toute intervention d'une autorité étatique ou financière, un symbole monétaire et un sigle, « BTC », ont été attribués au bitcoin.

La création et la mise en circulation des bitcoins intervient en application d'un procédé dénommé « minage » : une fois le logiciel libre Bitcoin installé, les ordinateurs des mineurs, connectés en *peer-to-peer*, vont résoudre des calculs mathématiques afin de confirmer les transactions et d'assurer leur intégrité à travers un grand livre comptable virtuel, la « chaîne de blocs » ou « blockchain », qui répertorie l'ensemble des transactions en bitcoins. En retour de leurs services, les mineurs sont récompensés par l'attribution automatique de nouveaux bitcoins, selon le nombre de blocs validés.

D'autres systèmes de paiement sont analogues au bitcoin. Le plus connu d'entre eux, le *Litecoin*, a été créé en novembre 2011 pour répondre à certaines lacunes perçues dans le protocole bitcoin. D'autres monnaies plus originales ont également vu le jour, à l'instar du *Dogecoin*, du *Coinye West* et du *Biebercoin* (à l'effigie du rappeur Kanye West et du chanteur Justin Bieber). Enfin, la plateforme de e-commerce Amazon a lancé en 2013 les *Amazon Coins*, qui permettent aux clients d'acheter des applications, des jeux et des objets virtuels utilisables sur la tablette *Kindle Fire*.

Face au développement fulgurant de tels moyens d'échanges, une réflexion peut être menée quant à la nature juridique de ce que certains considèrent déjà comme une véritable monnaie (section I). Si le législateur n'est pas encore intervenu à ce jour pour résoudre cette problématique, les autorités financières et fiscales ont toutefois tenté de déterminer un cadre légal applicable au bitcoin (section II).

Section I – La nature juridique du Bitcoin

Aux termes des dispositions de l'article L. 111-1 du Code monétaire et financier, « *la monnaie de la France est l'euro* ». Il est à ce stade évident que le bitcoin ne peut être à ce jour qualifié de monnaie nationale. La problématique posée par le bitcoin est qu'il n'existe aujourd'hui aucune définition légale véritablement susceptible de lui convenir. Pourtant, le terme « monnaie » étant invariablement accolé au bitcoin, les qualifications suivantes peuvent ainsi être envisagées pour tenter de définir sa nature juridique :

– **une simple monnaie virtuelle**. En 2011, le rapport *Tracfin* a proposé une définition de la monnaie virtuelle : « *une monnaie créée, non pas par un État, ou une union monétaire, mais par un groupe de personnes (physiques ou morales) et destinée à comptabiliser, sur un support virtuel, les échanges multilatéraux de biens ou de services au sein de ce groupe* »[1]. Dans le cadre de cette définition, le bitcoin, créé par des « mineurs » et dont l'objet est de rémunérer des échanges entre personnes *via* une utilisation en ligne, pourrait ici prétendre à la qualité de monnaie virtuelle.

– **une monnaie alternative**. On voit apparaître depuis quelques temps ce que l'on appelle des monnaies alternatives ou locales, à l'image des « Abeilles » en France, à Villeneuve-sur-Lot, mises en circulation pour redynamiser l'économie locale, prenant la forme physique de bons d'achat, et comportant même une date de validité pour en faire de la monnaie circulante. Or les caractéristiques du bitcoin ne correspondent par à celles des monnaies alternatives car Il n'a pas de représentation fiduciaire, il ne se limite pas à un plan local – à moins de considérer Internet comme une localité – et il ne donne pas lieu à une remise de fonds préalable avant d'être émis.

– **une crypto-monnaie**. La manière de créer les bitcoins implique que les données relatives aux transactions soient contenues dans un

1 - Ministère de l'Economie et des Finances, *Rapport d'activité 2011 Tracfin* (Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins).

grand livre comptable, la chaîne de blocs, et qu'elles soient protégées par des moyens cryptographiques, afin d'empêcher l'accès et la modification des montants, leur origine ou leur destination. Le portefeuille bitcoin de l'utilisateur comprend également une clé publique, ainsi qu'une clé privée associée, permettant de signer les transactions afin de transférer les bitcoins d'un portefeuille à l'autre. Cette technique de sécurisation permettrait donc au bitcoin de prétendre à la qualification de crypto-monnaie, laquelle repose sur les principes de la cryptographie pour sa création et la validation des transactions.

– **une monnaie-marchandise**. Au cours de l'histoire, les métaux dits précieux, comme l'or et l'argent, ont constitué des instruments monétaires durables, en raison de leur valeur, leur rareté et leur coût d'extraction. De la même manière, le bitcoin se voit attribuer une valeur du fait de son coût de production, lequel comprend l'investissement relatif au matériel informatique nécessaire et aux frais d'électricité. Sa rareté doit également être prise en compte, la production de bitcoins ne pouvant dépasser 21 millions d'unités. Or la qualification de monnaie-marchandise semble insuffisante pour définir le bitcoin. En effet, à la lecture de la Directive MIF[2] et de l'article D211-1 A du Code monétaire et financier qui la transpose en droit français, la notion de marchandise renvoie à celle de matière première, qui s'entend de « *tout bien fongible pouvant être livré, en ce compris les métaux et leurs minerais et alliages* (etc.) »[3] laquelle « *ne devrait pas englober les services ou autres éléments qui ne sont pas des biens, tels que les monnaies* »[4]. Dès lors, la nature incorporelle du bitcoin semble exclure celui-ci du champ des marchandises.

– **une monnaie électronique**. L'article 2 de la Directive dite « monnaie électronique » du 16 septembre 2009 et l'article L.315-1 du Code monétaire et financier définissent la monnaie électronique comme « *une valeur monétaire qui est stockée sous une forme électronique, y compris magnétique, représentant une créance sur l'émetteur, qui est émise contre la remise de fonds aux fins d'opérations de paiement (...) et qui est acceptée par une personne physique ou morale autre que l'émetteur de monnaie électronique* ». Le bitcoin est certes une valeur

2 - Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers.

3 - Règlement (CE) n°1287/2006 de la Commission du 10 août 2006 portant mesures d'exécution de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil, article 2.

4 - Règlement (CE) n°1287/2006, voir supra, Considérant n°26.

monétaire stockée sous une forme électronique utilisée pour une opération de paiement, mais il ne répond pas aux critères précis encadrant la monnaie électronique. D'une part, seuls les établissements de crédit et les établissements de monnaie électronique peuvent émettre de la monnaie électronique, et ils sont obligatoirement agréés par l'Autorité de contrôle prudentiel. Or une telle règle ne se retrouve pas pour la création de bitcoins, toute personne pouvant émettre des bitcoins par la méthode du minage. D'autre part, la monnaie électronique est émise contre la remise de fonds, contrairement aux bitcoins que les utilisateurs créent eux-mêmes, et qui ne représentent pas une créance sur l'émetteur. Enfin, selon l'article L.133-29 du Code monétaire et financier, la monnaie électronique est remboursable, alors que le bitcoin ne l'est aucunement.

La question se pose alors de savoir si les bitcoins sont réellement de la monnaie. Classiquement, la monnaie a trois caractéristiques : elle est un instrument d'évaluation (une unité de compte), un instrument de paiement et un bien. L'unité de compte est définie par un nom (euro, dollar) servant de référence dans le cadre d'un système monétaire, ce qui pourrait être le cas du bitcoin. Concernant la qualification de bien, le bitcoin pourrait constituer un bien meuble incorporel, au regard des dispositions du Code civil : le bitcoin n'est pas un métal et n'a aucune matérialité véritable, malgré une valeur qui varie selon un cours. En revanche, les bitcoins ne constituent pas à ce jour des instruments de paiement au sens juridique, qui sont limités par l'article L.133-4 du Code monétaire et financier aux billets de banques, aux pièces métalliques et à la monnaie scripturale.

Si les bitcoins ne répondent pas à la définition de la monnaie, force est de constater qu'ils sont utilisés comme tels. La Commission des finances du Sénat, dans un rapport de juillet 2014, a ainsi estimé que faute de réglementation actuellement plus précise, le bitcoin pouvait correspondre à une mesure financière au sens de l'article D.211-1 A 1 du Code monétaire et financier, à un bien, ou encore à un actif physique. En revanche, la Commission rejette pour le bitcoin la qualification d'actif financier, de monnaie ou de trésorerie[5].

Section II – L'encadrement légal du Bitcoin

Les bitcoins comportent plusieurs avantages qui expliquent l'engouement qui a pu être constaté ces derniers mois. Sur le plan

5 - Commission des finances du Sénat, Rapport d'information, *La régulation à l'épreuve de l'innovation : les pouvoirs publics face au développement des monnaies virtuelles*, 23 juill. 2014.

financier tout d'abord, l'utilisation des bitcoins est moins coûteuse, en termes de frais, que des moyens de paiement classiques : il est en effet possible de réaliser des transferts à l'étranger sans payer de taxes et d'effectuer facilement des micro-paiements. Au niveau technique, la manière dont les bitcoins sont fabriqués empêche toute possibilité de contrefaçon. Il permet également d'acheter de manière anonyme des biens ou des services sur des sites internet acceptant de tels moyens de paiement. Enfin, sur un plan plus politique, le bitcoin est totalement décentralisé, et donc indépendant des organismes officiels de régulation. Beaucoup de ses utilisateurs apprécient le fait que les décisions de politique monétaire ne peuvent avoir – en principe – d'impact sur le bitcoin et qu'ainsi la « planche à billets » ne puisse être mise en marche.

Un certain nombre de critiques ont toutefois pu être soulevées à l'encontre du bitcoin. D'une part, l'anonymat offert par le bitcoin met nécessairement celui-ci au service d'activités illégales pour certains utilisateurs. Le site internet *Silk Road*, accessible sur le réseau informatique anonyme *Tor (The Onion Router)*, a par exemple été fermé par le FBI en octobre 2013 pour avoir proposé diverses drogues à la vente en échange de bitcoins. Dans un rapport relatif aux monnaies virtuelles publié en octobre 2012, la Banque centrale européenne a ainsi alerté les acteurs financiers quant au risque que le bitcoin devienne une monnaie alternative pour le trafic de drogue et le blanchiment d'argent *« en raison de son haut degré d'anonymat ».*

D'autre part, il convient de relever que les échanges réalisés en bitcoins sont irréversibles, contrairement aux transactions traditionnelles. Il existe donc un risque non-négligeable de disparition des bitcoins en cas de piratage du matériel informatique de l'utilisateur, notamment dans le cas où ses données personnelles seraient reliées à son porte-monnaie électronique.

De surcroit, le bitcoin n'assure aucune garantie relative à sa valeur, liée à un taux de change fluctuant, ou quant à la durabilité de son système, notamment lorsque la production maximale de 21 millions de bitcoins aura été atteinte. Certaines plates-formes d'échange ont ainsi fait faillite, comme *MTGox*, qui a fait perdre l'équivalent d'un demi-milliard de dollars à ses utilisateurs. D'autres sites, comme Liberty Reserve, ont été accusés de blanchiment d'argent. Enfin, le risque des « krach boursiers » n'est pas à exclure, comme en août 2014 où le bitcoin est passé de 500 à 300 dollars en quelques secondes, en raison de la spéculation.

Le statut juridique encore indéterminé du bitcoin ne protège pas les utilisateurs des risques liés à son utilisation. Alors que de plus en plus de commerçants acceptent le paiement par bitcoin et que les distributeurs de bitcoins fleurissent en France, les juges ainsi que plusieurs autorités financières se sont néanmoins prononcées sur l'encadrement légal qu'il conviendrait d'appliquer aux bitcoins.

Concernant le statut des intermédiaires, saisie d'un litige relatif à la tenue du compte bancaire de la société *Macaraja*, intermédiaire de bitcoins, la Cour d'appel de Paris a estimé dans un arrêt en date du 26 septembre 2013 que Macaraja endossait un rôle « *d'intermédiaire de commerce pour effectuer une prestation de paiement de fonds appartenant à des tiers pour le compte de tiers, ce qui s'analyse en une action de service de paiement (...) et une activité d'intermédiaire financier* » qui impose d'obtenir un agrément de l'Autorité de contrôle prudentiel.

Dans la lignée de cet arrêt, la Banque de France a estimé dans une note publiée le 5 décembre 2013 que la conversion de bitcoins en une monnaie ayant un cours légal doit s'analyser comme un service de paiement[6]. Ainsi, les plates-formes réalisant de telles opérations doivent obtenir un agrément de prestataire auprès de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

Le 29 janvier 2014, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution a également considéré que l'activité d'intermédiation dans l'achat-vente des monnaies virtuelles contre une monnaie ayant cours légal est celle d'un intermédiaire financier qui réalise des encaissements de fonds pour le compte de tiers. Ainsi, seuls les établissements de crédit, de paiement ou de monnaie électronique pourront désormais exercer cette activité[7] .

Enfin, une instruction fiscale en date du 11 juillet 2014 énonce que « *les gains tirés de la vente d'unités de compte virtuelles stockées sur un support électronique (notamment les « bitcoins »), lorsqu'ils sont occasionnels, sont soumis à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des bénéfices non commerciaux (BNC)* ».[8] Ainsi, lorsque l'activité est exercée à titre habituel, elle relève du régime d'imposition des bénéfices industriels et commerciaux (BIC). Les bitcoins entrent également dans l'assiette de l'impôt de solidarité (ISF) et dans les

6 - Banque de France*, Les dangers liés au développement des monnaies virtuelles : l'exemple du bitcoin,* Focus n°10, 5 déc. 2013.

7 - Position de l'ACPR relative aux opérations sur Bitcoins en France, Position 2014-P-01, 29 janv. 2014.

8 - Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts, BNC - BIC - ENR - PAT - Régime fiscal applicable aux bitcoins, 11 juill. 2014.

successions, ce qui nécessiterait alors de prévoir la transmission au notaire de la clé privée du portefeuille de bitcoins...

Concernant les propositions visant à clarifier le régime légal et fiscal des monnaies virtuelles, il convient de relever la publication du rapport Tracfin en date du 11 juillet 2014. Celui-ci a pointé un certain nombre de problématiques en matière de bitcoins, comme l'intervention dans cette nouvelle économie d'acteurs non régulés, un manque de transparence, et la favorisation du blanchiment et de la fraude en raison de l'extraterritorialité des échanges. La cellule Tracfin a ainsi proposé de limiter l'anonymat des utilisateurs, de plafonner les paiements en monnaies virtuelles, et de ne pas assujettir ces monnaies à la taxe sur la valeur ajoutée du fait des risques de fraude[9].

La Commission des finances du Sénat, dans un rapport du 23 juillet 2014, a pour sa part pointé les multiples opportunités créées par les monnaies virtuelles et les bitcoins, estimant qu'elles constituaient une technologie « *très sécurisée* », grâce à un protocole de validation des transactions entièrement décentralisé et auditable par tous. La Commission a ainsi préconisé la fixation d'un cadre juridique équilibré, ainsi que le développement d'actions tendant à l'information des utilisateurs sur les risques liés aux bitcoins mais également sur leurs droits[10].

Conclusion

L'Allemagne, en août 2013, fut le premier pays européen à reconnaître officiellement le bitcoin comme une nouvelle « unité de compte », permettant ainsi de l'intégrer dans le champ de la TVA et de la taxe sur les plus-values. L'administration fiscale américaine a également décidé en mars 2014 que les bitcoins seraient traités comme des biens et taxés en conséquence. Plus réticente à l'utilisation d'une telle cryptomonnaie, la Banque d'Angleterre a pour sa part estimé en septembre 2014 que le bitcoin pourrait constituer une menace pour la stabilité financière au Royaume-Uni si celle-ci devenait véritablement populaire. Selon elle, il serait toutefois peu probable que le bitcoin prenne une telle ampleur, en raison des restrictions sur le nombre de bitcoins en circulation, sa volatilité inhérente et la perspective d'une hausse des coûts moyens de transaction.

9 - Ministère des Finances et des Comptes publics, L'encadrement des monnaies virtuelles, 11 juill. 2014.

10 - Commission des finances du Sénat, La régulation à l'épreuve de l'innovation : les pouvoirs publics face au développement des monnaies virtuelles, 23 juill. 2014.

Plus radicale, la Banque centrale thaïlandaise a de son côté déclaré illégale en juillet 2013 toute utilisation de bitcoins, en raison notamment du manque de contrôle des capitaux. Du fait de cette interdiction, aucune plate-forme thaïlandaise ne peut donc fournir officiellement des services d'échange de bitcoins, mais les utilisateurs, sous couvert d'anonymat, peuvent en pratique facilement les utiliser en se connectant à d'autres sites internet. Il est toutefois intéressant de relever l'objectif commun de l'Allemagne et de la Thaïlande, malgré leurs positions diamétralement opposées : la volonté de ne pas laisser se développer une monnaie hors de tout contrôle étatique, au risque d'en faire un instrument privilégié pour le blanchiment d'argent. Mais face à l'incroyable succès rencontré par les bitcoins, il ne parait pas foncièrement déraisonnable d'envisager le versement d'une nouvelle tranche d'aide européenne à la Grèce en bitcoins, plutôt qu'en euros...

LA PROTECTION DE LA NEUTRALITÉ DE L'INTERNET : POUR UN ACCÈS NEUTRE AUX BIENS NUMÉRIQUES

Jean Cattan,
Docteur en droit public[1]

Les biens numériques sont pour partie constitués de l'ensemble des œuvres et informations diffusés par l'internet. En cela, notre accès aux biens numériques et leur qualité dépendent des caractéristiques de notre accès à internet. Alors qu'un accès à l'internet à très haut débit nous permet d'avoir accès à des vidéos à haute définition, l'accès à l'internet à très bas débit dont nous disposions au milieu des années 1990 ne nous permettait dans des conditions normales d'utilisation que d'avoir accès à des images de basse qualité. La nature même et la richesse des biens numériques qui nous sont offerts et que nous offrons au monde dépendent de notre accès à l'internet. À tel accès à l'internet, tels biens numériques.

Parce qu'il s'agit de culture, de libre expression, de bien-être, l'objectif d'avoir accès à une variété toujours plus grande de biens numériques pourra légitimement être recherchée. Dès lors, si l'on cherche à offrir à la société une richesse toujours plus grande de biens numériques, il convient de s'interroger sur le type d'accès à l'internet qui nous permettra d'atteindre cette richesse.

Schématiquement, lorsqu'il s'agit de résoudre l'équation de savoir quel accès à l'internet nous permettra d'accéder à une plus grande richesse numérique, deux camps s'opposent. D'un côté, il est rappelé que l'accès à l'internet dépend en premier lieu des investissements et de la capacité à innover de ceux qui nous fournissent cet accès, gèrent et exploitent les infrastructures qui leur permettent de nous offrir cet accès. Il conviendrait dès lors de reconnaître un droit de gestion du trafic sur ces réseaux à la hauteur des investissements effectués. De l'autre côté, certains insistent sur le fait que la titularité de certains droits sur des tuyaux ne doit pas entraîner la reconnaissance d'un droit de regard sur le contenu du trafic qui y est véhiculé. Pour les tenants de cette position, le transporteur doit être neutre quant au contenu du trafic qu'il véhicule. À gros traits, c'est en ces termes que peut être présenté le débat sur la neutralité de l'internet, soit, pour

1 - Cette contribution se fonde partiellement, remanie et met à jour des développements figurant *in* J. Cattan, *Le droit de l'accès aux communications électroniques*, Aix-en-Provence, PUAM, 2015. Elle ne saurait engager que son auteur et aucune autre personne ou institution.

le professeur Tim Wu, « l'ancienne question d'un transporteur qui ne discrimine pas, appliquée à l'internet. »[2]

Si ce n'est par la lettre, la neutralité du transporteur irrigue le droit des communications électroniques. Le terme de « neutralité » apparaît à plusieurs reprises en droit des communications électroniques. Il s'agit soit de la neutralité du régulateur, avec le respect du principe de neutralité technologique, soit de la neutralité du prestataire de service. Dans ce dernier cas, il pourra tout d'abord s'agir d'une obligation : le transporteur d'une correspondance privée est confiné à une obligation de neutralité vis-à-vis du message transmis, par l'obligation de respect du secret des correspondances. Mais il pourra aussi s'agir d'un choix pour l'intermédiaire technique d'être neutre dans l'opération de transmission ou de diffusion d'une information. Ainsi, l'hébergeur est défini par sa neutralité au regard des contenus dont il permet la diffusion. Et, parce qu'il est neutre, on lui impose un ensemble minimal d'obligations au regard du contenu qu'il héberge par exemple.

Mais qu'en est-il du fournisseur de service d'accès à l'internet dans son rapport au contenu dont il assure la diffusion ou la consultation ? Est-il soumis à une obligation de neutralité à l'égard du trafic qu'il fait transiter sur l'internet ? Cette question est cruciale en ce qu'elle permet de déterminer dans quelle mesure un transporteur peut arbitrer entre les conditions d'accès aux biens numériques de ses abonnés. Concrètement, des fournisseurs de services d'accès à l'internet doivent-ils être autorisés à offrir à leurs abonnés des services d'accès à l'internet fournissant un accès plus rapide à certains contenus en ligne ? Doivent-ils être autorisés à bloquer ou ralentir certains types d'usages pour faciliter le trafic d'autres types d'usages ? Lorsque leurs abonnés n'ont droit qu'à un certain volume de données, peuvent-ils en extraire la consultation de certains services en ligne du décompte de ces données ? En somme, les fournisseurs de services d'accès à l'internet doivent-ils être autorisés à discriminer les communications transitant par ce biais ?

Car c'est bien autour de la question de la non-discrimination que gravite le débat sur la neutralité de l'internet. Pour reprendre les termes d'une « loi modèle » portés par les défenseurs de la neutralité de l'internet, le trafic sur internet doit être traité « de manière égalitaire, sans discrimination, restriction ou interférence, sans égard pour l'émetteur, le destinataire, le type ou le contenu en question, de telle manière que le libre choix des utilisateurs d'internet ne soit pas

2 – Tim Wu cité *in* ARCEP, *Neutralité des réseaux. Network Neutrality. Les actes du colloque*, Paris, juillet 2010, p. 14.

altéré par la faveur ou la défaveur dont le trafic transmis sur internet pourrait faire l'objet du fait de l'utilisation ou de la consultation de certains contenus, services, applications ou appareils ».[3]

Pour les défenseurs de la neutralité de l'internet, cela va de soi, internet a été créé ainsi. À ce sujet, Tim Wu renvoie à M. Saltzer, pour qui le principe du « end-to-end » qui gouverne le fonctionnement des protocoles internet dit « n'imposez pas tel service ou telle caractéristique à l'utilisateur ; son logiciel sait mieux de quelle caractéristique il a besoin, notamment de savoir s'il doit lui-même fournir ces caractéristiques ou pas ». Une fois orchestrés par les protocoles internet, les réseaux deviennent ainsi faits de « tuyaux idiots » (*dumb pipes*) sur lesquels les paquets circulent et sont « routés » au gré du « *best effort* » : les paquets empruntent le chemin le plus rapide pour parvenir d'un point à autre du réseau. « Lorsque trop de paquets arrivent en même temps dans un routeur, ils doivent faire la queue dans une mémoire tampon avant d'être triés. Cette mémoire, semblable à une salle d'attente, observe généralement la règle du "premier arrivé, premier servi" et, lorsque la salle est pleine le routeur décide d'éliminer les paquets excédentaires. »[4]

C'est ce principe qui vaut une connotation dite « darwinienne » au protocole IP et qui fonde aussi l'idée que ce réseau a été la source la plus rapide d'innovations connue à ce jour. Du fait notamment que l''intelligence n'est pas centralisée dans le cœur du réseau, elle se trouve à la marge du réseau, du côté des utilisateurs.

Bien que la neutralité soit très fréquemment présentée comme techniquement inhérente au réseau internet, la transposition juridique de ce principe technique n'est pas évidente. Depuis la moitié des années 2000 et la diffusion du haut débit dans les foyers, de nombreuses autorités publiques de par le monde cherchent à répondre la question de savoir quel point d'équilibre trouver entre, d'un côté, la préservation d'une architecture d'internet ouverte et porteuse d'innovations et, de l'autre, le respect de la possibilité pour les opérateurs de procéder à des gestions du trafic afin que celui-ci ne connaisse pas de saturation et reste fonctionnel.

---

3 – Traduction libre de l'article 1er de la *Model Law* de la Dynamic Coallition on Network Neutrality : « *Network neutrality is the principle according to which Internet traffic shall be treated equally, without discrimination, restriction or interference regardless of its sender, recipient, type or content, so that Internet users' freedom of choice is not restricted by favouring or disfavouring the transmission of Internet traffic associated with particular content, services, applications, or devices.* » *in* Dynamic Coallition on Network Neutrality, Model Framework on Net Neutrality, Netneutrality.info, consulté le 31 janvier 2015.

4 – N. Curien et W. Maxwell, *La neutralité de l'internet*, Paris, La découverte, coll. « Repères », 2011, p. 43.

Alors que la question de la protection de la neutralité de l'internet avait déjà reçu une réponse positive dans d'autres régions du monde – on pense au Pérou, au Chili, au Canada – ce n'est qu'en 2015 que les Etats-Unis et l'Union européenne ont adopté des textes contraignants relatifs à la neutralité de l'internet. Dans cette marche vers la définition, ordre juridique par ordre juridique, de ce que doit être un accès à l'internet, les cas des Etats-Unis et de l'Union européenne revêtent un intérêt majeur. Cela tient à la conjonction d'un ensemble de facteurs, dont le poids économique cumulé de ces deux puissances commerciales, leur influence sur la scène internationale, le lien prédominant que l'Europe et les Etats-Unis ont avec l'histoire de l'internet ou encore l'attachement qui y est affirmé, au moins formellement et historiquement, à la liberté d'expression.

Si l'Union européenne et les Etats-Unis ont convergé en 2015 vers l'adoption d'actes protégeant la neutralité de l'internet sous le vocable de l'internet ouvert, les dynamiques dont ces actes émanent sont bien différentes. Aux Etats-Unis, l'affirmation d'un internet neutre a été interrompue pendant dix ans par la remise en cause récurrente des compétences de la *Federal Communications Commission* américaine (FCC) pour désormais y être reconnue dans un acte encore en vigueur mais dont la validité est une fois de plus soumise à contestation (Section I). Au sein de l'Union européenne, la protection de la neutralité de l'internet a trouvé la voie de la consécration législative au niveau supranational, couvrant les différentes positions adoptées jusque-là par ses Etats membres (Section II).

Section I – La protection de la neutralité de l'internet aux Etats-Unis : une question de compétence

L'émergence du débat sur la neutralité de l'internet est intimement liée à l'état du secteur américain des télécommunications. Il est en effet régulièrement constaté que le degré d'ouverture de l'accès à l'internet dépend du niveau de concurrence atteint sur le marché des services d'accès à internet dépendant lui-même grandement de l'état de la réglementation[5].

Comme l'exprimait Vint Cerf, au nom de Google, le problème de la neutralité de l'internet aux Etats-Unis se pose surtout parce que les opérateurs américains sont dans une situation de maîtrise extrême sur le marché et l'offre faite aux usagers. « Si les consommateurs avaient un

5 – ARCEP, **Éléments de réflexion...,** *op. cit.*, p. 25.

plus grand choix dans les services à haut débit, préserver un Internet ouvert ne serait pas un sujet si sensible. Malheureusement, la très grande majorité des Américains ont peu de choix (si ce n'est aucun) quant à leur fournisseur de services. Ainsi, ces fournisseurs de services sont dans une position favorable pour guider les consommateurs et utilisateurs sur certaines bretelles de l'Internet – et nous avons déjà pu observer quelques exemples d'actions ou de menaces d'actions discriminatoires mettant en cause l'ouverture de l'Internet. »[6]

C'est envers ces comportements discriminatoires avérés ou potentiels que la FCC a décidé d'agir sur des fondements juridiques à chaque fois contestés.

Pour comprendre le problème, il convient de revenir à la structure du *Communications Act* de 1934. Le premier titre du *Communications Act* de 1934 contient des dispositions générales régissant notamment les pouvoirs de la FCC. Selon le point (i) du paragraphe 154 du sous-chapitre 1, la commission peut en substance adopter les actes nécessaires à l'exercice de ses fonctions : « *The Commission may perform any and all acts, make such rules and regulations, and issue such orders, not inconsistent with this chapter, as may be necessary in the execution of its functions.* » Le deuxième titre du *Communications Act* de 1934 vise les « *common carriers* » lesquels peuvent être soumis à une régulation plus importante de la part de l'autorité. Par ailleurs, la section 706 du Telecommunications Act de 1996 dispose que : « *The Commission and each State commission with regulatory jurisdiction over telecommunications services shall encourage the deployment on a reasonable and timely basis of advanced telecommunications capability to all Americans (including, in particular, elementary and secondary schools and classrooms) by utilizing, in a manner consistent with the public interest, convenience, and necessity, price cap regulation, regulatory forbearance, measures that promote competition in the local telecommunications market, or other regulating methods that remove barriers to infrastructure investment.* »
L'histoire du débat sur la protection de la neutralité de l'internet aux Etats-Unis se résume en somme à la question de savoir sur laquelle de ces trois bases juridiques, la FCC est fondée à agir. Car après avoir tenté d'agir en vain sur le fondement du titre Ier jusqu'en 2009 (§1)

6 – « If *consumers had a wide choice of broadband service providers, preserving an open Internet might not be such a critical issue. Unfortunately, the vast majority of Americans have few (if any) choices in selecting a provider. As a result, these providers are in a position to influence whether and how consumers and producers can use the on-ramps to the Internet – and we've already seen several examples of discriminatory actions or threats that impair openness.* » *in* V. Cerf, FCC announces plan to protect access to an open internet, Googlepublicpolicy.blogspot.fr, 21 septembre 2009.

et de la section 706 en 2010 (§2), la FCC a finalement fait le choix d'une action sur le fondement du titre II (§3). Mais sa compétence n'est pas encore assurée.

§1 : L'incompétence de la FCC pour protéger la neutralité de l'internet sur le fondement du titre I du *Communications Act* de 1934

Entre 2005 et 2010, la FCC a entrepris plusieurs actions en faveur de la neutralité de l'internet (A), ensuite remises en cause par voie juridictionnelle pour défaut de compétence (B). Le point culminant de ces initiatives a été l'adoption en 2008 d'une décision condamnant le comportement discriminatoire de Comcast ensuite annulée en 2010.

A. Les premières décisions de la FCC en faveur de la neutralité de l'internet

Dans un *Policy Statement* adopté le 5 août 2005[7], faisant suite à un contentieux entre opérateurs de télécommunications et câblo-opérateurs, la FCC a établi quatre principes visant à encourager le développement de l'internet haut débit et à promouvoir la nature ouverte de l'internet public par la reconnaissance de la capacité des consommateurs à : « (i) accéder à tous les contenus internet légaux de leur choix ; (ii) pouvoir faire fonctionner les applications et services de leur choix, sous réserve des obligations légales ; (iii) connecter les équipements légaux de leur choix qui n'endommagent pas le réseau ; (iv) bénéficier de la compétition entre opérateurs et fournisseurs de services, d'applications et de contenus. »[8]

Sur le fondement de ces principes, la FCC a ensuite ouvert une enquête sur le comportement de l'opérateur Comcast, lequel était soupçonné d'avoir pratiqué de la gestion de trafic abusive. Dans des observations adressées à la FCC et rendues publiques par Comcast le 12 février 2008[9], l'entreprise décrit les comportements visés par la procédure ouverte à son encontre et y défend avoir mis en place des pratiques de gestion affectant l'usage de réseaux de pair-à-pair aux heures de pointe.

7 – FCC, *Policy statement du 5 août 2005, Appropriate Framework for Broadband Access to the Internet over Wireline Facilities e. al.*, FCC 05-151.

8 – Assemblée nationale, *Proposition de loi n° 190 du 12 septembre 2012 relative à la neutralité de l'internet*, par L. de la Raudière, exposé des motifs.

9 – D. McCullagh, Comcast to FCC: We Block only 'excessive' traffic, Cnet.com, 13 février 2008.

En l'espèce, la FCC décida que Comcast avait porté atteinte de façon significative aux choix que pouvaient effectuer les utilisateurs dans leur accès aux contenus et dans l'usage des applications offertes alors même que l'entreprise disposait de nombreuses alternatives non discriminatoires pour gérer le trafic sur son réseau. Le 1er août 2008, la FCC adopta un « *order* » imposant à Comcast de cesser de procéder aux discriminations de trafic dont elle était accusée.[10] Cette décision fut immédiatement contestée par Comcast devant la juridiction fédérale compétente en ce que la FCC ne disposait pas des pouvoirs suffisants pour adopter une telle décision.

Bien que faisant l'objet d'une contestation juridictionnelle quant à sa capacité à agir, un peu plus d'un an après, la FCC publia le 22 octobre 2009 une communication rendant compte de l'état d'avancement du sujet de la neutralité et des voies qu'elle était prête à emprunter.[11] La commission y proposait de codifier les quatre principes énoncés en 2005, mais sous une forme plus impérative que celle connue jusque-là en inversant le rapport d'obligation. Le destinataire de la décision n'en serait pas le consommateur, mais le fournisseur d'accès. Aussi, la FCC proposa d'ajouter deux principes aux quatre existants. Un cinquième principe visait à encadrer les méthodes de gestion des réseaux de manière à ce que celles-ci demeurent raisonnables et ne puissent aboutir à une discrimination des contenus, applications et services légaux. Le sixième principe garantissait la protection des consommateurs par un accès transparent aux informations relatives à la gestion du réseau. Cette communication a marqué l'ouverture d'un nouveau front réglementaire.

Enfin, la FCC s'y défendait de son incompétence en invoquant la décision adoptée par ses soins dans l'affaire *Comcast* : « Conformément à la décision relative aux pratiques de gestion du trafic de Comcast, nous pourrions exercer notre compétence, en conformité avec le *Telecommunications Act*, afin de réguler les pratiques effectuées sur les réseaux par les fournisseurs de services d'accès à Internet exploitant des infrastructures de réseaux à haut débit. »[12] Une position qui fut réfutée par la juridiction fédérale.

10 – FCC, Commission orders Comcast to end discriminatory network management practices, Fcc.gov, 1er octobre 2008.

11 – FCC, *Notice of proposed rulemaking du 22 octobre 2009 in the Matter of Preserving the Open Internet Broadband Industry Practices*, FCC 09-93.

12 – « *Consistent with the Comcast Network Management Practices Order, we may exercise jurisdiction under the Act to regulate the network practices of facilities-based broadband Internet access service providers.* » *in* FCC, *Notice of proposed rulemaking in the Matter of Preserving the Open Internet Broadband Industry Practices*, FCC 09-93, 22 octobre 2009, p. 36, §83.

B. L'annulation de la décision *Comcast*

Par une décision du 6 avril 2010[13], la Cour d'appel fédérale des États-Unis pour le circuit du district de Columbia annula la décision de la FCC du fait de son incompétence pour traiter des questions relatives à l'accès à internet ayant un caractère trop détaché des missions qui lui sont confiées. En effet, pour pouvoir adopter des décisions telles que la décision *Comcast*, la FCC a dû procéder à une qualification des services d'accès à l'internet comme étant susceptibles d'être sujets à régulation.

Or, par une décision *Brand X* du 1er octobre 2002, la FCC avait elle-même décidé d'exclure les câblo-opérateurs du champ du titre II du *Communications Act,* les affranchissant ainsi d'une régulation trop importante de sa part. Cette décision avait ensuite été confirmée par une décision éponyme de la Cour suprême du 27 juin 2005[14]. Dans une décision du 23 septembre 2005 la FCC avait aussi étendu ce principe aux fournisseurs d'accès à l'internet par ADSL. Cette absence de régulation influe très largement sur le fait que, aux États-Unis, l'accès à l'internet dépend d'une concurrence entre techniques et non pas d'une concurrence au sein d'une même technique – comme en France par exemple où l'essentiel du jeu concurrentiel se concentre encore sur le marché de l'ADSL. En effet, en grossissant le trait, l'accès des utilisateurs finals américains à l'internet est généralement déterminé par l'existence d'un duopole avec seulement un opérateur de télécommunications et un câblo-opérateur de par l'absence d'obligation d'accès imposée aux opérateurs.

Pour fonder sa décision de protéger la neutralité de l'internet adressée à un câblo-opérateur, la FCC a donc dû se fonder sur le titre premier de la loi de 1934 et trouver dans ce titre un fondement

13 – Cour d'appel fédérale pour le circuit du district de Columbia, arrêt du 6 avril 2010, *Comcast c. FCC*, n° 08-1291.

14 – « *The Communications Act of 1934, as amended by the Telecommunications Act of 1996, defines two categories of entities relevant here. "Information service" providers – those "offering ... a capability for [processing] information via telecommunications," 47 U.S.C. § 153(20) – are subject to mandatory regulation by the Federal Communications Commission as common carriers under Title II of the Act. Conversely, telecommunications carriers–i.e., those "offering ... telecommunications for a fee directly to the public ... regardless of the facilities used," §153(46) – are not subject to mandatory Title II regulation.* » et « *Unlike at the time of the DSL order, substitute forms of Internet transmission exist today, including wireline, cable, terrestrial wireless, and satellite. The Commission therefore concluded that broadband services should exist in a minimal regulatory environment that promotes investment and innovation in a competitive market. There is nothing arbitrary or capricious about applying a fresh analysis to the cable industry.* » *in* Cour suprême des États-Unis, Décision du 27 juin 2005, *National Cable & Telecommunications Association et al. vs. Brand X Internet Services et al.*, n°04-277. Il en résulte notamment qu'un fournisseur d'accès à un réseau câblé ne peut être obligé de fournir un accès à un autre opérateur.

juridique adéquat qui fût celui des compétences accessoires énoncées au point (i) du paragraphe 154 du sous-chapitre 1 précité du code américain au titre duquel la commission peut en substance adopter les actes nécessaires à l'exercice de ses fonctions.

Mais la Cour d'appel remit en cause la vision que la FCC avait de ses pouvoirs pour imposer le respect de la neutralité de l'internet aux fournisseurs d'accès à Internet sur un autre fondement que le titre II. Ce faisant, la cour bouleversa les actions menées par la FCC depuis 2005. Malgré tout, il pût tout de même être constaté par la suite que Comcast ne pratiquait plus de discriminations ou de blocage.[15] En effet, Comcast avait annoncé qu'elle allait tout de même se conformer à la décision de la FCC quelle que soit sa légalité.[16]

§2 : L'incompétence de la FCC pour édicter les règles d'un accès à l'internet ouvert sur le fondement de la section 706 du *Telecommunications Act* de 1996

Suite à l'annulation de la décision *Comcast* en avril 2010, la FCC publia le 17 juin 2010 une « *Notice of Inquiry* » destinée à initier un processus de recherche des meilleures voies d'encadrement de l'accès à internet qui conduisit à l'adoption de l'*Open Internet Order* de 2010 (A). Une décision qui subit un sort comparable à la décision *Comcast* (B).

A. L'adoption de l'*Open Internet Order* de 2010

Tel qu'il avait été présenté par la FCC, le débat s'articulait autour de trois voies possibles pour l'encadrement des services liés à l'internet haut débit. Ces trois voies représentaient les divers degrés de l'intervention publique. Soit la soumission des services d'accès à l'internet au titre premier du *Communications Act* devait perdurer et, de ce fait, la FCC n'était pas compétente pour imposer une régulation sur la gestion du trafic. Soit ces services basculaient sous le titre II du *Communications Act* de 1934. Soit il fallait dégager une troisième voie chère au président d'alors de la FCC, M. Julius Genachowski. Selon cette troisième voie, seuls certains aspects de l'accès à l'internet auraient été régulés. Parmi eux, auraient figuré le service universel, la concurrence, l'entrée sur le marché et la protection des consommateurs.[17]

15 – D. Kravets, *Comcast No Longer Choking File Sharers' Connections, Study Says*, Wired.com, 21 octobre 2011.

16 – *Ibid.*

17 – FCC, FCC to seek best legal framework for broadbad Internet access, Fcc.gov, 17 juin 2010; FCC, *Notice of inquiry. Framework for Broadband Internet Services*, FCC 10-114, 17 juin 2010.

Le 23 décembre 2010, la FCC adopta sa décision relative à l'internet ouvert.[18] Quant à la capacité de la FCC pour agir, celle-ci avait été justifiée par le fait que la section 706 du *Telecommunications Act* lui donnait compétence pour agir en faveur du développement de l'accès aux communications à l'ensemble de la population américaine[19] : « La Commission et chaque Etat disposant d'une compétence réglementaire en matière de télécommunications doit encourager le déploiement, en dû temps, de l'accès à des services de télécommunications avancés à tous les américains [...] »[20]. Sur le fond, la décision s'articulait autour de six axes d'intervention : la transparence, l'interdiction des blocages et discriminations non-raisonnables, une gestion raisonnable du trafic, l'application des principes de l'internet ouvert aux services fournis par voie mobile, ainsi qu'un mécanisme de suivi de l'application des règles énoncées.[21]

En somme, ces règles permettaient une gestion raisonnable du trafic. À cette fin, une mesure de gestion du trafic était considérée comme raisonnable si elle était « appropriée et à même de répondre à un but légitime de gestion du réseau, tout en prenant en compte l'architecture et la technologie particulières des services d'accès à l'Internet haut débit. »[22]

B. L'annulation de l'*Open Internet Order* de 2010 et ses suites

En juillet 2011, l'*Open Internet Order* fit l'objet d'une requête pour incompétence par l'opérateur Verizon[23] à laquelle la Cour d'appel fédérale fit droit par une décision du 14 janvier 2014, annulant les

18 – FCC, *Report and Order. Preserving the Open Internet Broadband Industry Practices*, FCC 10-201, 21 décembre 2010. Pour un commentaire, voir B. van Schewick, The FCC's Open Internet Rules - Stronger than You Think, netarchitecture.org, 27 décembre 2010.

19 – FCC, Report and Order du 21 décembre 2010, *op. cit*., p. 62, paragraphes 115 et s.

20 – « *The Commission and each State commission with regulatory jurisdiction over telecommunications services shall encourage the deployment on a reasonable and timely basis of advanced telecommunications capability to all Americans (including, in particular, elementary and secondary schools and classrooms) by utilizing, in a manner consistent with the public interest, convenience, and necessity, price cap regulation, regulatory forbearance, measures that promote competition in the local telecommunications market, or other regulating methods that remove barriers to infrastructure investment.* » *in* Titre 47, chapitre 12, §1302 du code américain.

21 – Une présentation des principes est accessible à partir du site de la FCC à l'adresse suivante : http://www.fcc.gov/topic/open-internet/.

22 – « *A network management practice is reasonable if it is appropriate and tailored to achieving a legitimate network management purpose, taking into account the particular network architecture and technology of the broadband Internet access service.* » *in* FCC, Report and Order, *Preserving the Open Internet*, *op. cit*., p. 48, point 82.

23 – G. Duncan, FCC files net neutrality rules, sets stage for legal fight, Digitaltrends.com, 8 juillet 2011 et J. Van Camp, Verizon sues FCC over net neutrality regulation it helped draft, Digitaltrends.com, 21 juillet 2011. Pour une remise en contexte et un résumé de l'historique ayant mené jusqu'à cette affaire, voir T. B. Lee, FCC defends its "trojan horse" approach to net neutrality, Arstechnica.com, 13 septembre 2012.

règles de la FCC restreignant les discriminations et le blocage[24]. Seules les règles de transparence restèrent donc en vigueur. À l'issue de cette affaire, la FCC accueillit la décision en insistant sur le fait qu'elle allait proposer de nouvelles règles mais annonça qu'elle prenait la décision de la Cour fédérale comme confirmant son ambition de retirer « les barrières au déploiement d'infrastructures, d'encourager l'innovation et de promouvoir la concurrence ».[25] L'autorité n'a pas considéré que la décision de la Cour remettait en cause sa compétence sur le fondement de la section 706 du *Telecommunications Act* mais seulement la justification qu'elle apportait au soutien des mesures qu'elle avait adoptées.

Alors que le président de la FCC, Tom Wheeler continuait de privilégier la voie de la section 706, le président Obama se prononça le 10 novembre 2014 en faveur d'une requalification des services d'accès à l'internet sur le fondement du titre II[26]. Le 15 mai 2014, la FCC lançait un processus de consultation portant sur la manière d'instituer les principes d'un internet ouvert. Cette consultation recueillit plus de quatre millions de commentaires. Et le 26 février 2015, elle annonçait avoir adopté un nouvel *Open Internet Order*, sur le fondement du titre II du *Communications Act* cette fois.

§3 : L'ultime action de la FCC sur le fondement du titre II du *Communications Act* de 1934

La 26 février 2015, la FCC annonça qu'elle avait adopté une décision venant suppléer les dispositions censurées par la Cour fédérale et compléter les dispositions préservée de l'*Open Internet Order* de 2010 sur la transparence. Cette décision, fort extensive (plus de 300 pages) est entrée en vigueur le 12 juin 2015.

Tout d'abord, élément de nouveauté majeur, la FCC a procédé à la reclassification de l'accès à internet à haut débit comme étant un service de télécommunications régi par le titre II du *Communications Act* de 1934. Internet est ainsi considéré comme une plateforme de transmission par laquelle les utilisateurs accèdent à des contenus, des services et applications. Quant au régime applicable, si les règles du titre II relative à la non-discrimination, la protection de la vie privée du

24 – Cour d'appel fédérale des Etats-Unis pour le circuit du district de Columbia, Décision du 14 janvier 2014, *Verizon c. FCC*, n° 11-1355, p. 63.

25 – FCC, Statement by FCC Chairman Tom Wheeler on the FCC's Open Internet Rules, Fcc.gov, 19 février 2014.

26 – E. Mechaber, President Obama Urges FF to Implement Stronger Net neutrality Rules, Whitehouse.gov, 10 novembre 2014 ; J. Brodkin, Obama: Treat broadband—including mobile—as a utility, Arstechnica.com, 10 novembre 2014.

consommateur, l'accès aux pylônes et conduites ou encore l'accès des personnes handicapées trouvent à s'appliquer aux fournisseurs d'accès à l'internet, ceux-ci sont exclus du champ d'autres obligations relevant du titre II du *Communications Act* de 1934 dont la régulation tarifaire, la contribution au service universel et la taxation, conformément à l'Internet *Tax Freedom Act*. On observera par ailleurs qu'à la différence de la décision de 2010 celle de 2015 s'applique aussi bien aux services fixes que mobiles. La base légale adoptée pour le mobile est par contre le titre III du *Communications Act* de 1934.

Mais l'essentiel de la décision réside dans ce que la FCC a appelé les « bright line rules », soit les lignes rouges de la décision traduites ci-dessous :

« - Pas de blocage : les fournisseurs d'accès au haut débit ne peuvent pas bloquer l'accès au contenu, aux applications, aux services légaux ou aux terminaux non nuisibles.
« - Pas de ralentissement : les fournisseurs d'accès au haut débit ne peuvent pas altérer ou dégrader le trafic Internet légal selon le contenu, les applications, les services légaux ou aux terminaux non nuisibles en cause.
« - Pas de priorisation payante : les fournisseurs d'accès au haut débit ne peuvent pas favoriser un trafic Internet légal sur un autre trafic légal pour quelque considération que ce soit – en bref, pas de « ligne rapide ». Les fournisseurs d'accès ne peuvent pas non plus prioriser leur contenu ou celui de leur société affiliée. »[27]

A côté de ces trois lignes claires, la décision reconnait la possibilité d'user de mesures raisonnables de gestion du trafic. Mais ces mesures doivent être adaptées à un but légitime. Aussi la FCC procèdera-t-elle à la définition d'un standard guidant la conduite à suivre à l'avenir. Les opérateurs devront quant à eux publier dans un format déterminé leurs offres promotionnelles, tarifs, coûts supplémentaires et plafonds de données. Enfin, pour assurer la mise en œuvre de la décision par la FCC, un Ombudsman a été créé et la possibilité pour le *Enforcement Bureau* de la FCC de demander des avis extérieurs a été ouverte[28].

Cette décision porteuse de grands espoirs ou de grandes inquiétudes au sein d'une société américaine très engagée dans le débat sur la neutralité du net a naturellement été remise en cause par une partie des opérateurs intéressés. Ainsi, la décision est-elle soumise une

27 – Traduction libre de FCC, Open Internet, fcc.gov, consulté le 2 octobre 2015.

28 – FCC, FCC Adopts Strong, Sustainable Rules to Protect the Open Internet, fcc.gov, 26 février 2015.

troisième fois à l'examen de la Cour fédérale. Les auditions sont prévues pour le mois de décembre.

Du fait de problèmes récurrents liés à la compétence de la FCC, les États-Unis ont été rejoints par les autorités européennes dans la quête d'un cadre juridique protégeant la neutralité de l'internet. En 2009, alors que les États-Unis commençaient à discuter de leur capacité à agir sur les questions d'accès à l'internet, l'Europe commençait à se doter des outils réglementaires destinés à l'encadrement des mesures de gestion du trafic et à la protection des utilisateurs finals. Finalement les deux puissances ont ponctué leur démarche la même année.

Section II – La protection de la neutralité de l'internet dans l'Union européenne : l'avancée de la tortue-dragon[29]

À l'inverse de ce qui a pu se produire aux États-Unis, au sein de l'Union européenne, le débat sur la neutralité de l'internet n'est pas né de la sanction de pratiques discriminatoires, mais de la volonté de fournir un cadre législatif à la gestion de trafic lors de la révision du paquet télécom opérée en 2009. Cette réforme a été déclinée en France par une forme de surveillance technique (§1) alors que dans d'autres pays de l'Union, des lois ont été adoptées visant à protéger la neutralité de manière stricte (§2). Enfin, l'entrée en vigueur du règlement sur l'internet ouvert en fin d'année 2015 ouvrira la voie à une protection homogène de la neutralité de l'internet en Europe.

§1 : La surveillance technique de la neutralité de l'internet opérée en France depuis 2010

La protection de la neutralité de l'internet peut prendre deux dimensions, une dimension technico-économique et une dimension plus fondamentale liée à la protection de la liberté d'expression. En l'absence d'un cadre réglementaire explicitement dédié à la protection de la neutralité de l'internet au niveau européen mais fournissant tout de même quelques accroches en ce sens (A), l'intervention française en faveur de la neutralité de l'internet s'est jusque-là résumée à une action de surveillance menée par l'ARCEP (B).

29 – En référence à l'animal mythologique convoqué en juillet 2002 Valery Giscard d'Estaing afin d'évoquer la philosophie et le mode de fonctionnement de la Convention européenne. Pour son président, « la tortue-dragon avançait de manière progressive pour saisir dans ses griffes, le moment venu, le texte final » *in* Y.-A. Noghès, Quel animal pour incarner l'Europe ?, Latribune.fr, 9 janvier 2009.

A. Les dispositions adoptées en droit de l'Union européenne en 2009

Alors que l'Union européenne procédait à la révision de son cadre réglementaire en matière de communications électroniques, il fut suggéré d'insérer un considérant 14 ter (dans la version française et 14b dans la version anglaise) au sein de la directive « service universel » 2002/22/CE du 7 mars 2002 et dont les termes étaient les suivants : « (14 ter) La gestion des réseaux pour faire face à la congestion ou à des contraintes de capacité et pour permettre de fournir de nouveaux services ne devrait pas être considérée en soi comme un exemple de restriction abusive et il conviendrait également de tenir dûment compte du droit des opérateurs de réseaux et de services à diversifier leurs offres dans un marché concurrentiel, y compris en imposant des restrictions raisonnables à l'utilisation, une différenciation des prix et d'autres pratiques concurrentielles légitimes. Le non-respect temporaire d'une exigence minimale en matière de qualité de service en raison de circonstances imprévisibles échappant raisonnablement au contrôle du fournisseur de service et/ou de réseau (force majeure) ne devrait pas faire l'objet de sanctions. »[30]

Cette proposition d'amendement, analysée comme contraire à la neutralité de l'internet, a suscité une réaction forte de la société civile et de certains membres du Parlement européen obligeant ainsi les institutions à prendre parti. Pris entre fournisseurs de services, associations de consommateurs et citoyens d'un côté et opérateurs de communications électroniques de l'autre, le paquet télécom a finalement été enrichi de quelques dispositions et d'une déclaration de la Commission européenne en faveur de la neutralité de l'internet.

Les dispositions visant la protection de l'accès des utilisateurs aux services liés à l'internet figurent aux articles 1, paragraphes 3 et 3 bis, 8, paragraphe 4, point g) et 20 de la directive « cadre » ainsi qu'aux articles 1, paragraphe 3, 20, 21 et 22, paragraphe 3 de la directive « service universel » telles que modifiées respectivement par les directives précitées 2009/140/CE et 2009/136/CE du 25 novembre 2009.

30 – M. Harbour, Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n°2006/2004 relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs, 2007/0248(COD), A6-0318/2008, 18 juillet 2008, p. 17.

D'après ces dispositions, les autorités réglementaires nationales doivent adopter des mesures favorisant la capacité des utilisateurs à « accéder à l'information et à en diffuser, ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leur choix » (article 8, paragraphe 4, point g) de la directive « cadre ») et ouvrent les voies nécessaires au règlement des différends à cet égard (article 20 de la directive « cadre »). Toutefois, l'article 1, paragraphe 3 de la directive « service universel » précise que le cadre réglementaire « ne prescrit ni n'interdit les conditions imposées par les fournisseurs de services et communications électroniques accessibles au public pour limiter l'accès des utilisateurs finals aux services et applications et/ou leur utilisation, lorsqu'elles sont autorisées par le droit national et conformes au droit communautaire, mais prévoit une obligation de fournir des informations concernant ces conditions. »

Les seules obligations contenues dans les directives visent à imposer la fourniture d'informations aux utilisateurs finals au sein des contrats nouvellement souscrits ou en cours d'exécution. Ces informations sont notamment des informations relatives à la limitation de l'accès, à l'orientation du trafic ou encore aux exigences minimales de service (article 20, paragraphe 1, point b) et 21, paragraphe 3 de la directive « service universel »).

L'ouverture du paquet télécom à la gestion du trafic par les opérateurs est largement déterminé par le comportement des autorités réglementaires nationales. En effet, concernant ces exigences minimales de service, il leur revient « de fixer les exigences minimales en matière de qualité de service imposées à une entreprise ou à des entreprises fournissant des réseaux de communications publics » (article 22, paragraphe 3 de la directive « service universel »).

Pour contrebalancer le détour emprunté par la directive, le jour de l'adoption des directives de révision du paquet télécom, la Commission publia une déclaration relative à la neutralité de l'internet.[31] La Commission y dit son attachement à la question des « libertés de l'internet »[32] et entendre poursuivre son action par l'émission de propositions et le suivi des législations et pratiques mises en place. « En outre, elle se prévaudra de ses compétences existantes en matière de concurrence pour agir à l'égard de toute pratique anticoncurrentielle qui pourrait apparaître »[33].

31 – Commission européenne, *Déclaration sur la neutralité de l'internet*, JO L 337 du 18 décembre 2009, p. 69.

32 – *Ibid.*

33 – *Ibid.*

B. L'action de l'ARCEP en faveur de la neutralité de l'internet

1) Des pouvoirs nouveaux issus de la transposition du paquet télécom tel que révisé en 2009

En France, la transposition du paquet télécom s'est faite par le biais de trois types d'actes : une loi générale de transposition du 22 mars 2011[34] donnait compétence au gouvernement pour transposer par voie d'ordonnance les dispositions ressortissant de la compétence législative ; une ordonnance du 24 août 2011[35] ; et enfin, deux décrets assurant la transposition des dispositions ressortissant de la sphère réglementaire.[36]

L'article 18 de la loi du 22 mars 2011 a aussi inséré un point 4° bis au sein de l'article L. 32-1, paragraphe II, CPCE. D'après ce nouvel alinéa, l'ARCEP et le ministre compétent doivent veiller « À l'absence de discrimination, dans des circonstances analogues, dans les relations entre opérateurs et fournisseurs de services de communications au public en ligne pour l'acheminement du trafic et l'accès à ces services ». Un pas de plus a donc été franchi en direction d'une interdiction de discrimination dans les contenus véhiculés par internet en ce que l'absence de discrimination sur les procédés de communications au public en ligne a été identifiée.

L'article 3 de l'ordonnance du 24 août 2011 a quant à lui ajouté un point 15° à l'article L. 32-1, paragraphe II, CPCE. Cette disposition énonce que l'ARCEP et le ministre compétent doivent veiller à « favoriser la capacité des utilisateurs finals à accéder à l'information et à en diffuser ainsi qu'à accéder aux applications et services de leur choix ». Pour ce faire, l'article L. 32-4, point 2°, CPCE dispose que l'ARCEP peut « recueillir auprès des personnes fournissant des services de communication au public en ligne les informations ou documents concernant les conditions techniques et tarifaires d'acheminement du trafic appliquées à leurs services ».

34 – Loi n°2011-302 du 22 mars 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière de santé, de travail et de communications électroniques, JORF n°69 du 23 mars 2011, pp. 5186 et s.

35 – Ordonnance n°2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques, JORF n°197 du 26 août 2011, pp. 14473 et s.

36 – Décret n°2012-436 du 30 mars 2012 portant transposition du nouveau cadre réglementaire européen des communications électroniques, JORF n°78 du 31 mars 2012, pp. 5907 et s. et Décret n°2012-488 du 13 avril 2012 modifiant les obligations des opérateurs de communications électroniques conformément au nouveau cadre réglementaire européen, JORF n°90 du 15 avril 2012, pp. 6919 et s.

Ensuite, conformément aux exigences du paquet télécom révisé, l'ordonnance du 24 août 2011 a enrichi l'article L. 36-6 CPCE d'un alinéa rédigé comme suit : « Afin de prévenir la dégradation du service et l'obstruction ou le ralentissement du trafic sur les réseaux, [l'ARCEP] peut fixer des exigences minimales de qualité de service. Elle informe au préalable la Commission européenne et [l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques] des motifs et du contenu de ces exigences. Elle tient le plus grand compte des avis ou recommandations de la Commission européenne lorsqu'elle prend sa décision. » Comme le souligne l'ARCEP, cette collaboration institutionnelle est justifiée dans la directive « service universel » par le fait que « des mesures correctives disparates peuvent nuire considérablement au fonctionnement du marché intérieur »[37].

Enfin, toujours par voie d'ordonnance, les compétences de l'ARCEP en matière de règlement des différends ont été révisées. Comme le résume l'ARCEP, « Les modifications apportées à l'article L. 36-8 dans le cadre de la transposition des dispositions conduisent à un élargissement de la compétence de l'ARCEP qui pourra être amenée à trancher, à la demande de l'une des parties, un différend entre un opérateur et « une entreprise fournissant des services de communication au public en ligne », dans la mesure où ce différend porte sur les « conditions réciproques techniques et tarifaires d'acheminement du trafic » entre ces parties. »[38]

2) L'adoption par l'ARCEP de décisions sur la collecte de données

Le paquet télécom tel que révisé en 2009 imposait une obligation de transparence[39], donnait aux autorités réglementaires nationales la capacité de régler des différends entre prestataires de services d'informations et opérateurs[40] et leur offrait un pouvoir de fixation des qualités minimales de service[41]. La protection de la neutralité de l'internet pourrait être assurée par un suivi technico-économique de certains marchés de gros comme ceux de l'interconnexion et du

37 – Parlement européen et Conseil, Directive « service universel », préambule, considérant (34) cité *in* ARCEP, *Projet de rapport*..., *op. cit*., p. 63.

38 – ARCEP, *Projet de rapport au Parlement et au gouvernement sur la neutralité de l'internet*, mai 2012, p. 64.

39 – Articles 20 et 21 de la directive « service universel ».

40 – Article 20 de la directive « cadre ». Pour un récapitulatif voir ARCEP, Neutralité de l'internet et des réseaux. Propositions et recommandations, septembre 2010, pp. 13 *in fine* et s.

41 – Article 22 de la directive « service universel ».

transit, encore archaïques et peu transparents, pour reprendre les termes de Jean-Ludovic Silicani, alors président de l'ARCEP[42].

En effet, le marché de l'interconnexion de données ne connaît pas, en principe, de régulations comme celles existant en matière d'interconnexion vocale : « Les grands opérateurs et les principaux fournisseurs de services, comme Google, sont directement connectés les uns aux autres et liés par des accords dits de *peering*, ne donnant lieu à aucune transaction financière directe, selon le modèle du *Bill & Keep*. »[43] Cependant, des services rémunérés sont apparus en la matière avec par exemple le développement du « « peering » payant, notamment au-delà d'un certain taux d'asymétrie entre trafic entrant et sortant ».[44] Le développement de l'activité de transit est elle aussi à observer tout comme le « recours à des CDN (« *Content Delivery Network* ») ».[45] Ces nouvelles pratiques d'interconnexion ont pour caractéristique commune de créer une monétisation possible du trafic lié à l'internet interrogeant sur l'avenir de son modèle économique.

Ainsi, dans une décision du 20 septembre 2012[46], l'Autorité de la concurrence a autorisé France Télécom à exiger de Cogent, un opérateur de transit, d' « être rémunérée pour l'ouverture de capacités techniques supplémentaires d'accès aux abonnés d'Orange »[47]. Cependant, une mise au clair des différents rôles impartis à Orange et Orange Transit est apparue nécessaire pour répondre à « l'opacité des relations » entre les deux entités du groupe France Télécom et prévenir un risque de ciseau tarifaire.[48]

Avant que cette affaire ne soit résolue par l'Autorité de la concurrence, le suivi de l'interconnexion des données figurait déjà parmi les dix propositions publiées par l'ARCEP en septembre 2010 en vue d'apporter une réponse à la question de la neutralité.[49] Ensuite, l'ARCEP a adopté une série de décisions visant à encadrer ou du moins à étudier le marché de l'interconnexion et de l'acheminement de données.

---

42 – ARCEP, Il faudrait une agence internationale veillant au bon développement d'Internet, Arcep.fr, 14 avril 2010.

43 – N. Curien et W. Maxwell, *op. cit.*, p. 45.

44 – ARCEP, *Neutralité de l'internet et des réseaux...*, *op. cit.*, p. 37.

45 – *Ibid.*

46 – Autorité de la concurrence, Décision n°12-D-18 du 20 septembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations d'interconnexion réciproques en matière de connectivité Internet.

47 – Autorité de la concurrence, Trafic Internet – Accords de « peering », Autoritedelaconcurrence.fr, 20 septembre 2012.

48 – *Ibid.*

49 – ARCEP, *Neutralité de l'internet et des réseaux...*, *op. cit.*, pp. 36 et s.

Le 29 mars 2012, l'ARCEP a adopté une première décision visant à mettre en place une collecte d'informations sur les conditions techniques et tarifaires de l'interconnexion et de l'acheminement de données[50]. Cette collecte, avait pour objectif de permettre à l'ARCEP de déterminer les modalités d'encadrement nécessaires. Elle a conduit l'ARCEP à considérer, dès septembre 2012, que : « les tendances observées (dont l'intégration verticale croissante de certains acteurs ou la recherche de monétisation de l'interconnexion par les FAI [identifiés comme des «points de vigilance»][51]) n'appellent pas de renforcement du cadre réglementaire. »[52]

Cette décision a été contestée devant le Conseil d'Etat par des opérateurs américains présents en Europe. Pour ce faire, les requérants avançaient notamment des moyens tenant à l'incompétence de l'ARCEP et à la disproportion des informations demandées. La décision attaquée a néanmoins été validée par le Conseil d'Etat le 10 juillet 2013[53].

Par son arrêt du 10 juillet 2013, le Conseil d'Etat conforte en premier lieu la compétence de l'ARCEP en considérant, au regard des objectifs mentionnés au II de l'article L. 32-1 CPCE : « que l'ARCEP tenait des articles L. 36-13 et L. 32-4 compétence pour fixer les règles d'une collecte semestrielle de certaines informations relatives aux conditions techniques et tarifaires d'interconnexion et d'acheminement de données auprès d'opérateurs de communications électroniques soumis à l'obligation de se déclarer auprès d'elle au titre de l'article L. 33-1 ; que l'Autorité pouvait, de même, prévoir de recueillir sur demande, aux fins de vérifier ou de compléter les informations recueillies par le biais de la collecte périodique, des informations de même nature auprès des opérateurs non soumis à l'obligation de collecte ou des fournisseurs de services de communication au public en ligne ayant engagé une démarche active afin que leurs services et contenus soient utilisés ou consultés en France, dès lors que ces opérateurs ou fournisseurs disposent d'une relation d'interconnexion ou d'acheminement de données avec un opérateur soumis à la collecte périodique d'informations ». En second lieu, le Conseil d'Etat considère que les informations demandées par l'ARCEP ne sont pas disproportionnées notamment en ce qu'elles sont en nombre limitées et demandées tous les semestres.

50 – ARCEP, Décision n° 2012-0366 du 29 mars 2012 relative à la mise en place d'une collecte d'informations sur les conditions techniques et tarifaires de l'interconnexion et de l'acheminement de données.

51 – ARCEP, *Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'internet*, septembre 2012, pp. 59 à 63.

52 – *Id.*, p. 64.

53 – CE, 2/7SSR, 10 juillet 2013, *AT&T et Verizon*, n°s 360397, 360398.

Confirmée dans ses pouvoirs, l'ARCEP considérait en mars 2014 que « Les retours d'expérience des trois premières collectes d'informations effectuées en 2012 et 2013 et de l'enquête administrative menée par l'ARCEP, de novembre 2012 à juillet 2013, concernant l'interconnexion entre Iliad et Google[54], [la conduisaient] à procéder à un ajustement de sa décision de 2012. »[55] La décision n° 2014-0353 du 18 mars 2014 apporta les modifications annoncées. Telle que résumées par l'ARCEP, ces modifications visent d'une part à « distinguer désormais les capacités installées et les capacités paramétrées, sur chaque lien d'interconnexion visé par la décision » et d'autre part, « permettre à l'Autorité de solliciter, de manière ponctuelle, des informations complémentaires afin qu'elle puisse apprécier l'ampleur d'une saturation présumée sur un des liens d'interconnexion. » Par ailleurs, « par souci de simplification, l'Autorité a également réduit le volume de données fournies par les opérateurs et le nombre de relations couvertes par la décision. »[56] Etant observé que, le 29 janvier 2013, l'ARCEP décidait d'installer un dispositif permettant de mesurer « la qualité de service de l'accès à internet en situation fixe »[57]. Les tests sont établis à partir de données recueillies chez les principaux opérateurs et sept indicateurs ont été établis : des indicateurs techniques et des « indicateurs relatifs à des usages-types : web, streaming vidéo et peer-to-peer ».[58]

§2 : L'affirmation législative de la protection de la neutralité de l'internet

Alors que dans certains Etats membres de l'Union, l'adoption du paquet télécom de 2009 a été suivie d'actions législatives (A), les institutions françaises se sont souvent interrogées sur l'opportunité

54 – L'Autorité fait référence à l'« Enquête administrative relative aux conditions techniques et financières de l'acheminement du trafic entre diverses sociétés, ouverte par la décision n° 2012-1545 du 22 novembre 2012 et close par la décision n° 2013-0987 du 16 juillet 2013 ».
Comme le rappelle l'ARCEP dans sa décision du 22 novembre 2012, l'ouverture de cette enquête émanait du fait que « Depuis plusieurs semaines, de nombreux utilisateurs, abonnés du fournisseur d'accès à internet (FAI) Free, [s'étaient] plaints de dysfonctionnements et de ralentissements lorsqu'ils [tentaient] d'accéder à certains services et applications sur internet, et notamment au site Youtube, plateforme qui propose le visionnage de vidéos en «streaming» ».
Dans sa décision du 16 juillet 2013, l'ARCEP concluait que « L'enquête a permis de constater l'existence d'une congestion des capacités d'interconnexion de Free avec ses opérateurs de transit de données. Pour autant, aucune pratique discriminatoire à l'égard de Google ou d'un type de FSCPL en particulier n'a été mise en évidence. Par conséquent, la pratique observée n'appelle pas, en tant que telle, d'action particulière de la part l'Autorité. »

55 – ARCEP, L'ARCEP actualise sa décision de mars 2012 relative à la collecte d'informations sur l'interconnexion et l'acheminement de données sur internet, Arcep.fr, 26 mars 2014.

56 – *Ibid.*

57 – ARCEP, Neutralité du net : installation des premières sondes de mesure de qualité de service d'internet, *in* ARCEP, Lettre hebdomadaire d'information de l'Autorité, 7 février 2014.

58 – *Ibid.*

de la démarche (B). Maintenant le règlement sur l'internet ouvert adopté, les lois existantes ou futures devront s'articuler avec lui.

A. Dans les États membres de l'Union

Au sein de l'Union européenne, deux États membres, les Pays-Bas (1) et la Slovénie (2) ont introduit une protection explicite de la neutralité de l'internet dans leur loi nationale.

1) Aux Pays-Bas

Les Pays-Bas ont été le premier Etat membre de l'Union européenne à avoir inscrit dans la loi un principe de neutralité de l'internet. La protection de la neutralité de l'internet en droit néerlandais figure dans la loi sur les télécommunications du 19 octobre 1998 dans un nouvel article 7.4a entré en vigueur le 1er janvier 2013[59] qui se trouve être le produit d'un amendement déposé le 14 juin 2011[60].

En substance, selon ces dispositions, les fournisseurs de services d'accès à internet ne doivent pas altérer ou ralentir les applications et services sur internet, sauf dans quatre hypothèses classiques liées à la congestion, à la sécurité du réseau, aux messages non-sollicités par l'utilisateur ou encore pour l'application de décisions judiciaires ou de mesures législatives. Il est précisé au point 3 de l'article 7.4a que les tarifs pratiqués par les fournisseurs de services d'accès à l'internet ne peuvent pas dépendre des services et applications auxquels ils donnent ainsi accès.

Le 27 janvier 2015, l'Autorité des consommateurs et des marchés néerlandaises a pour la première fois sanctionné les opérateurs KPN et Vodafone au paiement d'amendes atteignant respectivement 250 000 et 200 000 euros pour avoir violé leur obligation de respecter la neutralité de l'internet. Alors que KPN était accusé de bloquer l'accès à des services fournis par internet depuis ses hotspots Wi-Fi, Vodafone proposait une offre permettant de visionner la chaîne HBO à travers une application sans que les données alors transférées ne soient décomptées de leur provision de données autorisée. L'autorité néerlandaise précisait à cette occasion que les règles en vigueur exigeaient « des fournisseurs d'accès à Internet de ne pas influencer le comportement des consommateurs par des blocages ou tarifs. »[61]

59 – Loi néerlandaise sur les télécommunications du 19 octobre 1998 disponible en anglais sur le government.nl

60 – D. van der Kroft, Net neutrality *in* the Netherlands: State of Play, Bof.nl, 15 juin 2011.

61 – ACM, Fines imposed on Dutch telecom companies KPN and Vodafone for violation of net neutrality regulations, Acm.nl, 27 janvier 2015.

Cette sanction fait écho à une note norvégienne produite le 18 novembre 2014. Dans cette note, l'autorité norvégienne des télécommunications indiquait qu'une absence de décompte de certains transferts de données (pratique dite du « *zero rating* ») constituerait une atteinte à la neutralité de l'internet telle que défendue dans les lignes directrices qu'elle avait publiée le 24 février 2009 avant même l'adoption des directives révisant le paquet télécom[62]. Alors même que ces lignes directrices ne visaient pas les différences de décompte ou de tarification.

2) En Slovénie

La Slovénie est le second État membre à avoir adopté une législation protectrice de la neutralité de l'internet. Depuis 2013, la loi sur les communications électroniques comprend un article 203 imposant aux opérateurs de préserver le caractère ouvert et neutre de l'internet. Il est à observer que l'article 203 ne s'ouvre pas sur l'obligation de neutralité mais sur deux paragraphes imposant à l'autorité slovène d'assurer la promotion des caractères ouvert et neutre de l'internet et renvoyant pour se faire à ces compétences en matière de transparence et de contrôle de la qualité de services.

Sur la base de ces dispositions, l'autorité slovène a annoncé le 23 janvier que deux opérateurs, Telekom Slovenije et Si.Mobil avaient violé le principe de neutralité de l'internet en favorisant l'accès à certains services dont Deezer.[63]

B. En France

Jusqu'à l'adoption du règlement européen sur l'internet ouvert, la protection législative de la neutralité de l'internet était restée au stade de l'incantation avec notamment une proposition de loi (1) et d'autres prises de position, par le Conseil national du numérique (CNNum) et le Conseil d'Etat (2).

1) Une proposition de loi sur la neutralité de l'internet écartée

La France a semblé un temps s'orienter vers une réaction législative aux questions soulevées par la neutralité de l'internet. Le rapport produit par Mmes Erhel et de la Raudière en 2011[64] avait donné au

62 – Nkom, Network Neutrality. Guidelines for Internet neutrality, Nkom.no, 24 février 2009.

63 – AKOS, AKOS finds violations of the principle of net neutrality, Akos-rs.si, 26 janvier 2015.

64 – Assemblée nationale, Rapport d'information n° 3336 sur la neutralité de l'internet et des réseaux, présenté par Mmes Corinne Erhel et Laure de la Raudière, 13 avril 2011

législateur de nombreuses pistes pour agir en faveur de la protection de la neutralité de l'internet. Ainsi, la première des propositions émises par les députées était d'introduire le principe de neutralité dans un paragraphe IV adjoint à l'article L. 32-1 CPCE.

Cette proposition apportait par son article 1er une définition législative du principe de neutralité. Dans la lignée du rapport précité, le principe de neutralité aurait été défini, à l'article L. 32-1 CPCE « comme la capacité pour les utilisateurs d'Internet : 1° d'envoyer et de recevoir le contenu de leur choix, d'utiliser les services ou de faire fonctionner les applications de leur choix, de connecter le matériel et d'utiliser les programmes de leur choix, dès lors qu'ils ne nuisent pas au réseau ; 2° avec une qualité de service transparente, suffisante et non discriminatoire ; 3° et sous réserve des obligations prononcées à l'issue d'une procédure judiciaire et des mesures nécessitées par des raisons de sécurité et par des situations de congestion non prévisibles. »

En vue de faire respecter ce principe, l'intervention publique serait intervenue de façon subsidiaire à l'encouragement concurrentiel. En ce sens, un nouvel article L. 36-9 aurait été inséré dans le CPCE. Sa teneur aurait été la suivante : « Lorsque la situation concurrentielle n'est pas suffisante, l'[ARCEP] doit utiliser sa faculté d'édicter des exigences minimales en terme de qualité de service afin de garantir aux consommateurs la capacité de choisir une offre d'accès à Internet respectant le principe de neutralité tel que défini au IV de l'article L. 32-1. »

Parallèlement à l'action des autorités publiques en charge des communications électroniques, la protection de la neutralité aurait été garantie en droit de la consommation. En effet, l'article 5 de la proposition de loi précitée prévoyait d'insérer un nouvel article L. 121-82-1 dans le code de la consommation une disposition nouvelle formulées comme suit « Les fournisseurs d'accès à Internet ne sont autorisés à commercialiser sous le nom d'"accès à Internet" que les services de communications électroniques respectant le principe de neutralité tel que défini au IV de l'article L. 32-1 du code des postes et communications électroniques. » Ainsi, l'accès à l'internet se serait trouvé, pour la première fois, au moins partiellement défini en droit français. Cependant, cette proposition fut écartée.[65]

65 – S. Fanen, Neutralité du Net : Bercy écarte l'idée d'une loi, Ecrans.fr, 18 septembre 2012.

2) Une inscription dans la loi envisagée

Dans son premier avis, n°2013-1 du 1er mars 2013, le CNNum avait proposé l'instauration d'un véritable principe de neutralité énoncé comme suit : « la neutralité des réseaux de communication, des infrastructures et des services d'accès et de communication ouverts au public par voie électronique garantit l'accès à l'information et aux moyens d'expression à des conditions non-discriminatoires, équitables et transparentes ». Il ne s'agissait pas seulement d'un droit pour les utilisateurs ou d'un devoir pour les opérateurs, mais d'un principe régissant l'ensemble du secteur. De ce principe découlait l'ensemble des droits et obligations pour les utilisateurs et opérateurs. L'énoncé de ce principe visait alors à assurer l'exercice de la liberté de communication et de la liberté d'expression. Si cette approche pouvait être louable, l'intention du CNNum d'inscrire ce principe « au plus haut niveau de la hiérarchie des normes », selon lui dans la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, priva cette proposition de toute répercussion.

Plus tard, dans son étude annuelle pour l'année 2014 portant sur « Le numérique et les droits fondamentaux », le Conseil d'Etat a consacré sa deuxième proposition à la « neutralité des réseaux ». Il s'y prononce en faveur de la position retenue par le Parlement européen dans son vote du 3 avril 2014, « sous trois réserves » portant sur la définition des mesures de gestion de trafic, sur la définition des services spécialités, et enfin sur la reconnaissance d'un « droit pour les opérateurs d'exiger un paiement des fournisseurs de contenus, dans le cadre d'une facturation asymétrique, lorsqu'ils présentent à eux seuls une part significative du trafic ».[66] Pour ce faire, le Conseil d'Etat laisse ouverte tant la voie du règlement européen alors en cours de discussion que la voie législative.

Mais de manière bien plus décisive, le Conseil d'Etat rehausse la question de la protection de la neutralité de l'internet au rang de la défense des droits et libertés fondamentaux. En ce sens, le Conseil d'Etat rappelle l'importance que revêt l'accès à internet pour l'exercice de la liberté d'expression, tel que cela fut reconnu notamment au considérant 12 de la décision *HADOPI 1* du Conseil constitutionnel n°2009-580 du 10 juin 2009. Ce qui permet au Conseil d'Etat d'énoncer que « La reconnaissance de l'accès à internet comme un droit fondamental oblige à garantir l'égalité de traitement des particuliers et des entreprises dans cet accès : c'est

66 – Conseil d'Etat, Etude annuelle 2014. Le numérique et les droits fondamentaux, Paris, La documentation française, 2014, pp. 337 et 338.

l'enjeu des débats sur la « neutralité du net », concept formulé pour la première fois en 2003 par le juriste américain Tim Wu. »[67]

Alors qu'un projet de loi sur le numérique se faisait attendre depuis plusieurs années, c'est finalement le 26 septembre 2015 qu'un avant-projet de loi fut mis en consultation publique, démarche inédite jusque-là, avec en son sein des dispositions relatives à la neutralité du net. À la lecture du projet de loi et au vu du contexte, il apparaît que la protection de la neutralité de l'internet en droit français résultera finalement en une déclinaison minimale des mesures introduites par le règlement sur l'internet ouvert adopté en octobre 2015 par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne. L'application immédiate des dispositions du règlement empêche en effet d'envisager la création d'un pan de droit national relatif à la neutralité de l'internet. Tout juste est-il requis de faire correspondre les mesures portées par le règlement aux pouvoirs de l'ARCEP. Pour connaître les règles qui s'appliqueront en France comme dans le reste de l'Union européenne, il convient alors de se pencher sur le corps du règlement sur l'internet ouvert récemment adopté.

§3 : L'adoption du règlement européen sur l'internet ouvert

A. La procédure d'adoption du règlement sur l'internet ouvert

Le 11 septembre 2013, la Commission européenne a adopté un projet de règlement « établissant des mesures relatives au marché unique européen des communications électroniques et visant à faire de l'Europe un continent connecté »[68]. Ce projet de règlement comportait de nombreuses mesures visant toutes à consolider la construction du marché intérieur en matière de communications électroniques. Dans ce fourre-tout législatif, la Commission proposait à la fois de simplifier la réglementation, de mieux coordonner l'attribution des fréquences, de supprimer les frais d'itinérance ou encore de protéger la neutralité de l'internet, en disant « Oui à la neutralité de l'internet ».[69]

Par ce projet de règlement, la Commission européenne proposait de « mettre un terme aux pratiques discriminatoires de blocage et

67 – *Id*., p. 11.

68 – Commission européenne, Proposition de règlement européen du 11 septembre 2013 établissant des mesures relatives au marché unique européen des communications électroniques et visant à faire de l'Europe un continent connecté, et modifiant les directives 2002/20/CE, 2002/21/CE et 2002/22/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1211/2009 et (UE) n° 531/2012.

69 – Commission européenne, La Commission adopte des propositions réglementaires pour un continent connecté, Ec.europa.eu, MEMO/13/779, 11 septembre 2013.

de limitation ». Elle précisait aussi que « les services spécialisés ne [devaient] pas entraîner de dégradation de la qualité de l'internet « normal » ».[70] Cette proposition fut néanmoins très mal accueillie car analysée comme portant de nombreuses atteintes à la neutralité de l'internet notamment en ce qu'il permettait la création de « *fast lanes* », c'est-à-dire de voies prioritaires dédiées à certains contenus ou permettait encore d'assoir des offres de « *zero rating* », permettant à certains contenus d'échapper au décompte du volume de données éventuellement autorisé.

Lors de sa première lecture au Parlement européen, la proposition de règlement relative au marché unique européen des communications électroniques[71] a fait l'objet de nombreuses propositions de modifications relatives à la neutralité de l'internet. Le 3 avril 2014, une série de quatre amendements définissant et défendant la neutralité de l'internet et numérotés 239 à 243 ont été adoptés en révision du rapport de la députée Mme Pilar del Castillo Vera. Une définition et un régime forts de la neutralité sont ressortis de ces amendements.

Après son adoption par le Parlement européen, le projet de règlement a été transmis au Conseil de l'Union européenne. Après que les Etats se soient mis d'accord sur une version du texte, celui-ci a été soumis à discussion dans le cadre de trilogues réunissant des représentants de la Commission européenne, du Parlement européen et du Conseil. C'est finalement dans la nuit du 30 juin au 1er juillet qu'un accord politique a été trouvé par les institutions autour d'une version commune publiée le 8 juillet 2015[72]. Cette version a ensuite été légèrement remaniée puis soumise à un vote formel du Conseil le 1er octobre 2015. À noter que la Slovénie et les Pays-Bas, les deux pays mentionnés *supra* sont les deux seuls à avoir voté contre le texte puisqu'il les oblige à revoir leur législation nationale.

Une fois adopté par le Conseil ce texte put être transmis au Parlement européen pour y être adopté en seconde lecture le 27 octobre 2015.

B. Les mesures portées par le règlement sur l'internet ouvert

Dans sa version adoptée en octobre par le Conseil de l'Union européenne et le Parlement européen, le règlement « établissant des

70 – *Ibid.*

71 – Commission européenne, Proposition de règlement européen du 11 septembre 2013, *op. cit.*

72 – Conseil de l'Union européenne, Suppression des frais d'itinérance: le Conseil confirme l'accord intervenu avec le PE, consilium.europa.eu, 8 juillet 2015.

mesures relatives à l'internet ouvert et modifiant le règlement (UE) n° 531/2012 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union » établit les grands principes de la protection de la neutralité de l'internet en Europe.

Tout d'abord, le règlement établit un droit d'accès à l'internet ouvert en Europe. Ce « droit à » est complété par un principe d'égalité de traitement des flux d'informations circulant sur internet. Ce droit et ce principe d'égalité sont ensuite protégés par un encadrement strict des accords commerciaux que peuvent conclure les fournisseurs d'accès à internet ainsi que des mesures de gestion de trafic. Celles-ci doivent notamment être non discriminatoires et sont distinguées en deux catégories : d'une part, les mesures de gestion de trafic raisonnables pouvant être adoptées pour des motifs d'ordre purement technique et, d'autre part, les mesures de gestion exceptionnelle pouvant être prises pour des motifs limités et clairement énumérés. Par ailleurs, les services autres que les services d'accès à internet sont eux aussi encadrés. Ces services qui étaient désignés comme les services spécialisés sont maintenant identifiés comme des services pour lesquels une optimisation est requise.

L'effectivité de ce dispositif est garantie par plusieurs biais. Des obligations d'informations contractuelles sont imposées aux opérateurs dans leurs relations avec les utilisateurs finals. Aussi les fournisseurs d'accès à internet doivent-ils mettre en place des dispositifs leurs permettant de recevoir les plaintes des utilisateurs, lesquels pourront se tourner vers l'autorité compétente pour obtenir compensation en cas de violation du règlement. Les opérateurs doivent qui plus est publier une série d'indicateurs sur la qualité du service qu'ils fournissent. À charge pour les autorités nationales de contrôler le respect des obligations auxquelles les opérateurs sont soumis à ces divers titres ; un pouvoir de sanction leur étant accordé directement par le règlement.

Enfin, le règlement vise à assurer la cohérence de son application en confiant à l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques le soin d'édicter des lignes directrices dans les neuf mois qui suivrontson entrée en vigueur. C'est donc aux régulateurs européens que reviendra la tâche de définir dans les détails quelles seront les règles européennes de demain en matière de neutralité de l'internet.[73]

73 - Pour une présentation d'ensemble du règlement, voir ARCEP, Neutralité de l'internet. Etat des lieux du cadre de régulation, arcep.fr, septembre 2015.

LE LIVRE NUMÉRIQUE EN BIBLIOTHÈQUE : UNE MUTATION JURIDIQUE LABORIEUSE

Lionel Maurel,
juriste et bibliothécaire, membre du comité stratégique de la Quadrature du net

Le livre numérique constitue un exemple éclatant des difficultés et des incertitudes qui peuvent accompagner la transition d'un bien d'une forme physique à une forme numérique. Ces difficultés se manifestent d'abord d'un point de vue pratique, car le livre constitue sans doute le secteur culturel qui, par comparaison avec la musique ou la vidéo, « résiste » le plus à son basculement vers le numérique. Mais elles existent aussi au niveau juridique, puisque le statut du livre numérique diverge de plus en plus de celui du livre papier[1].

La récente décision de la Cour de Justice de l'Union Européenne rendue à propos du taux de TVA applicable au livre numérique l'a montré de manière saisissante[2]. En considérant que les eBooks n'étaient pas assimilables à des « biens », mais devaient être considérés comme des « services » au sens du droit européen, la Cour a montré que la numérisation avait profondément modifié la nature juridique du livre.

Au niveau national, le législateur a également été obligé d'intervenir à plusieurs reprises ces dernières années pour adapter la législation applicable au livre numérique. Ce fut le cas par exemple en 2011 avec la loi sur le prix unique du livre numérique ; en 2013 avec la loi sur l'exploitation numérique des livres indisponibles du 20ème siècle et en 2014 avec la révision du Code de Propriété Intellectuelle portant sur le contrat d'édition numérique.

Mais il est un autre domaine dans lequel la transition du livre papier au livre numérique ne s'opère pas sans difficulté. La mise en place de solutions pour permettre aux usagers des bibliothèques publiques d'emprunter des livres numériques s'avère en effet lente et laborieuse.

Le droit de prêt en bibliothèque possède une longue histoire, qui a connu un tournant important dans les années 90 avec l'intervention

1 - Voir Maurel, Lionel, eBooks : livres diminués ou livres augmentés ? OWNI, 13 septembre 2012. Disponible sur : http://owni.fr/2012/09/13/ebooks-livres-augmentes-ou-livres-diminues/

2 - Voir CJUE. La France et le Luxembourg ne peuvent pas appliquer un taux réduit de TVA à la fourniture de livres électroniques contrairement aux livres papier. 5 mars 2015. Disponible sur : http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-03/cp150030fr.pdf

d'une directive européenne suivie par la mise en place d'une licence légale par le législateur français (section I). Ce mécanisme qui a servi de socle à l'activité de prêt des livres papier n'est pour l'instant pas reconductible en l'état pour les livres numériques. En l'absence de cadre légal, c'est au niveau contractuel, par la négociation entre éditeurs, distributeurs et bibliothèques que se sont organisées les premières offres à destination de ces établissements. Mais les résultats sont longtemps restés décevants en France, alors que le livre numérique en bibliothèque a pourtant réussi à décoller dans le même temps aux Etats-Unis (section II). Tandis que les pouvoirs publics français essaient de coordonner l'approche contractuelle en mettant en place un système centralisé pour le prêt numérique en bibliothèque, d'autres pistes sont proposées de manière concurrente pour consacrer plus fortement la possibilité pour les bibliothèques de mettre des eBooks à destination de leurs usagers. L'introduction d'une nouvelle exception au droit d'auteur soit au niveau européen, soit au niveau international, est ainsi proposée comme solution, tout comme l'extension du mécanisme de l'épuisement des droits aux activités des bibliothèques (section III).

Dans tous les cas, il est certain que le passage du livre papier au livre numérique ne sera pas neutre pour les bibliothèques, avec des conséquences importantes sur les formes d'accès collectif à la culture et à la connaissance qu'elles représentent.

Section I - De la tolérance de fait à la licence légale pour le prêt public de livres

§ 1 : L'activité de prêt en bibliothèque, un « droit de glanage culturel » multiséculaire

Il n'est pas abusif de dire que pendant très longtemps, les bibliothèques sont restées des « maisons de tolérance » dont le fonctionnement était pas ou peu affecté par les contraintes juridiques. L'activité de mise à disposition d'ouvrages à destination du public est pluriséculaire et elle n'a pas été remise en cause à la Révolution au moment de l'adoption des premières lois sur le droit d'auteur.

D'une certaine façon, on peut dire que cette particularité rattache les bibliothèques à la sphère des biens communs[3]. Cette situation

3 - Sur la notion de biens communs et son évolution vers les « Biens Communs de la Connaissance », voir Libres Savoirs : les biens communs de la connaissance. Ouvrage coordonné par l'association Vecam. C &F Editions, 2011. Disponible en ligne : http://vecam.org/archives/rubrique135.html . Sur les liens entre bibliothèques et biens communs, voir Dossier : Bibliothèques et Communs de la connaissance, *in* Bibliothèques, n° 76, octobre 2014.

en apparence paradoxale ressemble en effet aux usages coutumiers existants sous l'Ancien Régime pour certaines ressources (champs, pâturages, forêts, etc.), où les populations pouvaient exercer des droits de prélèvement et d'usage, alors même qu'elles étaient susceptibles de faire l'objet de droits de propriété. La bibliothèque est rattachable par analogie à cette tradition des « biens communs », dans la mesure où elle organise un usage collectif sur une ressource et permet l'existence d'un « droit de glanage culturel », en dépit de la propriété intellectuelle. Les bibliothèques sont ainsi restées pendant des siècles des « communaux » sous garantie publique. À travers elles, les individus ont bénéficié d'un droit d'accès et d'usage à des biens, sans nécessité d'en devenir les propriétaires.

Il faudra attendre les années 90 pour que cette conception de l'activité des bibliothèques soit contestée et finalement remise en cause au niveau de l'Union européenne[4]. Jusqu'alors, les juristes hésitaient sur la qualification de l'acte de prêt, qui n'est au sens propre ni une reproduction, ni une représentation de l'œuvre, ce qui le rend difficile à saisir par le biais des catégories classiques du droit patrimonial. Mais la directive de 1992 a fait le choix de rattacher le prêt public des œuvres au « droit de distribution » bénéficiant aux auteurs et à leurs ayants droit.

Dans cette nouvelle optique, l'activité de prêt privée de livres entre individus reste bien en dehors du champ du droit d'auteur, comme l'une des facultés couvertes par « l'épuisement des droits » intervenant après la première mise en circulation du support. Mais il n'en est plus de même du prêt public, explicitement rattaché au droit d'auteur par la directive, qui laisse néanmoins aux Etats-membres la possibilité de mettre en place des systèmes de licences légales ou de gestion collective obligatoire pour organiser cette activité, à la condition de prévoir une rémunération pour compenser le préjudice causé aux titulaires de droits.

§ 2 : Une persistance encore très large de la tolérance de fait

L'intervention de la directive de 1992 a donc constitué un véritable changement de paradigme dans la condition juridique des bibliothèques et il convient de noter que son champ d'application n'est pas limité au livre, mais qu'il s'étend théoriquement à tous les types d'œuvres.

4 - Voir Commission européenne. Droit de prêt et de location. Disponible sur : http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/rental-right/index_fr.htm

Or il est assez surprenant de relever qu'en dépit de l'entrée en vigueur de ce texte, la tolérance de fait constatée à la période précédente s'est maintenue pour un certain nombre de supports. Dans le domaine de la musique par exemple, le prêt de CDs, activité actuellement sur le déclin mais restée longtemps importante avec le développement des médiathèques, s'est développé en contradiction avec le cadre légal. Les bibliothèques françaises se fournissent en effet en CDs comme le feraient des particuliers, en payant pour les supports. Mais elles ne versent aucune rémunération pour l'acte de prêt en lui-même, ce qui est illégal. Cette situation assez surprenante de « hiatus juridique » n'a jamais jusqu'à présent été remise en cause par les titulaires de droits, alors même que dans le même temps des rémunérations sont exigées par la SACEM pour la sonorisation des espaces en bibliothèques ou l'organisation de spectacles musicaux. Tout se passe pour les CD musicaux comme si la directive de 1992 n'était jamais intervenue et que le statu quo antérieur n'avait pas été affecté.

Dans le secteur de l'audiovisuel, les choses ont néanmoins connu une évolution différente. Déjà avant l'intervention de la directive européenne, dans les années 80, des intermédiaires commerciaux (ADAV, CVS, Colaco, etc.) sont peu à peu apparus, qui ont pris en charge la négociation des droits de consultation et de prêt des DVD auprès des producteurs, de manière à constituer une offre légale à destination des bibliothèques. Les bibliothèques sont ainsi en mesure d'acheter des supports, moyennant un surcoût forfaitaire payé à l'achat destiné à rémunérer les usages collectifs attachés[5].

Ce système a permis le développement des collections de DVD dans les bibliothèques pendant plus de 20 ans, mais il est intéressant de constater qu'il ne s'est pas ou très mal étendu aux jeux vidéo. Alors que ces types d'œuvres sont de plus en plus présents dans les collections des bibliothèques publiques, les jeux vidéo sont mis à la disposition du public dans la plupart des cas en toute illégalité et là encore, sans susciter de réactions de la part des titulaires de droits[6].

Pour terminer ce tour d'horizon préalable des pratiques, on pourra aussi relever que certains pays étrangers en dehors de l'Union européenne ont choisi de ne pas mettre en place de systèmes de droit de prêt pour le livre. C'est le cas par exemple traditionnellement

5 - Sur ces questions, voir ENSSIB. Le droit de prêt en bibliothèque. Disponible sur : http://www.enssib.fr/bibliotheque-numerique/documents/48463-le-droit-de-pret-en-bibliotheque.pdf

6 - Voir Legendre, Françoise. Jeu et bibliothèque : pour une conjugaison fertile. Rapport de l'Inspection Générale des Bibliothèques. Février 2015. Disponible sur : http://www.enssib.fr/bibliotheque-numerique/notices/65198-jeu-et-bibliotheque-pour-une-conjugaison-fertile

des Etats-Unis, où l'activité des bibliothèques relève pour le prêt de livre papier de la « First Sale Doctrine » - équivalent de l'épuisement des droits en Europe – et peut donc s'exercer sans autorisation préalable, ni rémunération associée.

§ 3 : La licence légale pour le droit de prêt public des livres

Suite à l'adoption de la directive européenne en 1992, la transposition en droit français a donné lieu à un intense affrontement entre les représentants des bibliothécaires et les titulaires de droits. À tel point qu'il aura fallu attendre plus de 10 ans avant que le législateur intervienne pour arbitrer ces désaccords[7]. L'essentiel des discussions portait sur les modalités d'organisation du droit de prêt public : une partie des auteurs et des éditeurs notamment soutenaient que le prêt devrait devenir payant à l'acte pour les usagers des bibliothèques afin de compenser au mieux les pertes liées aux ventes manquées à cause de cette mise à disposition gratuite. De leur côté, une partie des bibliothécaires rejetaient le fait même que la mise à disposition des œuvres en bibliothèque puisse être assimilée à un préjudice donnant droit à une compensation financière.

Ce n'est cependant pas la solution retenue par le législateur, qui a préféré mettre en place une nouvelle licence légale, associée à une gestion collective avec un financement mutualisé pour la rémunération des auteurs et des éditeurs. L'article L. 133-1 du Code de Propriété Intellectuelle prévoit ainsi que « *lorsqu'une œuvre a fait l'objet d'un contrat d'édition en vue de sa publication et de sa diffusion sous forme de livre, l'auteur ne peut s'opposer au prêt d'exemplaires de cette édition par une bibliothèque accueillant du publi*c ».

Un système de rémunération à deux niveaux a été associé à cette licence légale. L'Etat verse une somme forfaitaire annuelle par usager inscrit dans les bibliothèques (1 euro par usager en bibliothèque publique et 1,5 euro par usager en bibliothèque universitaire). Par ailleurs, les fournisseurs des bibliothèques (notamment les libraires) prélèvent 6% du prix public de vente des ouvrages au titre de la rémunération du droit de prêt et le rabais qu'ils peuvent accorder aux établissements par rapport au prix unique du livre est limité à 9%.

C'est la SOFIA (Société Française des Intérêts des Auteurs de l'Ecrit), organisme de gestion collective agréé suite au vote de la loi de 2003,

7 - Voir Ministère de la Culture. Le droit de prêt. Disponible sur : http://www.droitdepret.culture.gouv.fr/

qui centralise l'ensemble des paiements[8]. Une partie de ces sommes est ensuite affectée au financement d'un régime de retraite pour les auteurs, le reste étant reversé pour moitié aux auteurs et pour moitié aux éditeurs avec une répartition établie sur la base des déclarations de vente des libraires.

Bien que né dans la douleur, ce régime de licence légale s'est appliqué de manière relativement fluide depuis 2003 et sans soulever de contestation par aucune des parties. Pour les bibliothèques et leurs publics, il comporte même plusieurs avantages substantiels. Le premier est que les éditeurs n'ont pas à développer une offre spécifique à destination des bibliothèques. Celles-ci peuvent acheter les mêmes ouvrages que ceux qui sont proposés aux particuliers, sans que ni les auteurs, ni les éditeurs ne puissent s'y opposer. Les bibliothèques ont donc à leur disposition l'intégralité de l'offre éditoriale pour constituer leurs collections.

Par ailleurs, la fixation du prix proposé aux bibliothèques est encadrée par la loi et non laissée à l'appréciation des éditeurs. Même avec la ponction des 6% sur le prix de vente, les bibliothèques payent toujours les livres qu'elles achètent moins cher que les particuliers, grâce au rabais pratiqué par les fournisseurs. Enfin, le système français garantit que l'acte de prêt reste bien gratuit pour les usagers. La rémunération des titulaires de droits est assurée en réalité par les collectivités locales, tutelles des bibliothèques, ainsi que par l'Etat qui a accepté en 2003 d'assumer une part non négligeable du financement.

Néanmoins, cette licence légale comporte une grande faiblesse, puisque la directive n'a été transposée qu'en ce qui concerne les livres, alors que tous les types d'œuvres sont normalement concernés. Par ailleurs, comme on va le voir à présent la loi de 2003 est intervenue dans le contexte du livre papier et son adaptation au livre numérique ne va pas de soi.

Section II - Développement et limites de l'approche contractuelle pour l'instauration du prêt numérique en bibliothèque

§ 1 : L'adaptation délicate de la licence légale au prêt de livres numériques et les premiers pas de l'offre contractuelle

Comme nous l'avons vu plus haut, la loi de 2003 est en réalité formulée de manière suffisamment abstraite pour paraître s'appliquer aussi

8 - Voir SOFIA. Droit de prêt. Disponible sur : http://www.la-sofia.org/sofia/Adherents/lang/fr/ddp.jsp

bien au livre papier qu'au livre numérique. Le texte évoque « *l'œuvre ayant fait l'objet d'un contrat d'édition en vue de sa publication et de sa diffusion sous forme de livre* », formulation technologiquement neutre. Cependant en pratique, lorsque l'on se reporte notamment aux décrets d'application de la loi, on s'aperçoit que le système de rémunération des titulaires de droits n'est explicitement organisé que pour le livre papier. Une extension au livre numérique ne pourrait donc se faire « à droit constant » et nécessiterait a minima une réforme au niveau réglementaire.

Cependant, on peut se demander si la directive européenne de 1992 elle-même est applicable aux œuvres dématérialisées ou si elle ne concerne que celles fixées sur support physique. La question n'est pas simple, mais on peut remarquer que le Royaume-Uni a déjà choisi de son côté d'étendre son système de droit de prêt public aux livres numériques, en s'appuyant sur la directive. Un nouveau système de « Public Lending Right », géré par la British Library, a été mis en place, qui doit à présent être étendue aux livres audio et aux eBooks[9]. Mais ce dispositif ne couvrira que la mise à disposition des livres numériques par les bibliothèques dans leurs emprises, ce qui veut dire que les usagers devront se déplacer pour les télécharger. La fourniture à distance des eBooks, qui fait l'objet des plus fortes attentes, reste en dehors du droit de prêt public en Angleterre.

En l'absence d'extension de la licence légale, c'est pour l'instant la voie classique de la négociation contractuelle qui a été mobilisée pour constituer des offres de livres numériques à destination des bibliothèques. Depuis près de 10 ans, diverses formules ont été explorées, avec plus ou moins de succès. Des intermédiaires (dit e-distributeurs) se sont positionnés pour proposer des services, en négociant les droits nécessaires auprès des éditeurs. On peut par exemple citer Numilog, qui propose des offres de livres numériques en téléchargement, tandis que des sociétés comme Immatériel.fr ou Cyberlibris proposent des offres de streaming. Par ailleurs, certains éditeurs indépendants ont parfois développé directement sans intermédiaire des offres spécifiques à destination des bibliothèques. C'est le cas par exemple de Publie.net, qui propose une formule d'abonnement à l'ensemble de son catalogue pour une consultation en streaming sur place ou à distance[10].

9 - Voir British Library. Public Lending Right. Disponible sur : https://www.plr.uk.com/

10 - Sur ces questions, voir Ministère de la Culture. Etude IDATE sur l'offre commerciale de livres numériques à destination des bibliothèques. 22 mars 2013. Disponible sur : http://www.culture-communication.gouv.fr/Politiques-ministerielles/Livre-et-Lecture/Actualites/Etude-IDATE-sur-les-livres-numeriques-en-bibliotheque

Ces offres construites sur une base contractuelle ont le mérite d'avoir permis les premiers pas du livre numérique en bibliothèque, en l'absence de cadre légal, mais elles ont aussi rapidement soulevé plusieurs difficultés. La première est la faiblesse de leur catalogue, car les éditeurs n'ont aucune obligation de participer à ces services et nombreux sont ceux qui ont longtemps délibérément choisi de ne pas proposer d'offre aux bibliothèques. Les nouveautés sont en général exclues par les éditeurs, alors que rappelons-le, les bibliothèques ne sont soumises à aucune « chronologie » avec les livres papier et peuvent acheter les derniers titres parus sans aucune restriction. La justification avancée par les titulaires de droits est généralement la peur de la « cannibalisation » des ventes par l'effet d'aubaine résultant de mise à disposition gratuite des livres numériques par les bibliothèques. Aucune étude à ce jour n'a établi l'existence d'un tel impact négatif des bibliothèques sur le marché, mais cette opinion reste aujourd'hui encore puissante.

L'autre point problématique dans ces offres contractuelles faites aux bibliothèques concerne la gestion des DRM (Digital Right Management ou Mesure Techniques de Protection en français). Plusieurs fournisseurs proposent en effet un système de mise à disposition dans lequel un DRM vient assurer la « chronodégradablité des fichiers » téléchargés par les usagers. Les lecteurs qui téléchargent les livres numériques sur leurs propres matériels de lecture ne peuvent en disposer que pendant une durée limitée, fixée par l'éditeur, à l'issue de laquelle le fichier est effacé.

Cette solution technique paraît a priori logique, dans la mesure où elle permet de donner un caractère temporaire à la mise à disposition des eBooks, qui est le propre de ce qu'était l'activité de prêt pour les livres papier (les livres doivent être rendus par l'usager et non conservés). Mais les DRM associés à ces livres numériques posent aussi de graves difficultés tant aux usagers qu'aux bibliothécaires, que ce soit en termes d'ergonomie et d'interopérabilité. Ces problèmes pratiques peuvent s'avérer si importants qu'ils font perdre leur intérêt à certains services proposés par les e-distributeurs.

Ces difficultés font que les offres commerciales construites sur une base contractuelle sont aujourd'hui encore assez peu développées en France. Les bibliothèques sont même parfois obligées de « bricoler » pour être en mesure de proposer des livres numériques à leurs usagers. Un nombre relativement important d'établissements s'est par exemple équipé de liseuses et de tablettes qu'elles prêtent à leur public. Mais face aux difficultés pour trouver des contenus adaptés, les bibliothèques préfèrent souvent charger ces appareils avec des

œuvres du domaine public ou sous licence libre, pour lesquelles les questions liées au droit d'auteur ne se posent plus.

Certains établissements ont également essayé d'acheter des eBooks comme le ferait un particulier auprès de libraires pour les mettre à disposition de leurs usagers *via* des liseuses. Mais en l'absence d'une extension de la loi sur le droit de prêt au numérique, cette pratique reste actuellement illégale. Les librairies qui ont la faculté de vendre aux particuliers (modèle B to C) n'ont pas les autorisations contractuelles nécessaires pour proposer des livres numériques aux établissements (modèle B to B). Certains titulaires de droits ont d'ailleurs déjà réagi en dénonçant ces méthodes d'acquisition[11] comme contournant les offres qu'ils développent spécifiquement à destination des bibliothèques, ce qui montre que la « tolérance de fait » qui existait pour les CDs ou les jeux vidéo risque de ne pas être reconduite pour le livre numérique.

§ 2 : Le contraste avec la situation aux Etats-Unis

Si le livre numérique est actuellement encore peu développé en France, ce n'est pas le cas aux Etats-Unis. Alors que 82% des bibliothèques en France ne proposent pas d'eBooks à leurs usagers, elles sont 98,5% à le faire aux Etats-Unis[12]. Ce contraste s'explique en partie par le fait que les habitudes culturelles des américains ont déjà assez largement basculé en faveur du livre numérique. Mais ce n'est pas la seule raison.

En effet, on constate qu'aux Etats-Unis, des intermédiaires ont émergé pour proposer des offres de livres numériques adaptées aux bibliothèques. L'un d'eux en particulier, la société Overdrive, a acquis une position incontournable, en agrégeant les catalogues de tous les grands éditeurs américains. Par ailleurs, un partenariat conclu avec Amazon permet également à Overdrive de fournir des livres numériques adaptés au Kindle, qui constitue l'appareil de lecture le plus utilisé aux Etats-Unis.

La législation n'a pourtant pas évolué outre-Atlantique pour donner un cadre légal à l'activité de prêt de livres numériques en bibliothèque et c'est bien sur une base contractuelle que se sont développés ces services. Néanmoins, cette progression du livre numérique en

11 - Voir Bon, François. Livre numérique en bibliothèque : contexte juridique. Le Tiers Livre, 22 février 2012. Disponible sur : http://www.tierslivre.net/spip/spip.php?article2793

12 - Voir Muller, Catherine. Prêt numérique en bibliothèques : l'exemple américain. ENSSIB, 27 mai 2014. Disponible sur : http://www.enssib.fr/content/pret-numerique-en-bibliotheques-le-modele-americain-episode-1

bibliothèque ne s'est pas faite sans heurt et la situation reste encore aujourd'hui relativement instable.

Au cours des années 2010, certains éditeurs ont par exemple choisi brusquement de retirer l'ensemble de leur catalogue de l'offre d'Overdrive et ne l'ont réintrégré plus tard qu'amputé des nouveautés. D'autres éditeurs ont choisi d'augmenter brutalement les prix de 300% d'une année sur l'autre. Un éditeur comme HarperCollins a de son côté imaginé un modèle dans lequel à l'issue de 26 prêts, les fichiers numériques fournis aux bibliothèques s'auto-détruiraient pour forcer les bibliothèques à les racheter régulièrement[13].

Ces difficultés semblent actuellement en voie de résorption graduelle aux Etats-Unis, mais un certain nombre de bibliothécaires dénoncent plus radicalement une dégradation de leur condition avec le passage au numérique. En effet dans l'environnement analogique, les livres papier étaient véritablement « acquis » par les bibliothèques qui devenaient propriétaires des supports. Cette propriété publique avait beau rester indépendante de la propriété intellectuelle attachées aux œuvres incorporées dans les livres, elle n'en constituait par moins un élément essentiel, permettant aux établissements de constituer et de conserver leurs collections dans le temps.

Avec le livre numérique, cette fonction patrimoniale de la bibliothèque est profondément remise en cause, car celle-ci n'acquiert plus généralement la propriété des fichiers, mais une simple licence d'utilisation, limitée dans son étendue et dans le temps. Pour contrebalancer cette évolution, certaines bibliothèques américaines se sont organisées en consortium afin d'être en mesure de négocier des achats pérennes de livres numériques, notamment auprès d'éditeurs indépendants. Ces initiatives se structurent notamment autour d'un « Movement Toward Library eBook Ownership[14] ».

§ 3 : La volonté de structurer une offre contractuelle au niveau national en France

Une évolution a lieu depuis quelques années en France pour tenter de structurer davantage l'offre à destination des bibliothèques

13 - Voir Respingue-Perrin, Sébastien. Dans la brume électronique : des inquiétudes autour du marché du livre électronique aux Etats-Unis et de sa présence en bibliothèque. Bulletin des Bibliothèques de France, n°4, juillet 2012. Disponible sur : http://bbf.enssib.fr/consulter/bbf-2012-04-0029-006

14 - Voir Greenfield, Jeremy. eBook *in* Libraries : Ownership versus Access. Digital Book World, 2 octobre 2012. Disponible sur : http://www.digitalbookworld.com/2012/e-books-in-libraries-ownership-versus-access/

et de l'organiser autour d'une plateforme centrale qui viendrait rassembler les différents acteurs de la chaîne du livre. Le projet PNB (pour Prêt Numérique en Bibliothèque) a ainsi l'ambition de créer un « hub » dont le développement a été confié à la société Dilicom[15]. Cet entrepôt centraliserait les fichiers remis par les éditeurs pour que des libraires ou d'autres types de fournisseurs puissent ensuite venir proposer des offres d'achat aux bibliothèques. D'un point de vue juridique, l'ensemble du dispositif est organisé autour d'une chaine de contrats, partant des contrats d'édition entre auteur et éditeur, jusqu'aux contrats de licence liant les fournisseurs aux bibliothèques.

Les pouvoirs publics sont intervenus pour soutenir ce projet. Le gouvernement français n'a pas souhaité s'engager dans une révision de la loi de 2003 pour étendre la licence légale aux livres numériques. Il a préféré laisser jouer les mécanismes contractuels, en espérant qu'ils suffiraient à faire émerger une offre viable. Pour accompagner ce processus, un protocole d'accord a néanmoins été conclu entre l'État, les bibliothèques, les éditeurs, les auteurs, les libraires et les élus culturels pour la « *diffusion du livre numérique par les bibliothèques publiques*«[16]. Ce texte énonce 12 recommandations portant sur l'ouverture des catalogues, les mesures techniques de protection, la soutenabilité des prix ou encore la diversité des modèles de mise à disposition.

Cet accord, s'il a le mérite d'exister, présente le défaut de rester non-contraignant pour les acteurs de la filière, et notamment les titulaires de droits. Les premières expérimentations conduites dans le cadre du projet PNB montrent qu'il y a encore loin entre l'affichage des principes et la réalité. Chaque éditeur reste en effet libre dans un tel système de fixer les modèles tarifaires et les conditions de mise à disposition qu'il desire. Il en résulte une forte disparité, difficilement gérable pour les bibliothèques. Les prix variant ainsi de 1,3 le prix du livre papier pour Editis, à 1,6 pour Flammarion, 2 pour Gallimard et 3 pour le Seuil. Les licences peuvent rester valables 1, 3, 5 ou 6 ans selon les éditeurs.

Par ailleurs, ces disparités s'accompagnent d'une certaine pauvreté dans les modèles proposés. En effet, il a été choisi de retenir

15 - Voir Le fil du BBF. PNB – Prêt Numérique en Bibliothèque, 20 février 2014. Disponible sur : http://bbf.enssib.fr/le-fil-du-bbf/pnb-pret-numerique-en-bibliotheque-19-02-2014

16 - Ministère de la Culture. Recommandations pour une diffusion du livre numérique par les bibliothèques publiques. Décembre 2014. Disponible sur : http://www.culturecommunication.gouv.fr/Politiques-ministerielles/Livre-et-Lecture/Actualites/Recommandations-pour-une-diffusion-du-livre-numerique-par-les-bibliotheques-publiques

uniquement dans le cadre de PNB le modèle testé par l'éditeur Harper Collins aux Etats-Unis, qui avait suscité une large opposition de la part des bibliothécaires américains. Les eBooks ne sont prêtables qu'un certain nombre de fois déterminées par l'éditeur, avant de s'auto-détuire en forçant les bibliothécaires à les racheter. Il n'y a donc plus de possibilités de constituer de collections pérennes et les tarifs élevés restent même hors d'atteinte des établissements de taille modeste ou moyenne[17]. Par ailleurs, l'accord conclu sous l'égide du Ministère restant non contraignant, il n'y a aucune garantie que les éditeurs acceptent réellement d'ouvrir l'intégralité de leurs catalogues.

Le temps dira si le système PNB qui s'installe en France constitue une solution viable pour un développement du livre numérique en bibliothèque, mais il est certain qu'il marque pour l'instant une franche régression par rapport au dispositif de licence légale existant pour le papier.

Section III - Quelles perspectives d'évolution aux niveaux européen et mondial ?

§ 1 : L'introduction d'une exception dédiée dans la directive européenne sur le droit d'auteur

Face aux lenteurs et blocages de l'approche contractuelle, plusieurs propositions ont été avancées pour faire évoluer le cadre juridique au niveau européen afin de donner un fondement légal assuré à la mise à disposition de livre numérique en bibliothèque.

Une première piste pourrait par exemple consister à introduire une exception au droit d'auteur spécialement dédiée dans la directive européenne sur le droit d'auteur. C'est notamment la proposition faite par l'eurodéputée Julia Reda, auteure d'un rapport sur la réforme du droit d'auteur présenté en 2015. Elle envisage la création d'une exception obligatoire au droit d'auteur pour ouvrir la possibilité aux bibliothèques « *de prêter des livres au public sous format numérique, quel que soit le lieu d'accès*[18]*".*

Il existe déjà actuellement dans la directive européenne de 2001 des exceptions prévues en faveur des bibliothèques, mais

17 - Voir SavoirsCom1. PNB ou le livre numérique inabordable pour les bibliothèques de lecture publique. 8 décembre 2014. Disponible sur : http://www.savoirscom1.info/2014/12/pnb-ou-le-livre-numerique-inabordable-pour-les-bibliotheques/

18 - Voir Reda, Julia. Projet de rapport sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE, 15 janvier 2015. Disponible sur : http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-546.580+02+DOC+PDF+V0//FR&language=FR

aucune ne porte directement sur la mise à disposition de livres numériques. L'exception actuelle concerne plutôt la possibilité pour les bibliothèques, archives et musées, d'effectuer des "actes de reproduction spécifiques" pour numériser leurs collections et diffuser ces copies sur place par le biais de terminaux dédiés à des fins d'étude et de recherche. La Cour de Justice de l'Union Européenne s'est prononcée sur l'étendue de cette exception à l'occasion d'une décision rendue en septembre 2014[19]. Elle a précisé à cette occasion que les bibliothèques peuvent numériser les ouvrages de leurs collections, y compris lorsqu'une offre contractuelle existe par ailleurs pour obtenir une version électronique. Et la Cour a ajouté qu'au cas où existe dans un état-membre une exception pour copie privée compensée, les usagers des bibliothèques peuvent télécharger ces copies d'ouvrage sur des clés USB pour les emporter. La CJUE a bien pris garde de préciser que cette exception ne donne pas un blanc-seing aux bibliothèques pour numériser l'intégralité de leurs collections, mais elle a néanmoins ouvert une piste prometteuse.

Pour autant, la proposition de Julia Reda reste intéressante, car l'exception telle qu'envisagée permettrait d'acquérir directement les eBooks disponibles sur le marché à destination des particuliers, sans avoir à numériser les versions papier ou à attendre qu'une négociation contractuelle fasse émerger une offre spécialement dédiée aux bibliothèques. Cette solution rejoint les aspirations des représentants des bibliothèques qui par le biais du Manifeste de Londres ont apporté leur soutien à la réforme du droit d'auteur[20]. Ce texte demande en particulier la consécration de deux droits importants :

> ***Droit de prêt [emprunt]:*** *Un « droit de prêt » automatique pour les bibliothèques, pour tous médias numériques (y compris pour le transfert de fichiers numériques pour une période limitée).*
>
> ***Droit d'acquérir :*** *Un droit pour les bibliothèques et les archives, d'acquérir ou d'obtenir une licence d'utilisation à un coût raisonnable de toute œuvre protégée disponible dans le commerce.*

19 - Voir Maurel, Lionel. La CJUE conforte la numérisation en bibliothèque, S.I.Lex, 12 septembre 2014. Disponible sur : http://scinfolex.com/2014/09/12/la-cjue-conforte-la-numerisation-en-bibliotheque-et-la-copy-party/

20 - Voir CILIP. The London Manifesto : fair copyright reform for librairies and archives in Europe, 1 mars 2015. Disponible sur : http://www.cilip.org.uk/cilip/advocacy-campaigns-awards/advocacy-campaigns/copyright/london-manifesto

Le gouvernement français s'est de son côté clairement opposé à cette proposition d'introduction d'une nouvelle exception. Dans ses commentaires sur le rapport Reda[21], il estime que :

> *Concernant la demande d'introduire une exception obligatoire autorisant le prêt de livres numériques en bibliothèques, outre le fait qu'elle n'est justifiée ni corroboré par aucune analyse économique, il existe de forts risques à ce que ce type de prêt non encadré remplace l'acte d'achat de livre numérique par le consommateur. À cet égard, les autorités françaises estiment que des conventions de licence entre les différents acteurs concernés sont l'instrument le plus approprié.*

Dans la résolution adoptée sur la bas du rapport Reda, le Parlement européen recommande à la Commission : « d'évaluer l'adoption d'une exception permettant aux bibliothèques publiques et de recherche de prêter légalement des œuvres au public sous format numérique pour un usage privé et pour une durée limitée, via l'internet ou les réseaux des bibliothèques, afin que ces dernières puissent s'acquitter de manière effective et moderne de leur devoir d'intérêt public consistant à diffuser les connaissances ».

§ 2 : L'extension du mécanisme de l'épuisement des droits à l'activité de prêt numérique en bibliothèque

Il existe aujourd'hui des débats importants pour savoir dans quelle mesure le mécanisme de l'épuisement des droits est applicable ou non dans l'environnement numérique. La question s'est pour l'instant surtout posée à propos de la revente d'occasion de fichiers numériques, dans la foulée de la décision UsedSoft par laquelle la CJUE a admis cette possibilité en ce qui concerne les logiciels. Plusieurs affaires ont également éclaté au sein de l'Union européenne à propos de la revente de livres numériques en occasion. Pour l'instant, les décisions de justice ont abouti à des résultats contrastés : la revente d'eBooks en occasion a été jugée contraire au droit d'auteur en Allemagne, tandis qu'une Cour hollandaise a admis que cette pratique pouvait être couverte par le mécanisme de l'épuisement des droits[22].

---

21 - Voir Secrétariat Général aux Affaires Européennes. Note de Commission, 19 janvier 2015. Disponible sur : https://dl.dropboxusercontent.com/u/153088/links/150119SGAE-reda.pdf

22 - Sur ces questions, voir Strowel, Alain. De UsedSoft à Allposters : dans le numérique, le droit d'auteur s'épuiserait, mais il n'y a pas d'épuisement physique, IPDigit, 14 avril 2015. Disponible sur : http://www.ipdigit.eu/2015/04/epuisement-numerique-et-epuisement-physique-du-droit-dauteur-de-usedsoft-a-allposters/

Certains représentants des bibliothèques revendiquent de leur côté la possibilité que l'épuisement des droits puisse également s'appliquer à la mise à disposition temporaire de livres numériques par les bibliothèques. C'est le cas par exemple de l'association EBLIDA, qui représente les bibliothécaires et professionnels de l'information auprès de la Commission européenne. Cette structure a lancé en 2013 une campagne "The Right to eRead" destiné à sensibiliser autour du problème de la pénurie de livres numériques dans les bibliothèques en Europe[23]. Dans l'argumentaire accompagnant cette campagne, EBLIDA insiste sur l'intérêt qu'il y aurait à étendre le principe de l'épuisement des droits au prêt de livre numérique en bibliothèque, tout en soulignant que cette lecture du droit européen reste encore incertaine aujourd'hui.

Néanmoins, une réponse à cette question pourrait être prochainement apportée par la Cour de Justice de l'Union Européenne. Cette juridiction a été saisie en septembre dernier d'une question en provenance des Pays-Bas, où les bibliothécaires revendiquent un droit de prêt pour les livres numériques et sont entrés en conflit à ce sujet avec les éditeurs. Dans le cadre de ce recours, il est demandé à la Cour de statuer pour savoir si la directive de 1992 est applicable aux livres numériques et à défaut, si le principe de l'épuisement des droits ne pourrait pas s'appliquer au livre numérique en bibliothèque[24].

Dans l'hypothèse où la CJUE admettrait une telle extension du principe de l'épuisement des droits, il s'agirait d'un renversement important de la situation. Car les négociations contractuelles lentes et laborieuses deviendraient alors inutiles et les bibliothèques se verraient bien reconnaître la faculté de mettre à disposition des livres numériques à leurs usagers sans que les titulaires de droits ne puissent s'y opposer.

§ 3 : La piste d'un traité sur les bibliothèques à l'OMPI

La dernière piste d'évolution repérable consiste en l'adoption d'un traité sur les bibliothèques, actuellement négocié au sein de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI). Dans le cadre de ses travaux sur les exceptions et limitations au droit d'auteur et à la suite de l'adoption du Traité de Marrakesch relatif aux handicapés visuels, l'OMPI a mis en discussion un traité portant

23 - Voir EBLIDA. The Right to eRead Campaign. Disponible sur : http://www.eblida.org/e-read/home-campaign/

24 - Voir Oury, Antoine. La Cour de Justice européenne va statuer sur le droit de prêt numérique, Actualitté, 11 septembre 2014. Dsponible sur : https://www.actualitte.com/justice/la-cour-de-justice-europeenne-va-statuer-sur-le-droit-de-pret-numerique-52534.htm

sur les exceptions en faveur des bibliothèques, archives et musées. Un projet de traité a été proposé dans ce cadre par l'IFLA (International Federation of Libraries Association)[25], qui comprend des dispositions visant à mettre en place une forme de "droit de prêt universel" :

> **Droit au Prêt de Bibliothèque et à l'Accès Temporaire**
>
> **1)** Il devra être permis à une bibliothèque de prêter des œuvres déposées et protégées intégrées sur des supports tangibles, ou des matériaux protégés par les droits voisins, à un usager, ou à une autre bibliothèque.
>
> 2) Il devra être permis à une bibliothèque de fournir un accès temporaire à des œuvres protégées sous support numérique ou autre support intangible, auquel elle a accès légal, à un usager, ou à une autre bibliothèque, à usage de consommation.

La consécration de tels principes en droit positif ferait que tout objet protégé par le droit d'auteur mis en marché deviendrait instantanément "prêtable" après l'acquisition par les bibliothèques. Cela concernerait les livres numériques, mais aussi tous les types d'œuvres imaginables.

Une telle évolution permettrait aux bibliothèques de poursuivre leurs missions dans l'environnement numérique de manière satisfaisante, en organisant des formes d'usage collectif de la culture. Il est évident que ces mises à disposition doivent faire l'objet d'une rémunération équitable des titulaires de droits, dont les modalités et le montant restent cependant à déterminer.

Mais il paraît difficilement envisageable de maintenir à leur profit un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire, leur permettant de décider quel livre numérique peut faire partie des collections des bibliothèques et quel autre doit en être exclu, sauf à admettre une érosion drastique du concept même de bibliothèque.

25 - Voir IFLA. Les limitations et les exceptions au droit d'auteur en faveur des bibliothèques et des archives. Disponible sur : http://www.ifla.org/FR/copyright-tlib

DEUXIÈME PARTIE :

QUELLES FINALITÉS ?

RÉFLEXIONS SUR L'ÉDUCATION DES INTERNAUTES AU RESPECT DU DROIT D'AUTEUR

Manon Dalle
Attachée temporaire d'enseignement et de recherche à l'Université de Picardie Jules Verne

1. « Le numérique a le don d'ubiquité »[1]. En effet, le numérique affranchit les objets culturels des contraintes de l'existence physique, en leur permettant d'être répliqués à l'identique et à l'infini, sans restriction de temps ni de lieu. Le développement de cette technologie s'accompagne par l'essor de l'Internet dans les foyers[2]. Les français sont de plus en plus nombreux à travailler à distance, à effectuer des achats sur Internet, à recevoir du courrier électronique ou encore à ne plus se déplacer dans une salle de cinéma. Cette expansion du numérique a entraîné de profonds changements, notamment dans les rapports des français avec les biens culturels. Désormais, les internautes ont un rôle actif, dans la création, la diffusion et la transformation des œuvres. Le numérique leur permet de dématérialiser de nombreux biens tels que les livres, les CD, les DVD ou encore les *blu-ray*, pour une qualité souvent équivalente au bien original. Les œuvres de l'esprit sont ainsi réduites à l'état de fichiers et se diffusent plus facilement. Pour ce faire, les internautes utilisent différents moyens techniques afin d'organiser leur propre diffusion des œuvres : le téléchargement à partir d'un logiciel de pair-à-pair[3], le *streaming*[4] et le téléchargement direct[5]. De surcroit, ces œuvres devenues fichiers sont facilement transformables. Dès lors, les internautes peuvent aisément s'adonner aux activités de *mashup*, *fanfiction, vidding* et autres *remix*. Ces pratiques consistent à créer,

1 - I. Falque-Pierrotin, Présidente de la CNIL, L'éducation au numérique, un défi majeur que nous devons relever tous ensemble, CCE, 2014, n°3, Entretien, p. 7.

2 - De récentes enquêtes montrent que les français sont de plus en plus connectés à Internet. Une enquête menée par l'Ifop en 2012 montre que huit français sur dix utilisent aujourd'hui Internet : Sondage Ifop pour l'observatoire netexplo : Internet dans la vie des français, 8 février 2012, ifop.com. Un peu plus de 64 % des ménages déclarent avoir un accès à Internet à leur domicile en 2010 contre 56 % en 2008 et seulement 12 % en 2000 : enquête INSEE, Technologies de l'information et de la communication d'avril 2010, insee.fr. D'après une enquête menée par l'Insee, en 2012, trois personnes sur quatre résidant en France métropolitaine ont utilisé Internet au cours des trois derniers mois, contre seulement 56 % en 2007 et seulement 12 % en 2000. L'internaute est de plus en plus mobile puisque 40% des personnes en France avaient, en 2012, déjà surfés sur Internet à partir de leur mobile ou de leur ordinateur portable en dehors de chez elles. V. V. Gombaut, enquête INSEE, L'Internet de plus en plus prisé, l'internaute de plus en plus mobile, juin 2013, n°1452, insee.fr.

3 - V. H. Bitan, *Droit des créations immatérielles, Logiciels, Bases de données, Autres œuvres sur le web 2.0*, Lamy 2010, p. 124 et s. et . F. Macrez, J. Gossa, Surveillance et sécurisation ce que l'HADOPI rate, RLDI 2009, n°50, p. 79 et s.

4 - *Ibid.*

5 - V. F. Chopin, Téléchargement illégal et HADOPI, AJ pénal 2012, p. 258 ; F. Macrez, J. Gossa, Surveillance et sécurisation ce que l'HADOPI rate, préc., p. 79 et s.

ou simplement revisiter, une œuvre à partir d'œuvres préexistantes. Elles proposent, par exemple, d'apposer à une vidéo une bande son différente, ou encore d'élaborer une suite à une œuvre romanesque. Ces nouvelles pratiques montrent qu'à mesure que le partage se banalise, l'œuvre se désacralise.

2. Les internautes, s'adonnant à des pratiques de diffusion ou de « création transformative[6]», ne se soucient guère du droit d'auteur. Pourtant, la loi exige d'eux qu'ils obtiennent l'accord de l'auteur ou des titulaires de droits pour procéder à toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle d'une œuvre protégée, dès lors qu'elle sort du cadre étroit des exceptions légales. L'une des difficultés réside dans le fait que la majorité des internautes avoue n'avoir qu'une connaissance vague du contenu et de la portée du droit d'auteur[7]. Principalement guidés par l'idée de liberté que véhicule Internet, les utilisateurs se révèlent peu soucieux des règles qui en régissent l'usage[8]. Néanmoins, ils sont nombreux à désirer se conformer au droit d'auteur, à condition que les œuvres

6 - Les pratiques de *mashup, fan fiction, vidding* et de remix se regroupent sous l'expression de « création transformative ». Cette expression est employée dans le Rapport Lescure. V. P. LESCURE, *Mission « Acte II de l'exception culturelle », Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, Rapport pour le Ministre de la culture et de la communication, Tomes 1 et 2, mai 2013, culture.gouv.fr, p. 36.

7 - Une enquête internationale menée auprès des 15-25 ans montre que 20% d'entre eux ne connaissent pas le système de gestion des droits d'auteur en vigueur dans leur pays. Parmi les personnes répondant à cette question, la majorité d'entre eux pense à tort que leur système est le *Copyright* : L'Atelier Conseil et Stratégie numérique pour le Forum d'Avignon 2012, Nouvelles générations et culture numérique, Novembre 2012, forum-avignon.org, p. 34. Une enquête qualitative, menée par l'Ifop pour le compte de l'HADOPI, montre que la majorité des internautes pensent que les contenus d'œuvres de l'esprit à caractère onéreux disponibles sur Internet sont forcément légaux : Hadopi, Biens culturels et usages d'Internet : pratiques et perceptions des internautes français, hadopi.fr mai 2013, p. 16-20.

8 - Sur ce phénomène, v. notamment S. Lefeuvre, C. Dondeyne, Le téléchargement chez les adolescents, résultats intermédiaires, Marsouin.org, janvier 2009. Cette étude montre la facilité qu'il existe pour les adolescents de télécharger des œuvres protégées, en raison de l'accès et de la maitrise d'une technologie à la fois rapide et gratuite. L'étude montre aussi que le téléchargement tendrait vers un cercle vertueux de la consommation ; M. Daval, R. Douine, Portrait des cyber-pirates du livre, lemotif.fr. Ces études révèlent que les internautes téléchargeant des livres ne sont pas forcément des adolescents mais bien au contraire, des « bons pères de famille » qui désirent se procurer un livre parfois même avant sa parution. Ces internautes se disent fréquemment être eux-mêmes de gros consommateurs de livres papiers, ils téléchargent plus que ce qu'ils peuvent consommer. Néanmoins, il est important de tenir compte du fait que les études citées ne sont pas représentatives des utilisations de l'ensemble de la population française, elles ont été réalisées à faible échelle. Toutefois, elles contribuent à éclairer les pratiques. À ce titre, une étude à plus grande échelle et avec un échantillon de la population plus important a été mené par l'HADOPI. Elle indique que « les internautes déclarant un usage illicite ont une dépense légèrement supérieure à la moyenne, ils sont moins nombreux que la moyenne à ne déclarer "aucune dépense". *À contrario*, les internautes déclarant un usage licite ont une dépense légèrement inférieure et sont plus nombreux que la moyenne à déclarer "aucune dépense" » : Hadopi, Biens culturels et usages d'Internet : pratiques et perceptions des internautes français, hadopi.fr, janvier 2011, p.45.

de l'esprit soient disponibles facilement et à des prix raisonnables[9]. Face à l'engouement de la part des internautes envers ces nouveaux usages, il devient alors « difficile [d'appliquer des] règles de droits qui semblent pourtant suffisantes en théorie » [10].

3. En effet, les internautes se rendent coupables de contrefaçon lorsqu'ils recourent à de telles pratiques, en dehors du cercle familial et amical[11]. Ils violent un droit d'exploitation, du fait de la reproduction « par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur »[12]. Ils encourent pour ce délit une peine de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende[13]. Pourtant, paradoxalement, la lourdeur des sanctions encourues ne semble pas remplir sa fonction dissuasive. D'une part, ces pratiques demeurent massives[14]. D'autre part, l'examen des décisions montre que ces peines sont rarement prononcées[15]. Dès lors, l'effectivité d'une approche répressive de la contrefaçon se trouve limitée.

---

9 - Des enquêtes qualitatives révèlent que la première motivation des internautes à consommer de façon licite les œuvres de l'esprit est la conformité au droit d'auteur, à condition que les œuvres de l'esprit soient proposées à des prix raisonnables : Hadopi, Biens culturels et usages d'Internet : pratiques et perceptions des internautes français, préc. p. 63 ; *Consumers International*, Les obstacles à l'accès aux supports protégés par droits d'auteur, 2010, consumersinternational.org, p. 7-8.

10 - J. Couard, Dossier spécial HADOPI, interview d'un praticien, RLDI, 2011, n°67, p. 67.

11 - D'après l'art. L. 122-5 2° du Code propriété intellectuelle (CPI), l'exception de copie privée permet de réaliser des copies ou des reproductions réalisées à partir d'une source licite. Les copies sont strictement réservées à un usage privé du copiste et non destinées à un usage collectif. La jurisprudence considère que relève d'un usage privé les copies destinées à un groupe familial ou amical. Pour une étude approfondie sur l'exception de copie privée v. not. T. Desurmont, Le régime de la copie privée, CCE, 2006, Etude 28. Sur la question de l'exception de copie privée à l'ère du numérique, v. not. J. Ginsburg, L'avenir de la copie privée numérique en Europe, CCE, 2000, Etude 1 ; P. Gaudrat, Du logiciel-support à l'illicéité de la copie privée numérique, RTD com 2004, p. 403 ; F. Sardain, Repenser la copie privée des créations numériques, JCP E 2003, p. 584.

12 - V. art. L. 335-2 al. 1er du CPI.

13 - *Ibid.*

14 - 45 % des internautes quotidiens déclarent télécharger ou utiliser des contenus téléchargés illégalement, Sondage Tns Sofres pour Métro, Les français et le téléchargement illégal sur Internet, 2009, tns-sofres.com. Face à l'engouement des internautes à l'égard du téléchargement illégal, le Gouvernement a invité les procureurs à ne pas poursuivre les internautes dans un souci d'adaptation de la loi pénale à une réalité sociale : Circulaire de présentation et de commentaire des dispositions pénales de la loi DADVSI, du 3 janvier 2007, juriscom.net ; C. Caron, Quand la circulaire adoucit la dureté de la loi pénale, CCE, 2007, n°4, p. 1et 2.

15 - Les juges se sont montrés rarement sévères quant au quantum des sanctions. V., en ce sens, TGI Vannes, 29 avril 2004, condamnation allant de 1 à 3 mois de prison avec sursis à l'égard des internautes contrefacteurs, CCE 2004, n°86 obs. C. Caron ; TGI Arras, 20 juillet 2004, condamnation à 2 mois de prison avec sursis pour l'internaute contrefacteur CCE 2004, n°11, comm. 139, obs. C. Caron ; TGI Pontoise, 2 février 2005, condamnation de l'internaute contrefacteur à 3000 euros d'amende, v. comm. C. Caron, Et si le droit d'auteur allait trop loin, sur Internet et ailleurs ?, D. 2005, Tribune p. 513. Sur le quantum des sanctions, v. TGI Meaux, 21 avr. 2005, condamnation de l'internaute contrefacteur à une amende de 1500 euros avec sursis ; TGI du Havre, 20 sept. 2005, condamnation de l'internaute contrefacteur à 500 euros d'amende, juriscom.net. V. égal. CA Paris 27 avril 2007, Anthony G. /SCPP ; CA Paris 15 mai 2007, Henri S. /SCPP ; TGI Montauban, 9 mars 2007, SCPP / Marie-Thérèse O ; J. Larrieu, *Droit de l'Internet*, Ellipses, Mise au point, 2012, 2e édition, p. 30.

4. Prenant acte du développement de ces pratiques et de l'inadéquation des règles juridiques à la réalité sociale, le législateur a décidé d'adapter le droit d'auteur. Le législateur a successivement envisagé plusieurs solutions avant de se tourner vers l'éducation des internautes au respect du droit d'auteur[16]. La première solution envisagée consistait à dépénaliser le téléchargement illégal. Ainsi, à l'occasion du vote de la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI), en 2006, un amendement portant sur la dépénalisation du téléchargement illégal d'œuvres protégées à des fins non commerciales fut présenté devant l'Assemblé nationale[17]. Cette dépénalisation consistait à assimiler le téléchargement non autorisé à un acte de copie privée. Dès lors, le téléchargement d'œuvres protégées était appréhendé à travers l'une des exceptions au droit d'auteur. En contrepartie, une somme forfaitaire devait être prélevée sur les abonnements à Internet par les fournisseurs d'accès. Un système de gestion collective obligatoire prévoyait la répartition des sommes prélevées entre les différents titulaires de droits[18]. Le Gouvernement préféra opter pour la création d'une nouvelle contravention[19]. Cette seconde solution mettait l'accent sur l'adoucissement des sanctions à l'égard des internautes contrefacteurs. Ce système prévoyait que l'acte de téléchargement descendant, *download*, était puni d'une amende de 38 euros, tandis que le téléchargement ascendant, *upload*, était puni d'une amende de 130 euros[20]. Cette solution fut censurée par le Conseil constitutionnel, qui estimait qu'un tel dispositif portait atteinte au principe d'égalité devant la loi pénale entre les différents

16 - P.-D. Cervetti, Pour un droit d'auteur pédagogique : l'adaptation du droit à son public, RLDI, 2011 n°67 ; C. Geiger, HADOPI ou quand la répression devient pédagogique, D., 2011, p. 773.

17 - La dépénalisation était envisagée au moyen d'une licence dite globale dans un amendement du député Didier Malthus, élaboré par l'Alliance Public-Artistes ; Amendement n°154, du 14 décembre 2005, assembleenationale.fr. Cette légalisation du téléchargement illégal avait pour but, d'après les parlementaires, « de faire preuve de réalisme en faisant entrer dans la légalité une pratique exercée par plusieurs millions de Français » : G. Kessler, Le *peer-to-peer* dans la loi du 1er août 2006, D., p. 2167 ; A. Bertrand, *Droit d'auteur*, Dalloz action, 2010, n°101.42 ; C. Geiger, HADOPI, ou quand la répression devient pédagogique, D., 2011 p.773.

18 - S. Sirinelli, Logiques de concurrence et droit d'auteur, RLC, 2007, n°11, p. 187 ; M. Coulaud, Droit d'auteur et téléchargement de fichiers ou le désaccord parfait ?, RLDI, 2006, n°12, p. 47 ; L. Thoumyre, La licence globale optionnelle : un pare-feu contre les bugs de la répression, RLDI, 2006, n°15, p. 80 ; C. Caron, Questions autour d'un serpent de mer, CCE, 2009, Repère 10.

19 - V. en ce sens, G. Kessler, Le *peer-to-peer* dans la loi du 1er août 2006, D., p. 2167 ; N. Blanc, Les sanctions en droit de la propriété intellectuelle, *in Les sanctions* en *droit contemporain*, (dir.) C. Chainais, D. Fenouillet, Dalloz, 2012, p. 299-326.

20 - Le téléchargement à partir d'un logiciel de pair-à-pair, ou *peer-to-peer* repose technique repose sur deux opérations de téléchargement. La première correspond au téléchargement ascendant, le *upload*. Elle est caractérisée par la mise à disposition de fichiers, sauvegardés sur un disque dur d'un internaute, sur les réseaux. La seconde correspond au téléchargement descendant, le *download*. Au cours de cette opération, l'internaute enregistre ces fichiers partagés sur son propre disque dur. En ce sens, v. H. Bitan, *Droit des créations immatérielles, Logiciels, Bases de données, Autres œuvres sur le web 2.0*, *op. cit.*, p. 124 et s.

contrefacteurs[21]. Ainsi, ne pouvant opter pour une responsabilité pénale allégée, le législateur abandonna la répression pour lui préférer la pédagogie.

5. L'éducation des internautes au respect du droit d'auteur se réclame de la *sunshine regulation*[22]. Elle consiste à « obtenir le redressement spontané du comportement des internautes, par la mise en lumière de son illicéité »[23]. Ainsi, l'éducation de la population fait partie des outils juridiques utiles pour assoir la légitimité d'un modèle. Une telle procédure se fonde sur le rôle incitatif de la règle de droit ainsi que sur sa compréhension. Selon cette approche, les internautes, convenablement éduqués, seraient moins enclins à violer les dispositions du droit d'auteur. Dès lors, la pédagogie est conçue comme un moyen de modeler les comportements et peut participer à la rationalisation de ces comportements[24]. Cette éducation des internautes au respect du droit d'auteur procède tant de l'action des pouvoirs publics que d'acteurs économiques privés. Les manifestations de cette approche pédagogique du droit d'auteur sont nombreuses. Il apparaît en réalité que ce dispositif éducatif est insuffisant. Son étude révèle que la défiance des internautes à l'égard du droit d'auteur est plus profonde que celle escomptée par les pouvoirs publics et les opérateurs du secteur. La démarche pédagogique est alors contestée et privée d'efficacité. Ainsi, notre réflexion nous mènera, en premier lieu, à présenter le dispositif de sensibilisation des internautes au respect du droit d'auteur et à démontrer qu'il relève du droit souple (section I). Il conviendra, en second lieu, de mesurer la réception de ce dispositif par les internautes et d'apprécier les limites de son efficacité, afin d'envisager l'avenir de ce dispositif (section II).

Section I - Le dispositif de sensibilisation des internautes au respect du droit d'auteur

6. La mise en place d'un dispositif de sensibilisation des internautes au respect du droit d'auteur s'explique par l'échec de la sanction étatique. Dorénavant, en matière de droit d'auteur, le législateur a recours

21 - Cons. Const. déc. 27 juill. 2006, n°2006-540 DC du 27 juillet 2006. Pour un comm. CCE, comm. 140, note C. Caron ; C. Castets-Renard, La décision du Conseil constitutionnel sur la loi du 1er août 2006 : une décision majeure, D. 2006, p. 2157 ; J.-E. Schoettl, La propriété intellectuelle est-elle constitutionnellement soluble dans l'univers numérique ?, Petites aff. 2006, n°161, p.4 et s.

22 - L'expression *sunshine regulation* est utilisée par les anglo-saxons pour démontrer que l'intervention publique obtient des résultats escomptés « en se contentant de mettre en lumière des pratiques contraires à l'intérêt public » : v. Rapport public du Conseil d'Etat, Les autorités administratives indépendantes, 2001, conseil-etat.fr.

23 - Sur cette idée, v. V.Varnerot, La propriété littéraire et artistique en réseau, CCE, n°3, étude 4, n°2.

24 - A. Jeammaud, La règle de droit comme modèle, D., 1990 p. 199.

à des règles de droit incitatives. Ce dispositif recherche l'adhésion des internautes au droit d'auteur afin d'obtenir spontanément la correction de leur comportement. Ce rapport pédagogique au droit d'auteur implique alors de recourir aux techniques persuasives du droit souple[25], dont l'objectif est de diriger les conduites de manière non autoritaire et d'exprimer le souhaitable plutôt que l'obligatoire[26]. Le droit dur, qui se caractérise par la coercition, n'épuise pas la régulation juridique[27]. Le droit souple se déploie en une multitude de figures. Selon une présentation devenue classique, ce droit se compose à la fois d'un droit flou, dont les normes seraient imprécises, d'un droit doux, dont le caractère obligatoire fait défaut mais dont le rôle recommandatoire est renforcé, et d'un droit mou, dont les règles seraient dépourvues de toute force contraignante. Ces différentes formes caractérisent ce droit éducatif du droit d'auteur. Il se trouve être au service d'un droit d'auteur contesté. L'objectif est donc de légitimer son action. Le droit éducatif n'impose pas aux destinataires de respecter les modèles exprimés dans la norme qui l'établit. Ils sont seulement invités à y adhérer. Ainsi, en se conformant au modèle suggéré, les destinataires cessent de contester la norme. À ce titre, le droit souple constitue le relais du droit dur, lorsque celui-ci cesse de produire les effets escomptés[28]. Ce type de régulation repose ainsi sur l'idée que le droit, dont la fonction serait d'imposer ou de suggérer un modèle[29], peut conduire les utilisateurs à adopter un certain comportement au moyen de simples recommandations, de conseils, d'avis ou encore de déclarations.

7. Le dispositif de sensibilisation des internautes s'illustre de plusieurs manières. Il se manifeste, d'une part, à travers un mouvement institutionnel qui tient sa force de la loi (§ 1) et, d'autre part, il s'exprime au sein d'un mouvement informel dont les manifestations se fédèrent spontanément (§ 2).

§ 1 : Le mouvement institutionnel

8. Le législateur est à l'origine d'une partie du dispositif de sensibilisation des internautes au respect du droit d'auteur. Il a ainsi créé une autorité administrative indépendante, la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet

25 - Le droit souple est un terme polysémique. En ce sens, v. Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, 2009 ; C. Thibierge, Le droit souple, RTD civ 2003 p. 599 ; I. Hachez, Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « *soft law* », Revue interdisciplinaire d'études juridiques 2010/65, p. 1.

26 - P. Malaurie, P. Morvan, *Droit civil, Introduction générale,* 2e édition, Defrénois, 2005, n°40.

27 - J. Chevallier, La régulation juridique en question, Droit et Société, 49-2001 p. 827-846.

28 - En ce sens, v. P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2e édition, L.G.D.J., 2013, n°30 et s.

29 - A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », préc., p. 199.

(HADOPI), afin de réguler les comportements des internautes[30]. Ce mouvement institutionnel s'organise autour de la réponse graduée, ainsi que de la labellisation de l'offre légale. L'HADOPI est chargée de mettre en œuvre chacun de ces dispositifs.

9. La réponse graduée est au cœur des missions confiées par le législateur à l'HADOPI. Elle se compose d'un volet pédagogique et d'un volet répressif. Tout est mis en œuvre pour éviter le prononcé de la sanction juridique. Cette sanction résulte de l'infraction de négligence caractérisée[31], qui sert d'auxiliaire à l'action en contrefaçon[32]. En effet, la sanction ne se dirige plus vers l'internaute contrefacteur, mais frappe le titulaire de l'abonnement dont l'accès à Internet a été utilisé pour commettre des actes de contrefaçon[33].

10. Le volet pédagogique de la réponse graduée est dirigé par la commission de protection des droits (CPD) de l'HADOPI[34]. Ce volet se décompose en quatre étapes. La première étape débute par l'envoi d'une première recommandation, dans les deux mois suivants la constatation des faits. Ce premier message est adressé par courrier électronique. Il avertit l'abonné qu'une utilisation frauduleuse de son accès à Internet a été détectée[35] et lui recommande de se conformer au droit d'auteur. La réponse peut se poursuivre en cas de récidive dans les six mois qui suivent l'envoi de ce premier message. Une seconde recommandation est alors adressée à l'abonné, à la fois par courriel et par lettre recommandée avec accusé de réception. En cas de récidive constatée dans l'année suivant l'envoi de la seconde recommandation, la CPD peut adresser une notification à l'abonné, par lettre recommandée avec accusé

30 - L'HADOPI a été créée par la loi du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la création sur Internet, Loi n° 2009-669, JO 13 juin, p. 9666. Pour un commentaire de la loi : J.-M. Bruguiere, Loi « sur la protection de la création sur Internet » : mais à quoi joue le Conseil constitutionnel ?, D. 2009. Point de vue. 1770 ; F. Pollaud-Dulian, RTD Com 2009 p. 730.

31 - L'infraction de négligence caractérisée est définie à l'article R. 335-5 du CPI. Elle impose aux abonnés à Internet de veiller à ce que leur accès ne soit pas utilisé à des fins de contrefaçon. L'infraction suppose la réunion de deux conditions : d'une part, l'abonné doit s'être vu recommandé par la CPD de mettre en œuvre un moyen de sécurisation de son accès et, d'autre part, que l'accès à Internet ait été à nouveau utilisé pour commettre des actes de contrefaçon, dans l'année suivant la présentation de cette recommandation.

32 - C. Caron emploie l'expression de para-contrefaçon, *Droit d'auteur et droits voisins,* Litec, 2013, 3e édition, p. 527, n°565.

33 - Le législateur ne pouvait opter pour une responsabilité pénale allégée en adoptant une nouvelle contravention sans méconnaître le principe d'égalité devant la loi pénale. Il a ainsi créé l'infraction de négligence caractérisée. En sanctionnant l'abonné à Internet et non l'internaute contrefacteur, le législateur a pu adapter, en partie, la sanction juridique aux nouvelles pratiques de consommation des œuvres. V. en ce sens, M. Vivant, Internet, piratage et contrefaçon, D. 2009, p. 1808 ; C. Alleaume, Le projet de loi « création et Internet » du 18 juin 2008, Propr. Intell., n°29, p. 389 et s.

34 - Il résulte de l'art. L. 331-15 du CPI que l'HADOPI dispose d'une structure bicéphale. Elle se compose d'un collège et d'une commission, la CPD. Le collège est l'organe dirigeant chargé de mettre en œuvre les missions de l'HADOPI, excepté la réponse graduée. La CPD est un organe en charge de la mise en œuvre de la réponse graduée.

35 - V. art. L. 331-25 al.1 du CPI.

de réception. Enfin, lors de la dernière étape, la CPD délibère et transmet au Parquet les dossiers dont les faits sont susceptibles d'être qualifiés d'infraction de négligence caractérisée[36]. L'analyse du contenu des recommandations révèle que leur objectif est de prévenir la commission d'actes de contrefaçon. En effet, leur but est d'informer les abonnés de l'illicéité de leurs usages afin d'en susciter la modification spontanée. Tout d'abord, les recommandations rappellent brièvement la loi. Ensuite, elles incitent l'internaute à se diriger vers l'offre légale, ou encore à sécuriser l'accès à Internet de l'abonné. Pour ce faire, elles renvoient à de simples fiches pratiques sur les usages d'Internet ainsi qu'à une vidéo explicative[37]. Enfin, elles expliquent aux abonnés que les actes de téléchargement constituent une menace pour la création artistique et pour l'économie du secteur culturel. Cette dernière mention n'apparait pas satisfaisante à deux égards. D'une part, elle n'explique pas les raisons pour lesquelles le téléchargement illégal d'œuvres protégées est de nature à nuire à la création artistique et à l'économie culturelle. D'autre part, il est regrettable de constater que cette mention ne participe pas à la compréhension du droit d'auteur et de son rapport à l'intérêt général, alors même que celui-ci ne fait plus l'unanimité au sein du corps social[38]. Il ressort de l'analyse du contenu des recommandations que leur formulation tend à promouvoir le modèle économique classique. Le droit d'auteur s'appuie actuellement sur ce modèle, alors même que celui-ci apparait dépassé car il repose essentiellement sur la diffusion physique des biens culturels.

11. Le volet pédagogique de la réponse graduée se trouve dépourvu de toute véritable contrainte étatique. En effet, les recommandations n'imposent pas aux abonnés de se conformer au droit d'auteur. Elles tentent simplement de les persuader. À ce titre, ce volet constitue une illustration du droit mou. D'ailleurs, le Conseil d'Etat a eu l'occasion d'affirmer que les recommandations ne peuvent s'analyser en une sanction puisqu'elles n'emportent « aucune automaticité entre les constats de manquements aux obligations prévues par la loi et le prononcé éventuel d'une sanction

36 - L'infraction de négligence caractérisée est définie à l'article R. 335-5 du CPI. Elle impose aux abonnés à Internet de veiller à ce que leur accès ne soit pas utilisé à des fins de contrefaçon. L'infraction suppose la réunion de deux conditions : d'une part, l'abonné doit s'être vu recommandé par la CPD de mettre en œuvre un moyen de sécurisation de son accès et, d'autre part, que l'accès à Internet ait été à nouveau utilisé pour commettre des actes de contrefaçon, dans l'année suivant la présentation de cette recommandation.

37 - L'art. L. 331-25 al. 1 du CPI impose que les recommandations informent les abonnés de l'existence de moyens de sécurisation de leur accès à Internet. Néanmoins, cette exigence n'est pas respectée. L'HADOPI s'était engagée à élaborer des moyens permettant d'éviter tout acte de contrefaçon. À défaut, elle a créée des fiches pratiques sur la sécurisation de l'accès à Internet.

38 - En ce sens, V. Gautrais, Dossier spécial HADOPI – HADOPI regards du dehors, RLDI, janvier 2011, n°67, p.89 ; C. CARON, Droit d'auteur et droits voisins, *op. cit.*, p. 37.

pénale par l'autorité judiciaire »[39]. Il convient également de souligner que la pratique de la CPD renforce cette fonction pédagogique de la réponse graduée[40]. En effet, d'après le dernier rapport d'activité de l'HADOPI, la CPD s'engage à ne pas transmettre les dossiers dans deux hypothèses. D'une part, lorsque les abonnés prouvent qu'ils ont mis en œuvre de nouvelles mesures pour prévenir des actes de contrefaçon[41]. D'autre part, lorsque la CPD ne constate pas de nouveaux actes de contrefaçon après la notification[42]. La transmission des dossiers au Parquet n'est donc pas automatique. À ce jour, seuls 142 dossiers ont été transmis sur 1453 délibérations[43]. La pratique de cette autorité témoigne donc de sa volonté de concevoir la réponse graduée comme un mécanisme pédagogique et de ne pas avancer « masquée, le glaive à la main »[44].

12. Le mouvement institutionnel de sensibilisation des internautes au respect du droit d'auteur ne se limite pas à la réponse graduée. L'HADOPI a également pour mission de labelliser l'offre légale d'œuvres protégées proposée sur Internet. Afin de faciliter l'identification de l'offre légale par les internautes, un signe distinctif a été créé, caractérisé par la mention « offre légale HADOPI ». Un site Internet recense par ailleurs les sites labellisés[45]. L'intérêt du label est double. D'une part, le label est un gage de licéité puisqu'il assure aux internautes que le service de communication au public en ligne respecte le droit d'auteur[46]. D'autre part, il invite, en identifiant les offres légales, les internautes à se détourner de l'offre illégale. À ce titre, le label constitue un moyen indirect de lutter contre les pratiques de diffusion illégales. La procédure de labellisation est ouverte à toute personne, dont « l'activité est d'offrir un service de communication au public en ligne »[47]. Le Collège de l'HADOPI

39 - CE 19 oct. 2011, n° 342405, French Data Network : R. Grand, Les recommandations de l'HADOPI ne sont pas des sanctions, AJDA 2011, p. 2034.

40 - Au cours d'une conférence de presse, la présidente de la CPD, M. Imbert-Quaretta, a annoncé avoir créé une quatrième phase officieuse à la réponse graduée. Cette décision fait suite au constat suivant : la récidive des actes de contrefaçon se produit le plus souvent en raison de la méconnaissance par les abonnés, d'Internet et des logiciels de pair-à-pair (le plus souvent les parents de jeunes internautes contrefacteurs). En ce sens, v. G. Pepin, La HADOPI défend le bilan de la réponse graduée, 5 sept. 2012, lemonde.fr.

41 - Sur cette idée v. Rapport d'activité de l'HADOPI, 2013-2014, octobre 2014, hadopi.fr, p. 81.

42 - *Ibid.*

43 - V. Rapport d'activité de l'HADOPI, 2013-2014, octobre 2014, préc., p. 12.

44 - Cette expression est employée par N. Catelan, La protection pénale du droit d'auteur : une négligence caractérisée ?, RLDI, 2011, n°67.

45 - V. art. R. 331-52 al. 1 du CPI.

46 - Il ressort d'enquêtes sociologiques que la majorité des internautes identifient l'offre légale à partir du caractère onéreux du service de communication au public en ligne. En ce sens, v. Hadopi, Biens culturels et usages d'Internet : pratiques et perceptions des internautes français, préc. p. 16-20.

47 - V. art. L. 331-23 al. 2 du CPI.

attribue le label sous deux conditions. Tout d'abord, le demandeur doit justifier que l'ensemble des offres qu'il met en ligne sont proposées en accord avec les titulaires de droits[48]. Enfin, la demande ne doit pas avoir fait l'objet d'une objection de la part d'un titulaire de droit pendant le délai imparti[49]. Le label est attribué pour une durée maximale d'un an, renouvelable[50]. Les services de communication au public en ligne labellisés sont tenus d'apposer de manière lisible sur leur site le label[51].

13. La labellisation se distingue de la réponse graduée à deux égards. En premier lieu, il s'avère que ce dispositif est dépourvu de toute force obligatoire pour les internautes. À ce titre, il constitue un instrument du droit souple et plus particulièrement du droit doux. Deux illustrations en témoignent. Premièrement, les personnes « proposant un service de communication au public en ligne » [52] ne sont pas tenues d'adhérer au label proposé par l'HADOPI. La loi ne fait que le suggérer. Deuxièmement, l'instrument de labellisation invite seulement les internautes à se diriger vers l'offre légale labellisée. En aucun cas, les internautes ne sont tenus de suivre les indications de ce label et donc de se diriger vers l'offre exclusivement labellisée. En second lieu, la labellisation présente la particularité d'être pourvue de toute force contraignante à l'égard des plateformes labellisées. En effet, l'HADOPI dispose d'un pouvoir de sanction. Il lui est possible de retirer le label[53]. Dans cette hypothèse l'HADOPI doit au préalable constater qu'un titulaire de droits n'a pas donné son accord concernant la diffusion d'une offre proposée par la plateforme. La labellisation ne repose donc pas sur du droit mou.

14. La réponse graduée et la labellisation de l'offre légale sont deux instruments du dispositif d'éducation des internautes au droit d'auteur. Ce dernier ne se limite pas à ce mouvement institutionnel mené par l'HADOPI. En effet, il existe d'autres instruments à caractère éducatif. Ces instruments se manifestent de

48 - En vertu de l'article R. 331-47 du CPI, le dossier de candidature doit notamment contenir la liste des œuvres composant l'offre sur laquelle porte la demande de labellisation, les indications relatives aux conditions d'accès à la lecture, à la reproduction de ces œuvres ainsi qu'aux objets protégés. Ce dossier s'accompagne d'une déclaration sur l'honneur selon laquelle l'ensemble de l'offre est et sera proposée avec l'autorisation des titulaires de droits.

49 - En application de l'article R. 331-48 du CPI, les demandes sont publiées sur le site Internet de l'HADOPI. L'article R. 331-49 du CPI prévoit la procédure à suivre pour les titulaires de droit en cas d'objection. Les objections doivent être approuvées par le Collège de l'HADOPI. Le Collège est tenu de les transmettre au demandeur. Celui-ci dispose d'un délai de deux mois pour parvenir à un accord avec le titulaire de droits ou pour procéder au retrait des œuvres concernés par l'objection.

50 - V. art. R. 331-53 du CPI.

51 - V. art. R. 331-52 du CPI.

52 - V. art. L. 331-23 al. 2 du CPI.

53 - V. art. R. 331-54 du CPI.

manière spontanée à la différence des instruments du mouvement institutionnel. Les identifier contribue à la richesse de l'analyse.

§ 2 : Le mouvement informel

15. Les instruments du mouvement informel apparaissent au gré des usages. Ils naissent de la volonté de certains acteurs d'Internet que sont les fournisseurs d'accès à Internet (FAI), les titulaires de droits, les plateformes de partage de vidéos ou encore l'HADOPI. Ils reposent, eux aussi, sur le droit souple. En raison de leur caractère informel, ces instruments apparaissent peu organisés, ce qui nuit à leur identification. Néanmoins, ils ont tous la même vocation : sensibiliser les internautes au respect du droit d'auteur.

16. À l'initiative du gouvernement, une charte a été signée le 28 juillet 2004 entre les principaux FAI et titulaires de droits[54]. Ces engagements poursuivent un triple objectif. Ils contribuent à la fois au développement de l'offre légale de musique en ligne, au respect de la propriété intellectuelle et enfin, à la lutte contre la contrefaçon numérique[55]. Certains des engagements pris par les fournisseurs d'accès à Internet sont destinés plus particulièrement à sensibiliser les internautes au respect du droit d'auteur. Les FAI se sont ainsi engagés à ne plus encourager les échanges de fichiers contenant des œuvres protégées entre internautes, à contribuer à la promotion d'un usage responsable de l'Internet ou encore à adresser des messages de sensibilisation aux abonnés offrant ou téléchargeant illégalement des fichiers contenant des œuvres protégées[56]. Inscrite dans une démarche éducative, la charte est dépourvue de toute force obligatoire et donc de toute force contraignante. Elle constitue ainsi une illustration d'un droit à la fois doux et mou.

17. Les plateformes de partage de vidéos, comme *Youtube* ou encore *Dailymotion*, mettent quant à elles à disposition des titulaires de droits des technologies de type *Audible Magic* ou *content ID*[57]. Ces technologies ont pour but d'éviter que des vidéos protégées par des droits d'auteur apparaissent sur ces plateformes. Leur objectif est de permettre aux titulaires de droits de mieux gérer les diffusions non autorisées de leurs œuvres. En effet, les

54 - Les principaux signataires parmi les FAI sont les sociétés Wanadoo, SFR ou encore Free. Du côté des titulaires de droits, les principaux signataires sont la société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM) et la société civile des producteurs phonographiques (SCPP). V. M. Vivant et al., *Lamy droit du numérique*, Edition 2013, partie 4, n°4369.

55 - *Ibid.*

56 - En vertu de l'engagement 1.4 des FAI, des messages de sensibilisation peuvent être adressés aux abonnés offrant ou téléchargeant illégalement des fichiers protégés, à la demande des titulaires de droits.

57 - A. Debet, Responsabilité des sites de partage de vidéos : les représentants des ayants droit doivent coopérer, CCE 2011, n°7, comm. 67.

titulaires peuvent signer numériquement tous les contenus qu'ils diffusent dans la base de données. Ainsi, les contenus mis en ligne par les internautes sur ces plateformes sont comparés à cette base. Lorsqu'une correspondance est trouvée, les titulaires de droits sont mis en mesure de réagir à des contenus violant leurs droits d'auteur. Ils peuvent alors décider de bloquer une vidéo, de désactiver le son, de monétiser la vidéo grâce à la diffusion d'annonces publicitaires, ou encore de suivre les statistiques de son visionnage[58]. L'utilisation de ces technologies repose sur les conditions générales d'utilisation des plateformes ou encore d'accords passés entre certains titulaires de droits et ces plateformes[59]. Ces technologies constituent des instruments à caractère éducatif puisqu'ils responsabilisent les internautes à deux égards. En premier lieu, les internautes en créant un compte sur ces plateformes acceptent les conditions générales d'utilisation et s'engagent à respecter le droit d'auteur lorsqu'ils alimentent les bases de données. Les internautes n'en sont pas davantage éduqués. Toutefois, la procédure de retrait des vidéos mises en ligne en raison du non-respect du droit d'auteur présente un intérêt éducatif.

En effet, lorsque les vidéos mises en ligne sont supprimées des plateformes suite à une notification d'un titulaire de droits, les internautes *uploader* sont avertis. Dans cette hypothèse, il leur est possible de formuler une réclamation s'ils considèrent le retrait infondé. Il appartient au titulaire du compte de prouver qu'il ne viole aucune disposition du droit d'auteur. Il peut notamment exposer le fait que le contenu mis en ligne relève de l'une des exceptions au droit d'auteur telle que l'exception de courte citation ou encore que l'œuvre est entrée dans le domaine public. Dès lors, les plateformes sont tenues de vérifier la véracité de ces réclamations et de remettre en ligne, le cas échéant, le contenu supprimé. Les plateformes participent, dans une certaine mesure, à l'éducation des internautes au respect du droit d'auteur. En effet, les internautes *uploader* sont en mesure de contester les notifications des titulaires de droits en prenant appui sur le droit d'auteur. Les internautes les moins avertis pourront solliciter du soutien de la communauté des *youtubers* ou encore des associations de consommateurs. En second lieu, il convient de remarquer que les contenus supprimés ne sont pas déréférencés. En effet, les plateformes informent les utilisateurs que ces contenus ne peuvent plus être visionnés suite à une réclamation d'un titulaire de droits. Dans cette hypothèse, les utilisateurs se trouvent être, dans une certaine mesure, sensibilisés au respect du droit d'auteur. L'objectif de cet avertissement est de

58 - V. not. en ce sens les conditions générales d'utilisation de *youtube* : Support.google.com.

59 - M. Bourdarot, Accord signé entre *Youtube* et les auteurs français, CCE 2011, n°1, alerte 8.

diriger les internautes vers les contenus mis en ligne ou tolérés par les titulaires de droits. Néanmoins, il est regrettable, à ce jour, que les plateformes ne fassent pas apparaître de mention concernant les vidéos monétisées par les titulaires de droits.

18. En marge de ses missions de contrôle et de labellisation, l'HADOPI contribue également, de façon moins formelle, à la mise en place de séminaires de sensibilisation au respect du droit d'auteur[60]. Ils sont destinés, notamment, à la communauté éducative ainsi qu'au jeune public. Ils s'inscrivent dans l'obligation légale de formation des élèves aux outils et ressources numériques, dont l'un des volets est de sensibiliser les élèves au respect de la propriété intellectuelle sur Internet[61]. À ce titre, l'HADOPI est sollicitée par des établissements scolaires ou des enseignants. Elle accompagne ces derniers dans leur formation aux outils numériques et aux usages responsables à adopter sur Internet. L'objectif est de parfaire la formation des enseignants chargés d'informer et d'avertir les élèves sur les dangers de l'Internet. L'HADOPI s'associe également aux enseignements. Elle intervient ainsi parfois directement auprès des élèves, afin de leur proposer des ateliers de vulgarisation du droit d'auteur[62].

19. L'HADOPI encourage également toutes les initiatives privées d'acteurs de l'Internet désirant participer à la sensibilisation des internautes, notamment la rédaction de charte informatique. À ce titre, elle a élaboré un message de sensibilisation standard destiné à être diffusé par tout professionnel mettant à disposition de sa clientèle ou du public un accès à Internet[63]. L'HADOPI propose également un modèle de clause de sensibilisation aux usages responsables sur Internet[64]. Cette clause est destinée à être insérée dans une charte informatique. Ces initiatives sont louables. En effet, elles participent à la sensibilisation des internautes au droit d'auteur. Toutefois, il n'est pas certain que ces initiatives éduquent véritablement les internautes.

20. L'ensemble de ces illustrations constituent une autre manifestation du droit doux à deux égards. Tout d'abord, leur élaboration résulte d'initiative privée. Elles ne sont pas issues d'une procédure imposée par l'exécutif et le législatif. Les acteurs de l'Internet seraient donc animés par cette même volonté celle de

60 - Les différents séminaires de l'HADOPI s'inscrivent dans l'une de ses missions celle de l'encouragement au développement de l'offre légale. Ils ne se limitent pas à l'éducation des jeunes internautes. Certains séminaires sont destinés aux jeunes créateurs d'entreprises qui désirent investir dans la diffusion de contenus protégés en ligne ; offrelégale.fr.

61 - V. art. L. 312-9 du Code de l'éducation.

62 - L'HADOPI a organisé des séminaires, notamment sur les créations numériques, les licences libres ou encore sur le domaine public ; offrelegale.fr.

63 - Sur ce point, v. les articles « hadopi et vous » ; hadopi.fr.

64 - *Ibid.*

lutter contre les pratiques illégales. Ils s'accordent sur le fait que la sensibilisation des internautes au respect du droit d'auteur est un moyen de lutter contre ces usages. La charte des FAI et des titulaires de droits présente ainsi la particularité d'être issue d'une procédure de droit négocié[65]. Ces acteurs se sont regroupés pour mener des négociations, en vue d'élaborer des engagements. Ensuite, les séminaires sont nés de la pratique de l'HADOPI. Leur création s'est faite progressivement. Enfin, ces illustrations s'expriment de manière non autoritaire à travers des messages de sensibilisation. Elles sont dépourvues de toute force obligatoire. Ces messages ne font que recommander aux internautes d'adopter des usages responsables sur Internet.

21. En définitive, l'ensemble du dispositif informel repose sur la diffusion de différents messages de sensibilisation à destination des internautes. Ces messages, qu'ils soient émis par un acteur public ou privé, constituent des normes de droit souple[66]. En effet, ces messages ont une valeur normative puisqu'ils fournissent un modèle de comportement qui n'est pas imposé mais suggéré[67]. Toutefois, leur degré de normativité est faible puisqu'ils sont source de recommandation. Ce très faible degré de normativité du dispositif de sensibilisation des internautes au respect du droit d'auteur nous conduit alors à nous interroger sur son efficacité.

Section II - Les effets du dispositif de sensibilisation des internautes au respect du droit d'auteur

22. L'efficacité du dispositif de sensibilisation des internautes au respect du droit d'auteur est sans cesse remise en cause. Les critiques formulées à son encontre s'avèrent fondées au regard de la réception mitigée des destinataires (§ 1). Le dispositif, dès lors, ne peut qu'être amélioré (§ 2).

§ 1 : Une réception mitigée

23. Tout comme le dispositif répressif, le dispositif de sensibilisation montre ses limites en matière de droit d'auteur. La première concerne l'ineffectivité de l'un des engagements pris par les FAI dans la charte du 28 juillet 2004. L'effectivité des autres

65 - Pour une étude du droit négocié dans le domaine du droit d'auteur, v. J. Lapousterle, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes, Illustration à partir du droit de la propriété intellectuelle,* Thèse, Paris II, Panthéon-Assas, 2007, Dalloz, 2009.

66 - Sur la notion de norme v. A. Jeammaud, La règle de droit comme modèle, préc., p. 199. Sur la notion de norme de droit souple v. le rapport de synthèse de C. Thibierge, Association Henri Capitant, Le droit souple, *op. cit.*, p. 141-161.

67 - C. Thibierge et *al*i, *La force normative*, LGDJ, Bruylant, 2009, p. 816.

manifestations du dispositif ne soulève pas de doute. La seconde limite concerne les interrogations suscitées par la réponse graduée concernant son efficacité.

24. Il n'est pas difficile de constater que les FAI ne respectent pas leur engagement concernant la diffusion de messages de sensibilisation à destination de leurs abonnés. Leur engagement pris dans la charte du 28 juillet 2004 n'est pas effectif. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le législateur, à l'occasion du vote de la loi DADVSI, avait pris le relais en imposant aux FAI de diffuser des messages de sensibilisation à destination de leurs internautes[68]. Cette obligation légale a pris fin avec la création de l'HADOPI. Désormais, des clauses portant sur l'usage responsable de l'accès à Internet de l'abonné figurent dans les contrats d'abonnement. Elles sont destinées à informer et à avertir les abonnés des sanctions encourues en cas de réalisation d'actes de contrefaçon à partir de leur accès à Internet. En ce qui concerne les autres manifestations du dispositif, leur effectivité ne soulève pas de doute. Il n'en demeure pas moins que leur efficacité soulève des interrogations.

25. La réalisation d'enquêtes quantitatives, portant sur les biens culturels et les usages d'Internet, pour le compte de l'HADOPI permet de mesurer l'ampleur de la réception du dispositif de sensibilisation par ses destinataires[69]. Ces enquêtes s'intéressent tout particulièrement à la réception de la réponse graduée par les internautes. D'après le dernier rapport d'activité de l'HADOPI, la première recommandation a été adressée plus de trois millions de fois. Elle aurait ainsi touchée plus de 8,9 % des internautes. La seconde recommandation a, quant à elle, été adressée plus de 300 000 fois[70]. Le nombre d'internautes français avertis n'est pas insignifiant. Depuis octobre 2010, date de la mise en place de la réponse graduée, la consommation légale de biens culturels dématérialisés reste stable. La dernière enquête quantitative, publiée en juillet 2014, montre que 70 % des abonnés, ayant reçu une première recommandation, déclarent avoir diminué leur consommation illicite de biens culturels

68 - L'art. 28 de la loi DADVSI du 1er août 2006, codifié à l'article L. 336-2 du CPI, imposait aux FAI de diffuser « des messages de sensibilisation aux dangers du téléchargement et de la mise à disposition illicites pour la création artistique ». Cette obligation a été abrogée par la loi du 12 juin 2009, favorisant la diffusion et la création sur Internet.

69 - L'HADOPI et son Département Recherche, Etude et veille mènent une étude sur les pratiques et les perceptions des internautes français à l'égard des biens culturels. L'objectif est de dresser un état des lieux « du niveau de familiarité des internautes français face à la loi, et pour mieux comprendre leurs réactions et pratiques de consommation licite et illicite de biens » : Hadopi, Biens culturels et usages d'Internet : pratiques et perceptions des internautes français, janvier 2011, hadopi.fr.

70 - Depuis la mise en place de l'HADOPI en septembre 2010, 3 249 481 premières recommandations et 333 723 deuxièmes recommandations ont été adressées : Rapport d'activité de l'HADOPI, 2013-2014, préc., p. 11.

dématérialisés[71]. Après réception de la seconde recommandation, ils sont 88 % à déclarer avoir réduit leur consommation illégale[72]. Il ressort de ces études que les pratiques de consommations illicites déclarées par les internautes ont diminué depuis la mise en place de l'HADOPI. Pour autant, la consommation légale de biens culturels n'a pas augmenté et reste stable. Doit-on en déduire que les internautes privilégient d'autres modes de diffusion illégale d'œuvres protégées ? Il n'en est rien puisque cette dernière enquête révèle que parmi ces abonnés avertis, ils sont 73 % à déclarer ne pas avoir opté pour un autre mode de diffusion illégale d'œuvres protégées comme le *streaming* ou le téléchargement direct[73]. Ces chiffres sont d'ailleurs corroborés par une étude menée par l'association de lutte contre la piraterie audiovisuelle (ALPA)[74] entre 2011 et 2013[75]. Cette étude révèle, d'abord, que le nombre de fichiers partagés à partir de logiciel de *peer-to-peer* a diminué de 75 %. En revanche, elle montre que la consultation de pages Internet dédiées au téléchargement direct reste stable tout comme le nombre de fichiers téléchargés[76]. Le nombre de vidéos consultées en *streaming* a largement diminué après la fermeture de la plateforme *Megaupload* avant de repartir à la hausse[77]. La consultation des sites dédiés au *streaming* a quant à elle augmenté de façon significative en comparaison aux autres sites dédiés au partage illégal des œuvres[78]. Il est nécessaire de relativiser l'ensemble de ces résultats. En effet, une enquête, cette fois-ci qualitative, menée par l'Université de Rennes 1 et réalisée en 2012 minimise quant à elle les effets positifs de la réponse graduée. Cette étude dénonce un paradoxe. Les internautes ont pleinement conscience de l'illicéité de leur pratique, mais ils ne se considèrent pas pour autant contrefacteurs dès lors que leur consommation est, selon eux, raisonnable et non-commerciale. Dès lors, le dispositif d'éducation au respect du droit d'auteur ne semble pas conduire à la correction des comportements attendus. Ainsi, le constat résultant

71 - HADOPI, Commission de protection des droits – Chiffres clés de la réponse graduée – Point presse, juillet 2014, hadopi.fr, p. 7.

72 - *Ibid.*

73 - *Ibid.*

74 - L'ALPA regroupe certains titulaires de droits de l'audiovisuel.

75 - Le téléchargement illégal représentait 49% des usages sur Internet en 2009, il ne représente plus que 29% à ce jour : ALPA, L'audience des sites Internet dédiés à la contrefaçon en France, 1er juillet 2014, static.pcinpact.com/medias/alpapiratage.pdf, p. 8.

76 - La consultation de pages Internet dédiées au téléchargement direct représentait 35% des sites de partage illégaux en 2009 et de 33% en 2013. Les internautes ayant téléchargé au moins une fois dans le mois étaient 3,68 millions en janvier 2011 et 3,47 millions en décembre 2013.

77 - Plus de 71 millions de vidéos étaient consultées avant la fermeture de *Megaupload*, en décembre 2011. Elles ne représentaient plus que 14 millions en décembre 2013.

78 - La consultation de sites dédiés au *streaming* représentait 16% des sites de partage illégaux en 2009, elle était de 38% en 2013.

du recours au droit souple est le même que pour le droit dur. Ce sont moins les méthodes de mise en œuvre de la norme qui sont critiquées que la norme elle-même. Le droit d'auteur, inadapté à la réalité sociale, n'est plus tenu pour légitime par ses destinataires. Il ressort de ces études que la réponse graduée, qui bénéficie pourtant d'une validité formelle, souffre d'un déficit de validité axiologique puisque la conception du droit d'auteur n'est plus partagée par l'ensemble des acteurs du droit d'auteur sur Internet[79]. En conséquence, ce droit ne bénéficie plus de sa validité empirique puisque les internautes ne se conforment plus à ses normes.

26. Ce dispositif, en l'état, n'est pas satisfaisant. Il nous faut remarquer que son instrument principal présente plusieurs faiblesses. En premier lieu, la réponse graduée se limite aux abonnés dont l'accès à Internet a été utilisé pour télécharger des œuvres à partir de logiciels de *peer-to-peer*[80]. Pourtant, les dispositions législatives relatives à la réponse graduée ne visent aucune technique de contrefaçon en particulier. Néanmoins, il est, techniquement, difficile d'identifier l'accès à Internet utilisé pour le *streaming* ou encore pour le téléchargement direct. Cela ne pourrait se faire qu'en demandant les *logs*[81] aux sites et serveurs incriminés ou par le traçage des internautes[82]. Cette subordination de la répression à la facilité technique de sa mise en œuvre conduit à délégitimer la règle. Deux conséquences en découlent. D'une part, les internautes partagent un sentiment d'inaptitude de l'autorité à mettre en œuvre les règles sur lesquelles elle doit veiller. D'autre part, ils partagent également le sentiment d'impunité des internautes en mesure de contourner les mécanismes d'identification utilisés par l'HADOPI. En second lieu, les abonnés sont peu nombreux à faire l'objet de poursuites pénales. À ce jour, on dénombre seulement 16 jugements rendus dont une relaxe et 8 rappels à la loi[83]. Le volet répressif de la réponse graduée n'est donc pas effectif et l'infraction de négligence caractérisée ne remplit pas sa fonction préventive[84]. Les internautes ne craignent pas d'être poursuivis et n'ont donc aucune raison de cesser leurs pratiques contrefaisantes.

---

79 - La validité est une notion polysémique. Pour une définition, v. F. Ost, M. Van De Kerchove, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 324-351.

80 - F. Macrez, J. Gossa, Surveillance et sécurisation ce que l'HADOPI rate, préc.

81 - Les *logs* désignent les fichiers contenant les historiques des évènements d'un processus particulier comme un site Internet. V. en ce sens, H. Bitan, *Droit des créations immatérielles, Logiciels, Bases de données, Autres œuvres sur le web 2.0*, *op. cit.,* p. 123, n°196.

82 - En ce sens, HADOPI, Synthèse sur le *streaming* et le téléchargement direct quel encadrement ?, janvier 2012, lab Propriété Intellectuelle et Internet, labs.hadopi.fr.

83 - M. Rees, HADOPI, 16 jugements connus, 8 rappels à la loi, 18 juillet 2014, nextimpact.com.

84 - N. Blanc, Les sanctions en droit de la propriété intellectuelle, *in Les sanctions en droit contemporain*, (dir.) C. Chainais, D. Fenouillet, *op. cit.* p. 299-326.

27. Sur un autre plan, il s'avère également que l'avenir incertain de l'HADOPI nuit à l'efficacité du dispositif. En effet, une partie importante du dispositif de sensibilisation repose sur l'HADOPI. Or, depuis sa mise en place, les gouvernements successifs envisagent sans cesse, soit de la réformer, soit de la supprimer[85]. À tel point que ces atermoiements constants sont compris, au mieux, comme un témoignage de l'illégitimité de l'HADOPI au sein même des pouvoirs publics. Au pire, ils conduisent les internautes à douter de l'existence même du dispositif. D'après, un sondage réalisé par le CSA, un tiers des français ne connaissent pas cette autorité administrative indépendante. De surcroit, 20 % des français considèrent que l'HADOPI a fusionné avec le CSA, 9 % estiment qu'elle n'existe plus[86]. L'ensemble de ces faiblesses nuit directement à l'efficacité de la sensibilisation des internautes au respect du droit d'auteur. Le dispositif de sensibilisation des internautes au respect du droit d'auteur doit dès lors être réformé.

§ 2 : Des améliorations envisageables

28. L'étude du dispositif de sensibilisation des internautes montre que le droit souple, comme le droit dur, présente des limites en matière de droit d'auteur. Le dispositif de sensibilisation, ainsi conçu, n'a pas réussi à détourner les internautes de leurs pratiques contrefaisantes. Deux améliorations sont envisageables : développer l'offre légale et assécher l'offre illégale.

29. L'offre légale doit se démocratiser. Il est nécessaire d'attirer les internautes vers une offre légale intéressante. La majorité des internautes ne refuse pas de consommer de manière légale. Ils sont seulement insatisfaits de l'offre légale actuelle. Ils désirent une offre à la fois élargie et moins onéreuse[87]. Les services d'abonnement à la vidéo à la demande (VàD) ont aussi l'avantage de se conformer aux habitudes des internautes[88]. Ces plateformes proposent aux abonnés de visionner des films, des séries ou encore d'écouter de la musique de manière illimitée, en contrepartie d'un abonnement

85 - Une loi HADOPI 3 a été envisagée par N. Sarkozy afin d'endiguer l'apparition de nouveaux comportements chez les internautes. V. P. Roger, « Nicolas Sarkozy annonce le début de la fin d'HADOPI », 29 avril 2011, Le Monde.

86 - HADOPI, Commission de protection des droits - Chiffres clés de la réponse graduée - Point presse, préc., p. 11.

87 - Hadopi, Biens culturels et usages d'Internet : pratiques et perceptions des internautes français, préc. p. 63 ; *Consumers International*, Les obstacles à l'accès aux supports protégés par droits d'auteur, préc. p. 7-8.

88 - Les services d'abonnement à la VàD se distinguent de la simple VàD. Cette dernière permet aux internautes de louer des films, des séries sur une période définie. Les services d'abonnement permettent aux internautes d'accéder à leur catalogue de manière illimitée, moyennant le versement d'une somme mensuelle.

forfaitaire proposé à un tarif raisonnable[89]. Néanmoins, ces offres présentent l'inconvénient majeur d'être soumises à une chronologie des médias drastique. En effet, un délai doit être respecté entre la première diffusion d'une œuvre cinématographique dans les salles et les autres canaux de diffusion[90]. Il est de 36 mois concernant les services d'abonnement à la VàD[91] et de 4 mois pour la simple VàD[92]. Ce délai sert à optimiser l'exploitation des œuvres. Un tel écart n'apparait plus justifié aujourd'hui[93]. Des propositions sont ainsi faites en faveur de sa réduction[94]. Il appartient aux professionnels de l'audiovisuel de les prendre en compte dans leur lutte contre la contrefaçon numérique. Tant que ce délai sera maintenu, il sera difficile pour l'offre légale de concurrencer l'offre illégale qui n'est pas seulement moins chère, mais aussi beaucoup plus complète et réactive.

30. Le rapport de Madame Mireille Imbert-Quaretta sur les « Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne » formule deux propositions intéressantes. La première concerne l'instauration d'une liste noire des plateformes « qui portent massivement atteinte au droit d'auteur »[95]. Cette liste serait élaborée par une autorité publique, à partir d'informations transmises par les titulaires de droits. Elle complèterait la liste des sites labellisés par l'HADOPI. La seconde concerne l'asséchement des ressources financières des sites massivement contrefaisants[96]. Le rapport invite les acteurs de publicité et de paiement en ligne à signer des chartes, dans lesquelles ils s'engageraient à ne plus diffuser de bandeaux publicitaires sur ces sites et à bloquer les paiements en ligne à destination de ces sites. La première charte a été signée le 23 mars 2015 entre certains acteurs de la publicité en ligne et

89 - Les services d'abonnement à la VàD ne dépassent pas les 12 euros par mois.

90 - D'après, l'art. L. 232-1 et L. 234-1 du Code du cinéma et de l'image animée, la chronologie des médias est déterminée au moyen d'accords professionnels. Ils peuvent être rendus obligatoires par arrêté du Ministre de la culture.

91 - V. l'art. 1.6 de l'arrêté du 9 juillet 2009 pris en application de l'article 30-7 du code de l'industrie cinématographique.

92 - *Ibid.*

93 - Sur ce point, v. V. P. Lescure, *Mission « Acte II de l'exception culturelle », Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, Rapport pour le Ministre de la culture et de la communication, préc., p. 100 et s.

94 - Le Rapport Lescure propose de réduire la chronologie des médias concernant les services d'abonnement à la VOD à 18 mois. La CNC propose de réduire ce délai à 22 mois.

95 - V. M. Imbert-Quaretta, *Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne*, Rapport à Madame la ministre de la culture et de la communication, mai 2014, culturecommunication.gouv.fr, p. 12.

96 - V. M. Imbert-Quaretta, *Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne*, préc. p. 5.

les principaux représentants des titulaires de droits[97]. Si l'ensemble de ces propositions étaient mises en place, elles pourraient réduire l'offre illégale. Elles sont destinées à compléter le dispositif de sensibilisation des internautes au respect du droit d'auteur. Désormais, les dispositifs envisagés ne visent plus les internautes, mais les intermédiaires. De plus, ils reviennent à des logiques coercitives, même si elles restent adossées à une concertation entre les acteurs du secteur. Ces propositions semblent donc prendre le contre-pied du mécanisme d'éducation établi par l'HADOPI. Rien ne permet d'affirmer que ce dispositif, s'il était complété, bénéficierait d'une meilleure réception de la part des destinataires. Le cas échéant, la suppression de ce dispositif devra être envisagée.

31. La réception très mitigée du dispositif de sensibilisation par les internautes renforce l'idée selon laquelle le droit d'auteur serait en crise[98]. L'objectif du dispositif de sensibilisation des internautes n'est pas atteint. Ce droit éducatif, instrument juridique du droit souple, ne permet pas de consolider les bases du droit d'auteur. Les internautes refusent de respecter un modèle économique d'un droit d'auteur qu'ils estiment dépassé et qui repose essentiellement sur l'exploitation d'œuvres physiques. Il apparait, au travers de cette illustration, que le droit d'auteur n'est plus en adéquation avec les attentes d'une partie du public. Les internautes ne désirent plus acquérir des œuvres, mais simplement les consulter. En outre, ils veulent être libres de transformer des œuvres. Le droit d'auteur limite ainsi les opportunités qu'offrent Internet et le numérique au public. Dès lors, la solution ne peut plus résider dans l'adaptation du droit d'auteur aux nouvelles technologies. Par conséquent, il conviendrait de redonner de la vigueur aux bases du droit d'auteur en adoptant une construction plus équilibrée dans l'intérêt des aspirations du public ainsi que la protection des auteurs et des exploitants. À ce titre, le libre, tout en prenant appui sur le droit d'auteur qui ouvre une perspective contractuelle, constitue un modèle de rééquilibrage

97 - Les principaux signataires de cette charte sont, du côté des titulaires de droits, l'ALPA et la SACEM, du côté des annonceurs, le seul signataire est l'Union des annonceurs (UDA). V. Charte des bonnes pratiques dans la publicité pour le respect du droit d'auteur et des droits voisins, 23 mars 2015, culture.gouv.fr.

98 - La communauté scientifique s'interroge sur l'avenir du droit d'auteur. V. en ce sens, R. Hilty, L'avenir du droit d'auteur « dans le dilemme numérique », RLDI 2005, n°1, p.51. L'auteur explique qu'une réflexion approfondie s'impose sur « la manière d'assurer un juste rééquilibrage entre les intérêts des auteurs, de l'industrie culturelle qui investit et les intérêts du public ». J.C. Ginsburg, L'avenir du droit d'auteur : un droit sans auteur ?, *CCE* n°5, Mai 2009, étude 10 ; A. Latreille, L'avènement d'un droit d'auteur sans auteur, Dr. et patrimoine, 2007, n°162, p. 28 ; G. De Lacoste Lareymondie, Le droit d'auteur est-il une notion périmée ?, nonfiction.fr. ; C. Caron, *Bahia de tous les saints* : un monde sans droit d'auteur, CCE, 2007, repère 9.

des droits entre les créateurs d'une œuvre et ses destinataires[99]. En effet, selon le type de licence, chaque licencié peut librement utiliser l'objet protégé et, même parfois, le modifier. Toutefois, ce rééquilibrage n'apparait pas suffisant à deux égards. D'une part, ce modèle exclut les exploitants et, d'autre part, en pratique, il se trouve être entravé par la gestion collective des droits. Dès lors, d'autres pistes de rééquilibrage sont envisageables. Il conviendrait, à un faible degré, d'adopter de nouvelles exceptions légales et, à un plus fort degré, d'associer le public à l'élaboration d'un nouveau modèle du droit d'auteur, ce qui permettrait de renforcer la légitimité de cette norme.

99 - L'idéologie du libre repose sur l'idée que, dans l'intérêt de la communauté, la connaissance doit être partagée et non réservée. Toute œuvre doit être largement diffusée au public et librement modifiée pour être améliorée. À ce titre, les auteurs, adhérant à ce modèle, concèdent différentes licences au public. Les licences libres prennent appui sur le droit étatique et ne contestent pas le bienfondé du droit d'auteur : c'est une autre manière d'utiliser les prérogatives de l'auteur. V. M. Clément-Fontaine, *Les œuvres libres*, Thèse, Montpellier I, 2006, p. 12, n°10 ; V.- L. Bénabou, Le libre, *in Les concepts émergents en droit des affaires*, E. Le Dolley (dir.), LGDJ, 2010, p. 57.

LA CIRCULATION DES ŒUVRES NUMERIQUES

Valérie Varnerot,
Maître de conférences en droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne, HDR

L'œuvre numérique n'avait pas jusqu'à très récemment de définition. Le rapport *Numérique et droits fondamentaux* du Conseil d'État[1] donne une première acception de l'œuvre numérique. Selon cette dernière, l'œuvre numérique inclut les logiciels et les bases de données et se distingue des usages numériques des œuvres culturelles, entendus comme la numérisation et leur diffusion sur internet[2]. Cette esquisse de définition doit pourtant être écartée. D'une part, elle est réductrice dans la mesure où elle ignore la principale catégorie d'œuvres numériques que sont les œuvres multimédia[3]. D'autre part, elle est trop extensive. En effet, les bases de données ne se réduisent pas aux technologies numériques. Une base de données sur support non numérique n'en est pas moins éligible à la protection du droit d'auteur[4]. Cette définition semble donc trop imprécise pour être retenue.

L'œuvre numérique peut être définie par référence à la nature numérique de son support d'expression. Cette approche implique de préciser la notion de technologie numérique, comprise comme un système de «représentation de l'information ou de grandeurs physiques, telles que les sons ou les images par un nombre fini de valeurs discrètes, le plus souvent représentées de manière binaire par une suite de 0 et de 1»[5]. Ainsi entendue, l'œuvre numérique regroupe deux catégories distinctes. D'une part, elle embrasse les œuvres conçues au moyen de la technologie numérique. Elle appréhende alors les œuvres logicielles ainsi que les œuvres ayant une armature logicielle, sans pour autant s'y réduire, à l'instar des œuvres multimédias et des bases de données ayant cette propriété. D'autre part, elle s'étend aux œuvres numérisées, c'est-à-dire aux œuvres de l'esprit, quels qu'en soient la nature et le support initial, qui sont reproduites par cette technique. Cette définition de l'œuvre

1 - La documentation française, 9 sept. 2014.

2 - *Ibid.*, p. 124.

3 - CSPLA, *Le régime juridique des œuvres multimédia,* La Documentation française, 2005.

4 - CPI, art. L112-3 définit les bases de données comme un «recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou *par tout autre moyen*». La jurisprudence considère que le support de la base de données est indifférent à sa définition et qu'elle peut être sur support papier, Paris, 12 sept. 2001, *Sté Tigest*, JCP G 2002, II, 10000, note Pollaud-Dulian.

5 - *Numérique et droits fondamentaux, op. cit.,* p. 9.

numérique ne tend évidemment pas à créer une nouvelle catégorie d'œuvre de l'esprit, sauf à méconnaître le principe cardinal de la propriété littéraire et artistique d'indifférence du support de l'œuvre. L'outil numérique n'est qu'une technique de représentation de l'information qui n'affecte en rien la protection de l'œuvre.

Toutefois, le numérique a, comme le souligne le rapport du Conseil d'Etat, une «puissance transformatrice» qui procède de «sa capacité à exprimer des réalités disparates, telles que les sons, images ou textes, dans un langage commun universel ouvrant la possibilité de les traiter de manière systématique et de les mettre en relation»[6]. En d'autres termes, le numérique confère une propriété particulière à ce qu'il saisit, à savoir la capacité de circuler sur les réseaux numériques. Les œuvres numériques se caractérisent donc par leur à la circulation. Elles sont, abstraction faite des éventuelles mesures techniques de protection, reproductibles et communicables à l'infini sans connaitre les entraves liées à une circulation physique sous la forme de biens matériels. Mais si la propriété spécifique des œuvres numériques est leur capacité à une circulation fluide, cela n'implique nullement que cette circulation soit libre. En effet, la circulation sur les réseaux numériques suppose une multitude d'actes de reproduction et/ou de représentation nécessaires à un acheminement du lieu de stockage vers le lieu de consultation finale par l'internaute. Or, les actes de reproduction et de représentation forment le socle du monopole d'exploitation de l'auteur. En d'autres termes, eu égard à la définition large des droits de reproduction[7] et de communication au public retenue par la Cour de justice de l'Union[8], tous ces actes sont potentiellement subordonnés à l'autorisation préalable des titulaires de droits, sauf à être considérés comme contrefaisants. L'application du droit d'auteur affecte donc, en retour, les règles de fonctionnement de l'Internet.

6 - *Ibid.*

7 - CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-5/08, *Infopaq International*, Comm. com. électr. 2009, comm. 97, Caron, jugeant qu'au regard du 21e considérant, « la protection conférée par l'article 2 de la directive 2001/29 doit avoir une portée large » et que, « compte tenu de l'exigence d'une interprétation large de la portée de la protection conférée par l'article 2 de la directive 2001/29, il ne saurait être exclu que certaines phrases isolées, ou même certains membres de phrases du texte concerné, soient aptes à transmettre au lecteur l'originalité d'une publication telle qu'un article de presse, en lui communiquant un élément qui est, en soi, l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur de cet article. De telles phrases ou de tels membres de phrase sont donc susceptibles de faire l'objet de la protection prévue à l'article 2, sous a), de ladite directive » (points 41, 43 et 47).

8 - CJUE, 4 oct. 2011, aff. jtes C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League Ltd*, Comm. com. électr. 2011, comm. 110, Caron, point 193 ; 13 févr. 2014, aff. C-466/12, *Nils Svensson et a. c/ Retriever Sverige AB*, 2014, comm. 34, Caron, Propr. intell. 2014, n° 51, p. 165, obs. Lucas ; Europe 2014, comm. 179, obs. Roset, point 17, estimant que « le droit de communication [...] doit être entendu de manière large ».

Bien qu'il soit fréquemment tenu pour un espace de liberté, Internet n'est nullement une zone de non-droit. Cependant, il constitue un espace déterritorialisé où les règles étatiques peinent à imposer leur force contraignante et où les acteurs tendent à se doter de normes spontanées. Le glissement d'un modèle pyramidal à un modèle en réseau[9] ne se fait pas sans entraîner des conflits de normativités. Ainsi, l'application de la propriété littéraire et artistique à la circulation des œuvres numériques heurte le principe de libre circulation de la connaissance sur internet. Par exemple, le dispositif dit de la réponse graduée reposerait, selon la Quadrature du net, sur une conception archaïque «d'un droit d'auteur maximaliste, complètement inadapté à l'ère numérique», refusant de voir que «le partage est au fondement même de la culture et de la création»[10]. En ce sens, les communautés numériques revendiquent un ensemble de libertés numériques[11] dont le respect nécessiterait autant d'adaptations du droit d'auteur. De manière très schématique, un nouveau modèle du droit d'auteur devrait chasser un modèle désuet. Pour le dire autrement, « l'œuvre ouverte »[12], c'est-à-dire placée par la volonté de son créateur sous un régime de licence libre[13], serait la seule à répondre à l'exigence de mise en partage des créations culturelles que « l'œuvre fermée » ne peut accueillir.

La coexistence entre ces deux modèles du droit d'auteur est souvent pensée en termes d'opposition. Alors que l'œuvre fermée répond au modèle propriétaire et renvoie au *copyright,* l'oeuvre ouverte ou libre renvoie au *copyleft* ou gauche du droit d'auteur[14]. D'un côté, le modèle propriétaire exclut autrui des utilités de la création, toutes réservées à son titulaire. L'œuvre fermée se caractérise par l'attribution d'un droit exclusif à son propriétaire d'interdire ou d'autoriser les actes

9 - L. Duong, Les sources du droit de l'Internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau, D. 2010, p. 783.

10 - laquadrature.net/fr/HADOPI

11 - Sur la tension entre droit étatique et régulation des communautés numériques, V., not. P. De Filippi et M. Dulong de Rosnay, « Le pirate informatique, un explorateur des courants juridiques du réseau », Tracés 1/ 2014 (n° 26), p. 43-65 ; V. Varnerot, La propriété littéraire et artistique en réseau, Comm. com. électr. 2013, étude 4.

12 - La terminologie fait volontairement écho à *L'œuvre ouverte* (U. Eco, Seuil, 1965, Seuil, Point, Essai, 1979) qui rompt avec le solipsisme antérieur des œuvres classiques. L'œuvre ouverte émancipe le lecteur-récepteur du rapport d'autorité de l'œuvre. Indéterminée, l'œuvre ne peut prétendre à un état d'achèvement, toujours partiel et précaire, que par l'interprétation du lecteur-récepteur.

13 - S. Dussolier, Les Creative Commons : outils du maître à l'assaut de la maison du maître, Propr. intell. 2006, n° 18, p. 10 ; Gaudillière, Licences de logiciels libres et risques juridiques, Comm. com. électr. 2005, étude 16 ; M. Dulong de Rosnay, Le partage créatif, un système de gouvernance de la distribution d'œuvres en ligne, RLDI 2005/2, p. 35 ; C. Caron, Les licences de logiciels dit libres à l'épreuve du droit d'auteur français, D. 2003, 1556.

14 - C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2013, 3e éd., p. 6 ; M. Xifaras, Le *copyleft* et la théorie de la propriété, Multitudes 2010/2, p. 50.

d'utilisation de l'œuvre moyennant rémunération. D'un autre côté, l'œuvre libre[15], placée par la volonté de son auteur sous le régime d'une licence libre, propose, contre un modèle qui exclut, un modèle qui inclut les tiers. Ces deniers doivent pouvoir librement accéder à l'objet protégé, l'utiliser, voire le modifier. Aussi les licences libres concèdent-elles des libertés au public[16]. Toutefois, L'opposition entre les modèles libre et propriétaire doit être nuancée. L'œuvre ouverte n'est jamais totalement libre et, réciproquement, l'œuvre fermée n'est pas complétement réfractaire aux libertés numériques du public.

D'un côté, en effet, l'œuvre ouverte n'existe et ne s'épanouit qu'à l'ombre du modèle propriétaire. Le support juridique de l'œuvre libre est, en effet, la licence. Or, cet outil suppose l'existence d'un modèle propriétaire. Si l'auteur peut concéder des libertés aux internautes, voire renoncer à ses droits dans les limites compatibles avec la législation interne comme le propose la licence Creative commons zéro[17], c'est parce que le droit étatique lui confère en amont un droit subjectif dont les prérogatives lui en donnent le pouvoir. Autrement dit, l'un n'existe que par l'autre[18]. Par ailleurs, la dénomination «œuvre libre» est une appellation trompeuse. Comme le montre Mme Clément-Fontaine, l'acceptation de la licence instaure une relation contractuelle entre l'auteur de l'œuvre libre et l'utilisateur-licencié[19]. Or, pour libre qu'elle soit, la licence en cause puise dans le droit étatique sa force obligatoire. Elle a donc un caractère contraignant pour les deux parties. Notamment, l'internaute ne peut utiliser l'œuvre que dans le respect des conditions de la licence dont il bénéficie[20]. Enfin, empruntant leur force contraignante au droit étatique sur lequel elles prennent appui, la validité desdites licences est inévitablement dépendante des prescriptions impératives qui s'y attachent. En ce sens, l'exigence de non-contradiction obère la validité de certaines formes contractuelles et, notamment, de celles autorisant les modifications de l'œuvre libre, laquelle s'apparente à

15 - M. Clément-Fontaîne, *L'œuvre libre,* Larcier, 2014, *Les œuvres libres*, Montpellier, Ercim, 2006.

16 - V. L. Benabou, Le libre, *in Les concepts émergents du droit des affaires*, ss dir. F. Le Dolley, LGDJ, 2010, p. 57.

17 - http://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0

18 - V. L. Benabou, Le libre, préc., p. 57.

19 - M. Clément-Fontaine, L'œuvre libre, JCL, fasc. 1975, n°12 s. ; *contra* P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. droit fondamental, 2010, 7e éd., n° 532, p. 575.

20 - Les licences Creative Commons prévoient que « Toute violation par l'Acceptant des clauses de cette Licence entraînera sa résiliation automatique et la fin des droits qui en découlent» ; V., plus sévère, P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, p. 576, note 2, estimant que le non-respect des stipulations de la licence entraîne sa résolution aux torts de l'usager indélicat devenant corollairement contrefacteur.

une renonciation anticipée au droit au respect de l'œuvre[21]. Ainsi, l'œuvre libre, mue par un esprit de partage, favorise indéniablement la libre circulation de l'œuvre numérique. Mais l'outil n'est ni dépourvu de contraintes, ni de risques.

D'un autre côté, et en sens inverse, le modèle propriétaire n'est peut-être pas aussi réfractaire au partage des œuvres culturelles qu'une présentation rapide peut le laisser penser. En effet, le droit d'auteur s'adapte à son environnement numérique. Il est désormais tenu de pactiser avec l'exercice des libertés numériques. Or, la conciliation du droit d'auteur avec les libertés numériques fait apparaître, par petites touches essentiellement jurisprudentielles, un nouvel équilibre entre les droits de l'auteur et l'intérêt du public. Cet équilibre n'est ni stable, ni définitif. Mais il est possible d'en esquisser les grandes lignes. L'articulation entre les libertés numériques du public et le respect du droit de propriété intellectuelle de l'auteur favorise la circulation de l'œuvre à l'identique (Section 1) sans parvenir encore à créer un cadre propice à sa circulation sous une forme modifiée (Section 2).

Section I - La circulation de l'œuvre à l'identique

Impliquant à la fois des actes de reproduction[22] et de communication au public de l'œuvre[23], la circulation de « l'œuvre fermée » sur les réseaux numériques est subordonnée à l'autorisation préalable du titulaire des droits. À cet égard, l'interprétation large des droits de reproduction[24] et de communication au public[25] retenue par la Cour de justice tend à accroître le champ d'application du contrôle des titulaires de droits au détriment de la libre circulation des œuvres. Pourtant, le droit positif crée un contexte favorable à la circulation numérique de l'œuvre à l'identique. D'une part, la numérisation des œuvres, qui, par hypothèse, sont destinées à être diffusées sur le réseau numérique, est incontestablement encouragée (§ 1). D'autre part, la circulation des œuvres numériques est favorisée par l'affirmation jurisprudentielle à la fois de libertés économiques des intermédiaires techniques et de libertés numériques du public (§ 2).

21 - Civ. 1, 28 janv. 2003, D. Aff. 2003, p. 559 ; C. Caron, Les licences de logiciels dits libres à l'épreuve du droit français, D. 2003, p. 1556 et Trois polémiques autour de la carte et le territoire, Comm. com. électr. 2010, repère 2.

22 - TGI Paris, réf., 5 mai 1997, RTDcom. 1997 p. 457, obs. Françon ; Fl. M. Piriou, La numérisation des livres sans autorisation constitue un délit de contrefaçon, Comm. com. *électr.* 2010, étude 11.

23 - TGI Epinal, réf., 24 oct. 2000, Comm. com. électr .2000, comm. 125, Caron ; TGI Paris, 25 juin 2009, RDLI oct. 2009, n°1790.

24 - CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-5/08, *Infopaq International*, préc.

25 - CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, *Nils Svensson et a. c/ Retriever Sverige AB*, préc.

§1 : La numérisation encouragée

La numérisation des œuvres ainsi que leur exploitation numérique est encouragée par une série de mesures spéciales. Il en va ainsi de la modernisation du contrat d'édition et de son adaptation à l'univers numérique[26] ou du nouveau régime des œuvres journalistiques issu de la loi HADOPI 1[27]. Mais ce sont les dispositions générales qui retiennent l'attention. Alors que le droit moral évolue opportunément pour s'adapter à l'univers numérique (A), l'encouragement à la numérisation emporte la création d'exceptions et de limitations nouvelles (B).

A. L'adaptation du droit moral

Par un arrêt en date du 11 décembre 2013, la Cour de cassation a estimé que «le droit de divulgation s'épuise par le premier usage qu'en fait l'auteur»[28]. Elle ainsi mis fin à une longue controverse relative à la portée du droit de divulgation. Désormais, il ne peut plus être soutenu que le droit de divulgation renaît à chaque nouveau mode d'exploitation. Toutefois, le contexte dans lequel la décision a été rendue permet de prendre la mesure de sa portée. En effet, l'auteur, demandeur à l'action en contrefaçon, estimait que son droit de divulgation avait été méconnu dans la mesure où il avait consenti à une publication papier de ses œuvres et non à leur exploitation sous forme numérique. Il considérait donc que cette dernière portait atteinte à son droit de divulgation, ce qui est écarté par la Cour de cassation. Certes, l'arrêt à une portée plus large que la simple dichotomie support papier/numérique. Mais il n'en reste pas moins que l'épuisement du droit de divulgation facilite la numérisation des œuvres divulguées, *a fortiori* quand elles sont tombées dans le domaine public. Le monopole étant éteint, il n'est plus possible de s'opposer à l'exploitation de l'œuvre sous forme numérique. À ce titre, la QPC relative à loi du 1er mars 2012 sur l'exploitation des livres indisponibles du 20ème siècle[29] permet de saisir toutes les virtualités de l'épuisement du droit de divulgation

26 - Ord. n° 2014-1348, 12 nov. 2014 modifiant les dispositions du code de la propriété intellectuelle relatives au contrat d'édition, JO 13 nov. 2014 ; N. Georges, La réforme du contrat d'édition dans le secteur du livre à l'ère numérique, Comm. com. élect. 2014, entretien 10 ; CSPLA, *Le contrat d'édition à l'heure numérique*, Propositions finales, Mission Sirinelli, 25 févr. 2013, 9 p. ; L. de Carvhalo, Le contrat d'édition à l'heure numérique, Légicom 1/2014, n°51, p. 31.

27 - R. Drai, La réforme du droit d'auteur des journalistes par la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009, Comm. com. électr. 2009, étude 18.

28 - Civ. 1, 11 déc. 2013, Comm. com. électr. 2014, comm. 15, Caron.

29 - F. M. Piriou, Nouvelle querelle des anciens et des modernes : la loi du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles, Comm. com. *électr.* 2012, étude 17; F. Macrez, L'exploitation numérique des livres indisponibles : que reste-t-il du droit d'auteur ?, D. 2012, p. 749.

en matière d'exploitation numérique des œuvres littéraires. Dans sa décision, le Conseil relevait dans un curieux considérant que «les dispositions contestées n'affectent ni le droit de l'auteur au respect de son nom, ni son droit de divulgation, lequel, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, s'épuise par le premier usage qu'il en fait»[30]. L'épuisement du droit de divulgation consolide de la sorte la sécurité juridique des exceptions et limitations soutenant l'exploitation numérique des œuvres de l'esprit qui ne risquent plus de se heurter à une prérogative épuisée.

B. Les aménagements des droits d'exploitation

Les droits d'exploitation ne sont pas absolus et cèdent devant un ensemble d'exceptions et de limitations[31]. Certaines d'entre elles favorisent incontestablement la numérisation des œuvres et leur exploitation numérique. Les exceptions et limitations en faveur de l'exploitation numérique des œuvres ont, comme leur nom l'indique, pour effet de minorer les prérogatives attachées au droit d'auteur. Mais elles n'ont pas toutes la même portée. En effet, l'atteinte portée aux droits d'exploitation n'est pas de même nature dans le cadre de l'exception de conservation et de consultation des œuvres en faveur des bibliothèques accessibles au public et services apparentés[32] et de l'exploitation numérique des livres indisponibles du 20e siècle[33]. L'une est une exception[34] qui fait échapper un acte au monopole en considération d'un intérêt différent et jugé supérieur[35]. Aussi la Cour de justice estime-t-elle que l'exception « vise à promouvoir l'intérêt public lié à la promotion des recherches et des études privées par la diffusion des connaissances »[36]. L'autre s'apparente à une licence légale des droits d'exploitation numérique des livres

30 - Déc., n°2013-370, QPC, 28 févr. 2014, cons. 15, Comm. com. électr. 2014, étude 6 par J.-M. Bruguière ; RLDI avr. 2014, n° 3424, note Derieux ; Propr. intell. 2014, n° 51, p. 169, obs. Lucas.

31 - C. Geiger, La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle, D. 2010, 510 ; Droit d'auteur et droit du public à l'information, D. 2005, 2683.

32 - C. Alleaume, Les exceptions au bénéfice des bibliothèques, des musées et des services d'archives, Légicom 2007/6, p. 25 ; T. Dreier, Musées, bibliothèques et archives : de la nécessité d'élargir les exceptions au droit d'auteur, Prop. intell. 2012, n°42, p. 185.

33 - V. *supra* note 29.

34 - CPI, art. L. 122-5-8° : « Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : [...] 8°. La reproduction d'une œuvre et sa représentation effectuées à des fins de conservation ou destinées à préserver les conditions de sa consultation à des fins de recherche ou d'études privées par des particuliers, dans les locaux de l'établissement et sur des terminaux dédiés par des bibliothèques accessibles au public, par des musées ou par des services d'archives, sous réserve que ceux-ci ne recherchent aucun avantage économique ou commercial ».

35 - Sur la distinction exceptions/limites du droit d'auteur, v. P. Gaudrat et F. Sardain, De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur, Comm. com. électr. 2005, étude 37.

36 - CJUE, 4e ch., 11 sept. 2014, aff. C-117/13, *Comm. com.* électr. 2014, comm. 84, Caron ; RTDcom. 2014, p. 800, obs. Pollaud-Dulian.

indisponibles[37], sans transfert de droits, ni caractère impératif. De même, alors que la première n'est pas compensée, la seconde donne lieu à rémunération.

Toutes deux ont pour objectif commun de favoriser l'accès du public aux œuvres par le biais de leur numérisation[38]. Aussi dessinent-elles un nouvel équilibre entre le respect des droits de l'auteur et l'intérêt du public à l'heure numérique. D'un côté comme de l'autre, la minoration des droits de l'auteur trouve son fondement dans «la conservation et la mise à disposition du public» sous forme numérique d'exemplaires soit menacés de dégradation, soit indisponibles. La «conservation et la mise à disposition du public» de telles œuvres constitue, en effet, un «motif d'intérêt général» justifiant l'atteinte au droit de propriété[39]. L'intérêt du public prime les droits de l'auteur et justifie une reproduction et une diffusion numérique à laquelle il n'appartient pas à l'auteur de consentir.

Ainsi érigé en «motif d'intérêt général», « la conservation et la mise à disposition du public sous forme numérique » des œuvres indisponibles ou difficilement accessibles justifie des restrictions proportionnées aux droits des auteurs et favorise l'exercice effectif de la liberté d'accès à des œuvres de l'esprit inaccessible ou difficilement accessibles autrement que sous forme numérique. Mais la liberté d'accéder à l'œuvre sous forme numérique n'implique nullement la liberté de la faire circuler sur les réseaux numériques. Faute d'avoir été préalablement autorisée, la communication au public en ligne d'œuvres protégées est assurément contrefaisante[40]. La circulation des œuvres numériques ne s'en trouve pas pour autant paralysée et les libertés du public inhibées. L'articulation du droit d'auteur et des libertés fondamentales favorise la circulation des œuvres numériques.

---

37 - E. Zola-Place, L'exploitation numérique des livres indisponibles du 20° : une gestion collective d'un genre nouveau, *Legipresse* 2012, n°295, p. 362 ; C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis 2013, 3°éd., p. 413.

38 - Cela est remarquable dans la décision C-117/13 du 11 sept. 2014. L'exception soumise à l'examen de la CJUE porte une limitation au seul droit de communication au public. Or, la représentation de l'œuvre nécessite sa numérisation et donc sa reproduction préalable. Afin de préserver « sa substance, voire son effet utile », sans écorner le principe d'interprétation large des droits, la Cour convoque une autre exception visant les « actes de reproduction spécifiques effectués par des bibliothèques accessibles au public (...) qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect » et décide que « le droit de numériser les œuvres faisant partie de leurs collections, si cet acte de reproduction est nécessaire aux fins de la mise à la disposition des usagers de ces œuvres, au moyen de terminaux spécialisés, dans les locaux de ces établissements ».

39 - Cons. const., n°2013-370, préc.

40 - Paris, pôle 5, ch. 12, 22 mars 2011, *SPPF et SCPP c/ société Mubility et al.,* RTDcom. 2011, p. 354 ; Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 11-84.224, *Sté Mubility et al.*, Propr. intell. 2012, n° 46, p. 80, obs. Lucas ; Gaz. Pal. 2013, jurispr. p. 1054, note Marino.

§2 : **La circulation numérique favorisée**

Le nécessaire respect tant des libertés numériques du public que des libertés économiques des opérateurs du commerce électronique favorise la circulation des œuvres numériques. Toutefois, alors que l'affirmation des premières lève les obstacles à la circulation licite des œuvres numériques (A), le respect des secondes ne décourage pas nécessairement leur circulation illicite (B).

A. Les libertés numériques du public

La reconnaissance de la liberté de naviguer (2) et la liberté de lier (3) repose sur la consécration de la liberté d'accès à internet (1).

1) La liberté d'accès à internet

Le principe constitutionnel de liberté de communication et d'expression «*inclut la liberté d'accès à internet*» en raison de *«l'importance prise par les services de communication en ligne pour la participation à la vie démocratique et à l'expression des idées et opinions»*[41]. De ce principe découlent deux conséquences. D'une part, eu égard à la nature de la liberté, le législateur ne peut confier le pouvoir de suspendre l'accès à internet *« à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins* ». La peine de suspension d'accès sanctionnant la négligence caractérisée dans l'obligation de sécurisation de l'accès a depuis été supprimée[42]. D'autre part, la liberté d'expression protège non seulement des contenus mais aussi les moyens techniques qui permettent de les diffuser[43]. Selon l'expression du professeur Caron, «bénéficie de la liberté d'expression celui qui s'exprime sur internet ou offre les moyens de le faire, y compris à titre onéreux»[44]. En ce sens, la Cour européenne considère que l'article 10 de la convention doit s'appliquer tant à la communication au moyen de l'Internet qu'aux moyens techniques mis à disposition des internautes et ce, quel que soit le type de message qu'il s'agit de véhiculer. Ainsi, la liberté d'expression s'applique à tout contenu, y compris contrefaisant et/ou à vocation commerciale. Le contrefacteur bénéficie donc de la liberté d'expression : «Contrefaire, c'est s'exprimer», certes

41 - Cons. Const., 10 juin 2009, n°2009-580 DC.

42 - Décret n° 2013-596 du 8 juillet 2013 supprimant la peine contraventionnelle complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne et relatif aux modalités de transmission des informations prévue à l'article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle, JO 9 juill. 2013, p. 11428.

43 - CEDH, 19 févr. 2013, n°40397/12, *Neij et Komisoppi*, Comm. com. électr. 2013, comm. 63.

44 - *Ibid.*

illicitement, mais s'exprimer quand même. Par conséquent, l'éligibilité des techniques ou des contenus de communication à la protection de la liberté d'expression n'est pas sans conséquence sur la lutte contre la contrefaçon, désormais érigée en objectif à valeur constitutionnelle[45], dont la réalisation risque de s'en trouver affectée. Protéger les techniques et modes d'expression contrefaisants au titre de la liberté d'expression risque d'entraver la réalisation de l'objectif de lutte contre la contrefaçon.

Certes, la liberté d'expression n'est pas absolue et peut faire l'objet de restrictions nécessaires dans une société démocratique et proportionnées en vue de la protection des droits d'autrui. À ce titre, le droit au respect des biens, qui couvre les droits de propriété intellectuelle, constitue un but légitime. Mais s'agissant d'apprécier la proportionnalité des restrictions, la nature du discours retrouve toute son importance. La Cour estime, en effet, que si les États disposent d'une importante marge d'appréciation quand ils réglementent l'exercice de la liberté d'expression dans le domaine commercial, celle-ci est, en revanche, presque inexistante en matière politique[46]. Ainsi, dans l'affaire *Pirate Bay*, la considération de la nature commerciale de la communication contrefaisante a permis de conclure à l'absence de violation de la liberté d'expression. Toutefois l'inauguration par la Cour de cassation de la technique de la balance des intérêts entre le droit d'auteur et la liberté d'expression montre que le premier n'est plus assuré d'aucune prééminence dès lors que la seconde épaule un discours d'ordre politique voire artistique[47]. En retour, le droit d'auteur ne saurait faire obstacle ni à la liberté de naviguer, ni de lier des internautes.

2) La liberté de navigation

La liberté d'expression est à la fois la liberté de recevoir et de communiquer des idées ou des informations. Le «droit d'informer» a donc pour corollaire «le droit du public à l'information»[48]. Appliquée à la liberté de communication en ligne, cette définition implique la reconnaissance d'une liberté de navigation au profit de l'internaute. Cette dernière entre en conflit avec le droit d'auteur. En effet, la navigation suppose, pour pouvoir accéder aux œuvres multimédia,

45 - Cons. const., 10 juin 2009, Loi « sur la protection de la création sur internet », n° 2009-580 DC, D. 2009, 1770, Bruguière.

46 - CEDH, 10 janv. 2013, n°36769/08, *Ashby Donald*, Comm. com. électr. 2013, comm. 39, Caron.

47 - Civ. 1ère, 15 mai 2015, *Klasen c. Malka*, Comm. com. électr. comm. 55, Caron ; RTDCom 2015, 515, obs. Pollaud-Dulian ; M. Vivant, La balance des intérêts... Enfin, Comm. com. électr. 2015, étude 17.

48 - J. P. Gridel, Le droit à la vie privée et la liberté d'expression, *in* Bull. Inf. C. Cass., 15 mars 2003, n°573, doct.

d'effectuer des actes de reproduction dont l'internaute n'est souvent pas conscient. Ainsi, la consultation d'un site implique la réalisation de copies « caches » dans la mémoire temporaire du terminal, qui ont pour but de fluidifier l'acheminement des données, ainsi qu'une copie « écran » à partir de laquelle il peut lire les données.
Or, la définition large du droit de reproduction retenue par l'article 2 de la directive 2001/29/CE, entendu comme «le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie», entrave inévitablement la liberté de navigation de l'internaute. L'ensemble des copies qu'il réalise, volontairement ou non, sont autant d'actes de reproduction provisoire entrant dans le monopole d'auteur. Aussi la directive 2001/29/CE a-t-elle introduit une exception impérative[49], l'exception dite de copie technique, destinée à rendre possible la circulation de l'information sur les réseaux numériques et à articuler la liberté de navigation avec le respect du droit d'auteur. L'exception de copie technique, à l'instar de toutes les exceptions aux droits d'exploitation, est d'interprétation stricte[50]. Le considérant 33[51] explicitant l'exception rendait superfétatoire l'affirmation par la Cour de Justice, dans l'arrêt *PRCA* en date du 5 juin 2014, du principe selon lequel les copies cache et les copies écran effectuées par l'utilisateur au cours de la consultation d'un site internet satisfont aux exigences de l'exception de copie technique[52]. Toutefois, la portée de la solution reste incertaine sur un point essentiel. Si les copies écran et les copies caches réalisées par l'internaute sont couvertes par l'exception de copie technique lorsque la source de la copie est licite, rien ne permet de considérer que la solution serait identique dans le cas de copies réalisées à partir d'une source illicite. Le contexte jurisprudentiel conduit à distinguer entre la copie réalisée à partir d'une source autorisée ou non. Ainsi, la Cour de Justice a estimé, par-delà la lettre du texte, qu'une copie réalisée

49 - J. Passa, La directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, JCP G 2001, I, 331.

50 - CJCE, 16 juill. 2009, *Infopaq international*, préc.

51 - « Le droit exclusif de reproduction doit faire l'objet d'une exception destinée à autoriser certains actes de reproduction provisoires, qui sont transitoires ou accessoires, qui font partie intégrante et essentielle d'un processus technique et qui sont exécutés dans le seul but de permettre soit une transmission efficace dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, soit une utilisation licite d'une œuvre ou d'un autre objet protégé. Les actes de reproduction concernés ne devraient avoir par eux-mêmes aucune valeur économique propre. Pour autant qu'ils remplissent ces conditions, cette exception couvre les actes qui permettent le survol (browsing), ainsi que les actes de prélecture dans un support rapide (caching), y compris ceux qui permettent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, sous réserve que l'intermédiaire ne modifie pas l'information et n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information. Une utilisation est réputée être licite lorsqu'elle est autorisée par le titulaire du droit ou n'est pas limitée par la loi ».

52 - CJUE, 5 juin 2014, aff. C360/13, *PRCA,* Comm. com. électr. 2014, comm. 69, Caron.

à partir d'une source illicite n'est pas éligible à l'exception de copie privée[53]. Dès lors, peut-on estimer que la condition de licéité de la source est générale et s'applique implicitement mais nécessairement à la copie technique ? Comparaison n'est pas raison et le raisonnement par analogie trouve ici ses limites. S'il est parfois soutenu qu'il existerait un principe général selon lequel l'illicéité de la source corroderait la licéité de la copie[54], il n'en reste pas moins que les exceptions sont d'interprétation stricte. Or, l'interprétation stricte n'est ni une interprétation restrictive ni dénaturante. Elle commande d'appliquer le texte sans y retrancher mais aussi sans y ajouter. C'est bien le sens de l'article 1er de la loi du 11 décembre 2011 relative à la rémunération de la copie privée[55] qui a ajouté la condition de licéité de la source à l'exception de copie privée. Or, si cette condition peut se comprendre pour l'exception de copie privée, elle apparaît en revanche déraisonnable pour la copie technique. Ajouter une condition de licéité de la source entraverait à l'excès la liberté de navigation de l'internaute qui n'est pas maître des liens qu'on lui propose et ne peut, à l'avance, préjuger de la licéité du contenu auquel il renvoie, ni prévenir les copies cache et écran qui s'ensuivront automatiquement. La liberté de naviguer est donc consubstantielle à la liberté de lier.

3) La liberté de lier

La liberté de lier est inhérente au fonctionnement de l'Internet. Naguère, la jurisprudence s'est appuyée sur l'article 1er de la LCEN, posant le principe de liberté des communications électroniques[56], pour affirmer la licéité des liens hypertextes[57]. Mais la liberté des communications électroniques n'est pas plus absolue que les autres. Elle doit se concilier notamment avec «le respect de la propriété d'autrui»[58] dont la propriété intellectuelle fait partie. Toutefois, le droit d'auteur n'entrave guère la liberté de création de liens hypertextes. En effet, l'arrêt *Svensson,* rendu par la Cour de justice le 13 février 2014[59], a estimé que les liens hypertextes, sous réserve de diverses conditions, ne constituent pas un acte de communication

53 - CJUE, 10 avr. 2014, aff. C-435/12, *ACI Adalm*, Comm. com. électr. 2014, comm. 51, obs. Caron.

54 - V., en ce sens, E. Dreyer, Illicéité de la copie privée dont la source est elle-même illicite, D. 2006, 2676.

55 - Comm. com. *électr.* 2012, comm. 35, Caron.

56 - Loi pour la confiance dans l'économie numérique, n°2004-575, du 21 juin 2004, art. 1er : «la communication par la voie électronique est libre».

57 - TGI Nanterre, 8 nov. 2000, Légipresse 2001, 1, p. 57, affirmant que «la raison d'être d'Internet et ses principes de fonctionnement impliquent nécessairement que les liens hypertextes et inter-sites puissent être effectués librement».

58 - LCEN, art. 2.

59 - CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, *Nils Svensson et a. c/ Retriever Sverige*, préc.

au public soumis à autorisation préalable de l'auteur de l'œuvre préalablement communiquée au public sur le site vers lequel le lien pointe.

Certes, la Cour considère que le lien hypertexte, réalisant un «mise à disposition» de l'œuvre numérique, constitue un «acte de communication» au sens l'article 3 de la directive DADVSI. Toutefois, une autorisation n'est pas requise dès lors que la communication ainsi réalisée ne touche pas «un public nouveau, c'est-à-dire un public n'ayant pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur, lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale au public». Elle formule donc un principe d'articulation de la liberté de lier et de respect du droit d'auteur : un lien hypertexte ne constitue pas un acte de communication au public dès lors qu'il permet d'accéder à une œuvre librement accessible sur un autre site. Ce principe repose sur une conception large du public. La Cour considère que le public attaché à la première communication en ligne, sur un site librement accessible, est nécessairement le public constitué par l'ensemble des internautes. Aussi la nouvelle communication réalisée par le lien ne peut-elle toucher un public distinct. Une telle analyse, depuis réitérée[60] du public est éminemment favorable à la liberté de lier[61].

La liberté de lier ne rencontre que deux limites. Tout d'abord, elle cède lorsque le lien cliquable permet d'accéder à un contenu illicite. L'œuvre doit avoir été rendue accessible par le fait de la volonté des titulaires de droits. À défaut, le lien hypertexte constitue un acte de communication au public, lui-même contrefaisant, faute d'avoir été autorisé par les titulaires de droits. Ensuite, le lien hypertexte est également tributaire du droit de communication lorsqu'il permet «*de contourner des mesures de restriction prises par le site où se trouve l'œuvre protégée afin d'en restreindre l'accès par le public*»[62]. En effet, le contournement des restrictions d'accès aboutit inévitablement à mettre l'œuvre à disposition d'un public nouveau. La Cour estime notamment qu'est soumis à autorisation préalable le lien vers une œuvre qui, après avoir été accessible sans restriction d'accès, *«n'est plus à la disposition du public sur le site sur lequel elle a été communiquée initialement ou qu'elle l'est désormais pour un public restreint»*[63]. Or, la prise en compte de l'évolution du statut de l'œuvre altère la sécurité juridique de la liberté de lier dans la mesure où les *proxies* peuvent garder en mémoire une page retirée

60 - CJUE, 21 oct. 2014, aff. C-348/13, *Best Water International GmbH c/ Mebes et Potsch*, Comm. com. électr. 2014, comm. 92, Caron ; JCP E 2015, 1075, note G. Busseuil.

61 - Pour une analyse critique de cette conception large du public, v. V. L. Bénabou, Quand la CJUE détermine l'accès aux œuvres sur internet. L'arrêt *Svensson*, liens cliquables et harmonisation maximale du droit de communication au public, vlbenabou.wordpress.com/2014/

62 - CJUE, 13 fevr. 2013, préc., point 31.

63 - *Ibid.*

sans que l'internaute ne puisse être informé du changement de statut de l'œuvre.

En conséquence, si l'adaptation du droit d'auteur au numérique n'altère pas la jouissance des libertés numériques du public, il n'en reste pas moins que leur exercice reste toujours subordonné à une utilisation licite de l'œuvre numérique. Il n'en va pas nécessairement de même quant à l'articulation des libertés économiques des opérateurs et du respect des droits de propriété intellectuelle.

B. Les libertés économiques des opérateurs

La libre circulation des œuvres numériques sur les réseaux électroniques ne s'impose pas comme une évidence. En effet, si la théorie de l'épuisement des droits a été forgée par la Cour de justice afin de concilier la liberté de circulation des marchandises avec le nécessaire respect des droits de propriété intellectuelle, les effets de celle-ci sont normalement réservés aux seuls exemplaires matériels[64]. L'immatérialité des œuvres numériques constitue le premier obstacle à leur libre circulation. Il n'est pas le seul. Le principe de liberté des communications électroniques bute sur le respect des droits d'autrui et ne s'étend donc pas aux communications contrefaisantes. Pour autant, ni l'une ni l'autre ne constitue des empêchements dirimants à la libre circulation des œuvres numériques.

D'une part, l'épuisement du droit saisit les œuvres numériques. En effet, alors qu'il était traditionnellement considéré comme applicable aux seules ventes d'exemplaires matériels, l'arrêt *Usedsoft*[65] a adapté la théorie de l'épuisement à l'environnement numérique en considérant que le droit de distribution de la copie d'un programme d'ordinateur est épuisé si, moyennant diverses conditions, le titulaire du droit d'auteur a autorisé son téléchargement[66]. La détermination de la portée de la décision a soulevé la question de savoir si l'épuisement des droits pouvait s'affranchir de la matérialité du support de la copie au-delà des seuls logiciels. Bien que le fondement de la décision *Usedsoft* résidât dans la « directive logiciels » qui constitue une «*lex specialis*»[67], l'hésitation était permise à défaut

64 - C. et M. Vivant, Propriété intellectuelle et libre circulation, *in GAPI*, Dalloz, 2003, 1e éd., p. 33.

65 - CJUE, 3 juill. 2012, aff. C-128/11, Comm. com. *électr.* 2012, comm. 106, obs. Caron ; Prop. Intell. 2012, n°44, p. 333, note Lucas.

66 - Estimant qu'il « ne ressort pas de l'article 4.2 que l'épuisement du droit soit limité aux copies se trouvant sur un support matériel... Cette disposition se référant, sans autres précisions, à le «vente d'une copie» ne fait aucune distinction entre la forme matérielle ou immatérielle de la copie » (point 61), la CJUE considère que «la transmission en ligne est l'équivalent fonctionnel de la remise d'un support matériel» (point 59).

67 - Point 56.

d'argument condamnant assurément une interprétation identique de l'épuisement du droit de distribution au sens de l'article 4-2 de la directive 2001/29/CE[68]. Mais la décision *Art & Allposters Int.* a depuis chassé les doutes en assignant la règle de l'épuisement du droit au seul domaine de la matérialité[69]. L'adaptation de l'épuisement du droit voit donc son champ d'application limité aux seules oeuvres logicielles.

D'autre part, si le respect des droits de propriété intellectuelle limite la liberté des communications électroniques, il n'autorise pas à méconnaître la liberté d'entreprendre des prestataires de services électroniques. Cette dernière interdit d'imposer des sujétions déraisonnables à un intermédiaire technique en vue d'assurer la protection de la propriété intellectuelle.

Le problème de l'articulation des droits de propriété intellectuelle et de la liberté d'entreprendre se pose dans le cadre des injonctions de blocage ou de filtrage[70] des contenus préalablement notifiés aux intermédiaires techniques du commerce électronique comme contrefaisants. La loi pour la confiance dans l'économie numérique, issue de la transposition de la directive 2000/31 du 8 juin 2000, permet aux titulaires de droits de notifier aux hébergeurs l'existence de contenus contrefaisants dans le respect d'un formalisme précis[71]. Cette notification est essentielle dans le régime de responsabilité spéciale qui pèse sur eux et est étroitement liée au principe de neutralité des intermédiaires techniques[72]. Leur responsabilité ne peut être engagée qu'autant qu'ayant connaissance du caractère illicite des contenus stockés, elles n'ont pas agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible[73]. Or, la notification apparaît comme un moyen insuffisant de lutte contre la contrefaçon. En effet, sitôt la notification effectuée et le contenu illicite retiré, un nouveau lien apparaît. Aussi les titulaires de droits ont-ils recherché la responsabilité des intermédiaires sur la base de la doctrine du *Notice and Stay Down.* Celle-ci considère qu'un

68 - V., en ce sens, L. Marino, les défis de la revente des biens culturels numériques d'occasion, JCP G 2013, 903.

69 - CJUE 22 janv. 2015, aff. C-419/13, Comm. com. électr. 2015, comm. 18, Caron ; RTDCom 2015, 283, obs. Pollaud-Dulian, posant que *«le legislateur de l'Union, en utilisant les termes «biens matériels» et «cet objet», voulait donner aux auteurs le contrôle de la première mise sur le marché de l'Union de chaque* objet tangible *qui incorpore la création intellectuelle».*

70 - A. Néri, L'injonction de filtrage rendue à l'égard d'un intermédiaire : une mesure controversée aux conséquences redoutables, Comm. com. électr. 2012, étude 3.

71 - LCEN, art. 6-I-5 ; Civ. 1, 17 fevr. 2011, Comm. com. *électr.* 2011, comm. 32, obs. Caron.

72 - E. Derieux, Neutralité et responsabilité des intermédiaires de l'Internet. Mythe ou réalité du principe de « neutralité » ?, JCP G 2012, doct. 386.

73 - LCEN, art. 6-I-2.

hébergeur, auquel a été notifié le caractère illicite d'un contenu, doit prendre toutes les mesures nécessaires afin d'empêcher sa réapparition et, le cas échéant, de procéder à son retrait en dehors de toute nouvelle notification. Mais cette pratique est condamnée par la jurisprudence européenne. Elle estime qu'elle équivaut à une *«obligation générale de surveillance»* des contenus stockés et constitue dès lors «*une mesure disproportionnée par rapport au but poursuivi»*[74]. En effet, dans les arrêts *Scarlet* et *Netlog*[75], la Cour considère qu'une injonction générale de surveillance et de retrait non limitée dans le temps est contraire à l'article 15 de la directive du 8 juin 2000 interdisant aux États d'imposer aux intermédiaires techniques une obligation générale de surveillance. Elle en déduit que *«la protection du droit fondamental de propriété, dont font partie les droits de propriété intellectuelle, doit être mise en balance avec d'autres droits fondamentaux».* L'injonction de filtrage ou de blocage doit donc se concilier tant avec la liberté d'expression, ce qui implique que sa réalisation n'affecte pas les contenus licites, qu'avec la liberté d'entreprendre, ce qui suppose que le coût ou la mise en œuvre de la mesure ne doit pas avoir de caractère déraisonnable.

Il est donc possible d'imposer aux intermédiaires techniques des obligations de surveillance «*strictement ciblées*[76]» et non-créatrices de sujétions techniques trop contraignantes ou onéreuses pour l'opérateur[77]. Le contexte jurisprudentiel invite certains organes à prôner une modification législative. Ainsi, le *Rapport sur la contrefaçon en ligne*[78], dont les suggestions ont été reprises par le *Rapport annuel* du Conseil d'Etat[79], suggère de créer un nouveau pouvoir d'injonction ciblée de surveillance et de retrait prolongés au profit d'une autorité administrative. Cette innovation, qui trouverait son fondement dans l'article 14 de la « directive commerce électronique », tient compte des exigences de proportionnalité jurisprudentielles. L'injonction aurait spécifiquement pour objet la persistance ou la réapparition d'un contenu préalablement notifié et ne pourrait être prononcée que pour une durée maximale de six mois. Elle ferait naître à la charge du destinataire une obligation

74 - Civ. 1, 12 juill. 2012, six arrêts, Comm. com. électr. 2012, comm. 91; JCP E 2012, 1627.

75 - CJUE, 24 nov. 2011 et 16 fevr. 2012, Comm. com. électr. 2012, com. 63, obs. Debet.

76 - CJUE, 27 mars 2014, aff. C-314/12, *UPC Telekabel Wien*, Comm. com. électr. 2014, comm. 43, obs. Caron.

77 - En présence d'une injonction déraisonnable, l'intermédiaire technique «*a la possibilité de s'exonérer de sa responsabilité et ne pas adopter certaines mesures éventuellement réalisables».* Corrélativement, n'étant tenu qu'à des mesures raisonnables, il peut «*s'exonérer en prouvant qu'il a pris toutes les mesures raisonnables. Or, cette possibilité d'exonérer a pour effet qu'il n'est pas tenu de faire des sacrifice insupportables*».

78 - M. Imbert-Quaretta, mai 2014.

79 - *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*

de mise en œuvre d'une solution technique efficace, assurant la protection effective du droit en empêchant l'accès au contenu visé, et proportionnée, sans entraver l'accès aux contenus licites, ni faire peser un coût déraisonnable sur l'hébergeur. La violation de l'injonction aurait pour toute sanction l'engagement de la responsabilité du prestataire à l'égard des ayants droits.

Dans l'attente de ces futures mesures, le droit positif ne crée pas d'entraves déraisonnables à la circulation des œuvres numériques. Certes, la circulation n'est pas totalement libre et reste tributaire du respect des prérogatives de l'auteur. Mais les principales libertés numériques des internautes dont la liberté d'accès, de naviguer et de lier ne sont pas altérées. Et, si il va de soi que le public ne saurait revendiquer une quelconque liberté et encore moins un droit[80] de partager des contenus protégés[81], le respect de la liberté d'entreprendre des intermédiaires techniques ne décourage pas le partage illicite. Toutefois, les prestataires de services électroniques sont libres d'adopter des mesures volontaires. À ce titre, le recours volontaire à des *copyright robots*, tels que le logiciel *Content ID*, constitue une mesure d'autant plus redoutable qu'elle est susceptible de paralyser les partages illicites et licites[82] de l'œuvre identifiée. Aussi entrave-t-elle le développement des pratiques transformatives et la circulation numérique de l'œuvre modifiée dont le régime demeure incertain.

Section II : La circulation de l'œuvre modifiée

La création transformative est protéiforme. Toutes les pratiques numériques transformatives développées par les internautes ne tendent pas assurément à la création d'une œuvre dérivée, ni impliquent nécessairement un emprunt de forme originale à une œuvre première[83]. Aussi conviendrait-il de distinguer, dans les usages dérivatifs, entre l'œuvre et la création transformatives. Le CSPLA préfère recourir au terme de « création transformative » plutôt qu'à celui « d'œuvre transformative » afin de mettre l'accent sur le processus créatif plutôt que sur son résultat éventuel[84]. Ce faisant, l'instance souligne la modi-

80 - Civ. 1, 28 févr. 2006, *SA Studio Canal et a. c/ Perquin et UFC Que choisir,* Comm. com. électr .2006, comm. 56, Caron ; *JCP G* 2006, II, 10084, note Lucas ; Légipresse 2006, n° 231, III, p. 71, note Bénabou ; Propr. intell. 2006, p. 179, note Lucas.

81 - CPI, art. L335-2-1 ; Cass. crim., 25 sept. 2012, *Sté Mubility et a. c/ SCPP & SPPF*, préc.

82 - Sur ce point, V.-L. Bénabou, *Rapport de la mission du CSPLA sur les œuvres transformatives,* oct. 2014, p. 28.

83 - Sur la typologie des pratiques transformatives et les difficultés de conceptualisation de la notion « d'œuvre transformative », V. V.-L. Bénabou, *Rapport de la mission du CSPLA sur les œuvres transformatives, op. cit.*, pp. 6-17.

84 - *Eod. loc.,* p. 17.

fication de la perception de l'œuvre induite par le développement des pratiques numériques transformatives. Objet de dérivations multiples, successives et récursives, l'œuvre transformative peut se caractériser, dans son acception paroxystique, par son état de perpétuel inachèvement. La création transformative n'est pas pour autant réfractaire à la protection du droit d'auteur dont le déclenchement, rétif à tout jugement de valeur[85], n'est subordonné ni à l'achèvement de l'œuvre[86], ni à une originalité absolue[87]. La circulation d'une œuvre numérique sous une forme modifiée repose donc volontiers sur la création d'une œuvre seconde.

Toutefois, dès lors que l'on place le critère de la « création transformative » dans la perceptibilité par le public de l'emprunt de forme originale[88], la circulation numérique de l'œuvre modifiée se heurte inévitablement au droit de propriété incorporelle de l'auteur de l'œuvre première. En effet, le modification de l'œuvre première par incorporation partielle ou totale dans une œuvre seconde numérique affecte tant les droits patrimoniaux que le droit moral de l'auteur. Le droit moral comporte un faisceau de prérogatives qui ne sont pas toutes altérées par l'adaptation ou la dérivation de l'œuvre première. Ainsi, depuis qu'il est admis que le droit de divulgation s'épuise par le premier usage, l'auteur ne saurait se plaindre de la seule numérisation de l'œuvre originale, du moins sur le fondement du droit de divulgation. Mais l'incorporation de l'œuvre première dans une œuvre seconde heurte le droit au respect de l'œuvre qui, dans son principe, postule une intangibilité absolue de l'œuvre[89].
Or, un fossé se creuse entre le droit positif, qui prohibe, en principe, toute modification non autorisée par les titulaires de droits patrimoniaux et moraux[90], et les pratiques créatives sur les réseaux numériques. Internet offre l'illusion que les créations qui y sont accessibles, sont mises en partage. De manière schématique, les

85 - CPI, art. L112-1 : « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination ».

86 - CPI, art. L111-2 : « L'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur ».

87 - Civ. 1, 17 févr. 2004, Comm. com. électr. 2004, comm. 99, Caron, posant que « le caractère relatif de l'originalité n'est pas exclusif de l'empreinte de la personnalité de l'auteur ».

88 - V.-L. Bénabou, *Rapport de la mission du CSPLA sur les œuvres transformatives, op. cit.,* p. 24.

89 - Civ. 1, 5 déc. 2006, Comm. com. électr. 2007, comm. 18, Caron : « toute modification, quelle qu'en soit l'importance, apportée à une œuvre de l'esprit, porte atteinte au droit de son auteur au respect de celle-ci » ; Paris, 10 avr. 1995, RIDA oct. 1995, p. 316 : « Le droit moral de l'auteur est attaché à la personne même de l'auteur, qu'il emporte le droit absolu au respect de l'œuvre quel que soit son mérite ou sa destination ».

90 - CPI, art. L122-4 : « Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque ».

contenus accessibles sur le réseau formeraient un nouveau domaine public. Pourtant, il n'en est rien. Sauf à ce que l'œuvre soit placée par son auteur sous un régime de licence libre autorisant sa modification et sous réserve de l'inaliénabilité du droit au respect[91], la règle est que toute œuvre de l'esprit, qu'elle comporte ou non une mention de réservation exclusive des droits qui s'y attachent, n'est nullement libre de droits. Par conséquent, tout usage dérivatif doit être autorisé sauf à être contrefaisant. Cependant, ce modèle fermé tend à s'infléchir sous la pression de la puissance des usages transformatifs. Comme le relève le *Rapport Lescure*[92], les usages numériques modifient les pratiques créatives. Notamment, la «création transformative» symboliserait la «vitalité de la création à l'ère numérique» et, à ce titre, mériteraient d'être «sécurisés et encouragés».

À ce titre, une modification de la loi est envisagée. Elle vise à redessiner les contours du monopole d'auteur afin de favoriser l'épanouissement des pratiques de création numérique tout en préservant les intérêts légitimes des auteurs. Un nouveau droit des exceptions commence à redessiner les contours monopolistiques de l'œuvre fermée. Ainsi, à mesure que se construit, sous l'égide de la jurisprudence de la CJUE, un droit positif des exceptions transformatives restrictif (§1), apparaissent également les contours d'un droit prospectif des exceptions destiné à sécuriser les pratiques transformatives (§2).

§1 : Le droit positif des exceptions transformatives

Le droit positif n'interdit pas toute transformation non autorisée de l'œuvre. À l'inverse, il consacre par le biais de certaines exceptions la licéité de certaines catégories d'œuvres dérivées. Ainsi, l'article L.122-5 du CPI pose que «lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : 3° sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source : [not.] a) Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées ; b) Les revues de presse [...] ; 4° La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre». Toutes ces exceptions autorisant certains usages dérivatifs ont pour

91 - Sur la nullité des clauses abdicatives du droit au respect, V. Civ. 1, 28 janv. 2003, Comm. com. électr. 2003, comm. 21, Caron : « l'inaliénabilité du droit au respect de l'œuvre, principe d'ordre public, s'oppose à ce que l'auteur abandonne au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisation, diffusion, adaptation, retrait, adjonction et changement auxquels il plairait à ce dernier de procéder ».

92 - Mission Acte 2 de l'exception culturelle, *Contribution aux politiques culturelle à l'ère numérique*, La Documentation française, mai 2013, p. 431.

fondement la liberté d'expression, dont la liberté de création est une déclinaison[93], et visent à assurer un juste équilibre entre les intérêts de l'auteur et du public[94]. Aussi la jurisprudence rappelle-t-elle que «l'exception de parodie procède de la liberté d'expression qui a une valeur constitutionnelle»[95]. Mais ces exceptions, qui sont soumises à un ensemble de conditions, sont d´interprétation stricte[96]. Le critère téléologique commun à l'exception de courte citation (A) et de parodie (B) évince la plupart des pratiques transformatives.

A. L'inéligibilité des pratiques transformatives à l'exception de courte citation

L'exception de courte de citation doit être lue à la lumière de la directive 2001/29/CE qui fixe un cadre contraignant pour les Etats ayant adopté une ou plusieurs exceptions facultatives énumérées par l'article 5. Or, l'interprétation de l'exception de courte citation, au nombre de celles-ci[97], a fait l'objet d'une interprétation par la Cour de justice qui desserre l'étau jurisprudentiel français. Dans la décision *Eva Maria Painer*[98], en recourant aux termes de « *reproduction d'extraits »,* elle semble relâcher la condition traditionnelle de brièveté de l'emprunt et ne subordonne pas son application à son incorporation dans une « œuvre citante ». Pourtant, si l'étau se relâche, il ne brise pas. En effet, d'une part, l'arrêt ne fait pas assurément litière de l'exigence de brièveté. La condition est formellement chassée au profit d'un contrôle de proportionnalité apprécié au regard de la finalité de la citation. Mais cela n'est guère différent de l'appréciation interne de la brièveté doublement dépendante de la dimension des œuvres citées et citantes ainsi que de l'obligation de ne pas dénaturer l'œuvre

93 - CEDH, 24 mai 1988, *Muller c. Suisse*, estimant que ceux qui interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable dans une société démocratique» ; Paris, 5 nov. 2008, D. 2009, p. 470, note Bigot.

94 - CJUE, 1er décembre 2011, *Eva Maria Painer,* C-145/10, D. 2012, 471, note Martial-Braz ; CJUE, 3 septembre 2014, *Deckmyn,* C-201/13, JCP E 2001, act. 632.

95 - Paris, 28 févr. 2011, *Arconsil c. Moulinsart*, *Comm. com.* électr.2012, comm. 1, Caron.

96 - CJUE, 10 avr. 2014, aff. C-435/12, *ACI Adalm*, Comm. com. électr. 2014, comm. 51, Caron, estimant que «les différentes exceptions et limitations prévues par l'art. 5.2 de la directive 2001/29/CE doivent faire l'objet d'une interprétation stricte» ; v., déjà, CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-5/08, *Infopaq international*, préc. , rappelant que «selon une jurisprudence constante, les dispositions d'une directive qui dérogent à un principe général établi par cette même directive doivent faire l'objet d'une interprétation stricte».

97 - Art. 5-3-d : « Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations aux droits prévus aux articles 2 et 3 dans les cas suivants [...] d) Lorsqu'il s'agit de citations faites, par exemple, à des fins de critique ou de revue, pour autant qu'elles concernent une oeuvre ou un autre objet protégé ayant déjà été licitement mis à la disposition du public, que, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée et qu'elles soient faites conformément aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but poursuivi ».

98 - CJUE, 1er décembre 2011, préc.

citée[99]. D'autre part, l'indifférence de l'éligibilité au droit d'auteur du médium citant n'implique nullement un abandon de l'exigence de justification intellectuelle de l'incorporation[100]. Par conséquent, abstraction faite de la nature de l'œuvre[101], un *remix*, un *mashup* ou une *fanvid* se heurte à l'exigence de justification intellectuelle de l'incorporation subordonnant le jeu de l'exception au caractère critique, polémique, pédagogique ou scientifique de l'exception[102]. Ces pratiques transformatives n'ont souvent qu'un but esthétique ou laudatif, exempt de tout caractère critique ou polémique. Or, un usage dévotieux ne justifie en aucune manière une dérogation aux droits de l'auteur[103]. La finalité paralyse également l'exception de parodie.

B. L'inéligibilité des pratiques transformatives à l'exception de parodie

L'exception de parodie répond, en principe, à une finalité humoristique ou satirique exclusive. Elle doit avoir pour but et pour effet de «faire rire ou sourire»[104]. Cette finalité interdit donc les usages transformatifs poursuivant un autre but, notamment politique. On se rappelle ainsi de l'interdiction faite par les réalisateurs du clip de la chanson «*Happy*» à l'adresse des candidats aux dernières élections municipales de cesser de diffuser le détournement de l'œuvre originale à des fins de propagande[105]. En sortant du champ d'application de l'exception, la règle générale retrouve son empire et toute adaptation ou transformation d'une œuvre originale doit être autorisée sauf à être contrefaisante[106].
À l'instar de l'exception de courte citation, elle doit s'interpréter à la lumière de la directive 2001/29/CE. La parodie constitue donc une notion autonome du droit de l'Union soumise à interprétation uniforme. Il ressort de la décision *Deckmyn*[107] que la parodie est une évocation de l'œuvre première à l'égard de laquelle elle possède des différences perceptibles et constitue une manifestation d'humour

99 - TGI Seine, 17 juin 1964, RTDcom. 1964, 783, obs. Desbois ; Paris, 22 sept. 1988, D. 1988, IR, 258.

100 - F. Pollaud-Dulian, obs. *in* RTDcom. 2012 p. 120.

101 - Certaines catégories d'œuvres échappent à l'exception de courte citation, telles que les œuvres d'art pour lesquelles la jurisprudence estime que la reproduction ou la représentation intégrale d'une œuvre, quel qu'en soit le format ou la durée, ne peut s'analyser en une courte citation : Cass., Ass. Plén., 5 nov. 1993, JCP G 1994, 22201; Civ. 1, 13 nov. 2003, D. 2003, p. 200 ; *adde* C. Maréchal, Les exceptions au droit d'auteur sur les œuvres d'art, Comm. com. électr. 2015, étude 18.

102 - Paris, 10 sept. 1996, RIDA 1998, n°171, p. 3.

103 - Civ. 1, 25 mai 2005, Comm. com. électr. 2005, comm. 108, Caron ; G. Chapeau, Les restos du cœur attaqués en contrefaçon pour la photo de Coluche, Numerama, 2 juill. 2013.

104 - Civ. 1, 12 janv. 1988, RTDcom. 1988, 227, obs. Françon.

105 - J. Jarrassé, Municipales : les créateurs du clip de Happy de Pharrel Williams exigent la suppression des adaptations, le figaro.fr, 19 mars 2014.

106 - CPI, art. L122-4.

107 - CJUE, 3 septembre 2014, C-201/13 préc.

ou de raillerie. Ces deux critères sont nécessaires mais suffisants. Elle n'a pas à présenter d'originalité propre, ni à citer l'œuvre source. Toutefois, le respect d'un «*juste équilibre*» entre les droits des auteurs et la liberté d'expression du public conditionne le bénéfice de l'exception. Or, la liberté d'expression n'est pas absolue. Notamment, elle ne peut couvrir des propos à caractère discriminatoire, l'art. 21-1 de la Charte sanctionnant le principe de non-discrimination. Il s'ensuit qu'une parodie à caractère discriminatoire heurte les intérêts des auteurs de l'œuvre caricaturée, qui ont, dès lors, un intérêt légitime à ce que leur œuvre ne soit pas associée à l'œuvre parodiante. En d'autres termes, la parodie discriminante, non respectueuse du juste équilibre, ne bénéficie pas de l'exception de parodie. L'appréciation n'est donc guère éloignée de la référence aux « lois du genre » qui tolère la raillerie féroce[108] mais refoule l'intention de nuire[109].

Par conséquent, l'assujettissement de l'exception à une finalité humoristique boute hors de son d'application les pratiques transformatives poursuivant un but autre, qu'il soit laudatif ou esthétique. Le droit positif n'étant guère protecteur des pratiques transformatives, plusieurs pays de l'Union se sont engagés dans une réflexion visant à adapter le droit des exceptions à la réalité des usages créatifs. Ces pistes posent les fondements d'un droit prospectif des exceptions.

§2 : Le droit prospectif des exceptions transformatives

Faute de répondre aux conditions des exceptions des droits d'exploitation, la plupart des usages transformatifs numériques se développent dans un contexte d'insécurité juridique. La discordance entre la rigidité du droit d'auteur et la réalité des pratiques créatives favorise l'émergence de formes d'autorégulation pernicieuses[110]. C'est dans ce contexte qu'un certain nombre de pays de l'UE évoquent des pistes de modernisation des exceptions au droit d'auteur afin de sécuriser ces nouvelles pratiques créatives numériques tout en préservant les intérêts légitimes des auteurs et titulaires de droits.

Dans l'attente de sa révision, la directive 2001/29/CE délimite la latitude des Etats membres. Elle fixe un cadre à la fois souple et

108 - Civ. 1, 12 janv. 1988, préc.

109 - Versailles, 17 mars 1994, D. 1995, somm., 56, obs. Colombet.

110 - Sur les implications des accords des plateformes avec les titulaires de droits et le recours aux copyright robots, V. V.-L. Bénabou, *Rapport de la mission du CSPLA sur les œuvres transformatives, op. cit.,* pp. 22-23.

rigide du droit des exceptions. L'article 5 énumère en effet une liste exhaustive d'exceptions facultatives, sous réserve de l'exception dite de copie technique qui a un caractère impératif[111]. La jurisprudence de la Cour de justice précise l'étendue de la marge d'appréciation des États. La propension à l'identification de notions autonomes réduit incontestablement leur latitude. Notamment, le caractère facultatif d'une exception ne fait nullement obstacle à ce qu'elle constitue une notion autonome[112]. Ce cadre rigide autorise trois stratégies dont aucune n'a encore abouti. Dès 2007, un rapport britannique constatait la nécessité de l'introduction d'une exception d'usage transformatif mais estimait indispensable une révision préalable de la directive 2001/29/CE. D'autres États envisagent pourtant des pistes alternatives mettant à profit les marges de flexibilités de la directive. D'un côté, le Rapport Lescure propose de modifier l'exception de courte citation afin d'y inclure une nouvelle finalité «créative ou transformative» (A). D'un autre côté, le rapport Irlandais *Modernizing Copyright*[113] entend explorer la piste d'une exception au droit d'adaptation (B).

A. La prospective d'extension de l'exception de courte citation

Le *rapport Lescure* suggère « *une extension de l'exception de courte citation*» par adjonction d'une «finalité créative ou transformative dans un cadre non commercial». La proposition 69 a pour but «d'encourager et de sécuriser ces usages» qui témoignent de la vitalité des nouveaux processus créatifs ouverts par la technologie numérique tout en préservant les intérêts légitimes des titulaires de droits[114]. Cette option de politique législative repose sur les contraintes imposées par le droit de l'Union. En effet, la création d'une exception non prévue par la directive étant exclue, il ne peut être envisagé que de travailler à droit constant en usant des marges de liberté accordées aux États.

A ce titre, l'exception de courte citation prévue par l'art. 5.3.d de la directive confère *prima facie* une certaine souplesse permettant l'inclusion d'une nouvelle finalité créative dans la formulation française de l'exception. L'art. 5.3.d énonce, en effet, «les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations [...] lorsqu'il s'agit de citations faites par exemple à des fins de critique

111 - J. Passa, La directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, préc.

112 - CJUE, 3 sept. 2014, préc., point 14.

113 - *The Report of the Copyright Review Committee*, Dublin, nov. 2013.

114 - *Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, *op. cit.*, p. 36.

ou de revue, pour autant qu'elles concernent une œuvre ou un autre objet protégé ayant déjà été licitement mis à disposition du public et, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur». Aussi le caractère exemplatif des finalités de l'exception de citation autoriserait-il l'introduction d'une nouvelle finalité créatrice. Toutefois, la proposition ne perd pas de vue l'exigence de conformité au triple test et suggère d'en limiter le champ d'application aux seuls usages non commerciaux, excluant par là toute dérivation donnant lieu à rémunération directe ou indirecte par le biais des revenus publicitaires.

En dépit des précautions, la solution ne convainc pas. En effet, si l'exception de courte citation confère bien une «liberté créative» au public[115], celle-ci ne saurait être absolue sauf à vider le droit de tout contenu. Bien que la liste des finalités ne soit pas exhaustive, l'exception de courte citation n'en reste pas moins finalisée. N'énoncer que la finalité de critique ou de revue ne revient pas à autoriser toutes les autres. L'exigence d'une finalité impose implicitement mais nécessairement une justification intellectuelle de l'incorporation : la citation doit être justifiée en considération de sa finalité. Or, admettre une finalité créative à l'exception de citation revient, en réalité, à supprimer toute finalité de l'emprunt. Dans une telle occurrence, toutes les dérivations -répondant à l'exigence désormais relâchée de brièveté- seraient autorisées que sans l'auteur ne puisse s'opposer à l'incorporation, sauf à exciper de son droit au respect en cas de dénaturation de l'oeuvre. L'esprit de l'exception est méconnu ainsi que les intérêts légitimes des titulaires de droit qui perdent tout contrôle sur les usages dérivatifs non commerciaux de leurs œuvres. Le CSPLA insiste au demeurant sur la difficulté de distinguer entre les commerciaux et non commerciaux et sur la porosité de la frontière. Dans ces conditions, pareille extension de l'exception de courte citation ne remplirait plus les exigences du triple test, faute notamment de constituer un cas spécial[116].

Enfin, la jurisprudence de la Cour de justice claironne que toute dérogation à un principe général énoncé par une même directive est d'interprétation stricte. Il devient difficile de se conformer à ce principe interprétatif dès lors que la lettre de l'exception est élargie à l'excès. Toute autre est la solution prônée par l'Irlande.

115 - B. Galopin, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, IRPI, 2012.

116 - V.-L. Bénabou, *Rapport de la mission du CSPLA sur les œuvres transformatives, op. cit.,* p. 83.

B. La prospective d'exception d'innovation en faveur des usages transformatifs

Le rapport Irlandais *Modernizing Copyright*[117] propose d'introduire une exception d'innovation en faveur des usages transformatifs. Cette dernière n'affecterait pas le droit de représentation ni le droit de reproduction mais le droit d'adaptation. Elle s'inspire du *fair use* pour prévoir que «ne constitue pas une violation du droit d´auteur le fait que le possesseur ou l'utilisateur légitime d'une œuvre produise à partir de celle-ci une œuvre innovante *(innovative work)* dès lors que cette dernière diffère substantiellement de celle-ci, soit transforme substantiellement l'œuvre originale». Son application est également subordonnée au respect du triple test (absence d'atteinte à l'exploitation normale et de préjudice déraisonnable), du droit à la paternité (sauf impossibilité ou disproportion) et de la licéité de la source. Mais elle n'est pas réservée aux seuls usages non commerciaux. En d'autres termes, elle ne comporte pas de condition d'exploitation non commerciale de l'œuvre dérivée.

Cette approche diffère de l'orientation française dans la mesure où elle consacre une nouvelle exception d'usage dérivatif non prévu par la directive. Deux éléments convergents autoriseraient cette démarche. D'une part, le droit irlandais, à la différence du droit français, reconnaît le droit d'adaptation en tant que prérogative distincte des droits de reproduction et de communication au public[118]. D'autre part, la directive n'entend harmoniser que les seuls droits de reproduction et de communication au public. Son champ d'application ne s'étendrait donc pas au droit d'adaptation. Les États membres garderaient donc toute latitude pour créer une nouvelle exception, propre au droit d'adaptation[119].

Pourtant, cette piste ne semble pas plus praticable que celle suggérée par le rapport Lescure. D'une part, il n'est nullement assuré qu'elle soit conforme aux exigences du triple test, tel qu'il ressort de la convention de Berne. Si le risque de mise en péril de l'exploitation normale est prévenu par la condition de transformation ou différenciation substantielle impliquant des marchés distincts[120], il n'en va pas de même de l'absence de préjudice aux intérêts légitimes de l'auteur. L'exception d'innovation est, en effet, formulée de

117 - *The Report of the Copyright Review Committee*, Dublin, nov. 2013.

118 - P. Kamina, Copyright and Related Right Act 2000, Comm. com. électr. 2000, act. 145.

119 - L. Maurel, L'Irlande envisage une «exception pour innovation» en faveur des usages transformatifs, SILex 2 nov. 2013.

120 - *Ibid*.

manière très compréhensive et empêche l'auteur de s'opposer aux dérivations dont il ne voudrait pas[121]. En d'autres termes, l'exception d'innovation obère le droit au respect de l'œuvre et risque d'entraîner un préjudice moral déraisonnable en le privant de tout contrôle sur les adaptations de son œuvre. D'autre part et surtout, sa conformité au droit de l'Union est douteuse. En effet, dans la tradition continentale qui ne reconnait pas le droit d'adaptation en tant que tel, celui-ci est classiquement conçu comme un corollaire du droit de reproduction[122]. Partant, si la directive harmonise le droit de reproduction, elle ne saurait abandonner le régime du droit d'adaptation à la discrétion des États membres. D'ailleurs, l'article 2 de la directive définit le droit de reproduction comme «le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, permanente ou provisoire, par quelque moyen que ce soit et sous quelque forme que ce soit, *en tout ou en partie*». La formule inclut implicitement mais nécessairement le droit d'adaptation et ce, d'autant plus que le droit de reproduction «doit avoir une portée large»[123].

Dans ce contexte, une solution adéquate à la sécurisation des usages transformatifs ne semble pas pouvoir faire l'économie d'une modification préalable de la directive DADVSI, promise à une évolution prochaine, à moins qu'une révolution ne la précède. Or, le récent arrêt *Malka*, qui ébranle les mécanismes traditionnels d'articulation du droit d'auteur et de la liberté d'expression[124], pourrait bien avoir jeté le premier pavé. Enjoignant désormais au juge de rechercher *« un juste équilibre »* entre deux droits d'égale valeur préalablement à toute condamnation pour contrefaçon – notamment à raison d'un usage dérivatif non autorisé-, il opère un renversement de perspective. Il augure de la transition d'un système fermé, où les exceptions limitativement énumérées définissent le cadre dans lequel le droit d'auteur doit s'incliner devant la liberté d'expression et de création, à un système ouvert.

Dans le système ouvert esquissé par l'arrêt *Malka*, la liberté d'expression et de création déborde de ce cadre étroit pour paralyser le monopole, en dehors d'une quelconque exception, dès lors que la sanction d'un usage contrefaisant romprait le *« juste équilibre »* recherché. Le droit d'auteur n'est donc plus assuré

121 - Sur l'inclusion du droit moral dans les intérêts légitimes pris en compte au titre du triple test, V. A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique,* Litec, 2006, 3e éd., p. 272.

122 - F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, p. 475.

123 - CJCE, 16 juill. 2009, *Infopaq*, préc.

124 - Civ. 1, 15 mai 2015, *Klasen c. Malka*, préc.

de sa prééminence face à une liberté d'expression d'autant plus impérieuse qu'elle constitue le *« fondement essentiel de nos sociétés démocratiques »*. Ainsi libérée du carcan des exceptions, la liberté de création pourrait, à la faveur du *« juste équilibre »* ou de la « *balance des intérêts »*[125], constituer le socle inattendu de l'épanouissement des usages transformatifs.

125 - M. Vivant, La balance des intérêts... Enfin, préc., p. 9.

LE « VOL » D'UN BIEN NUMÉRIQUE : VERS LA SUPPRESSION DES GUILLEMETS

Morgane Daury-Fauveau
Maître de conférences en droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne, CEPRISCA

Un bien numérique est un bien qui se présente sous forme d'un fichier informatique. Il peut s'agir d'un article en ligne, de musique, d'un logiciel, d'un fichier clients, d'un projet commercial, industriel, de plans, d'informations... La jurisprudence pénale, attachée à son autonomie, ne s'embarrasse pas du débat sur la nature d'une information : celle-ci constitue selon elle un bien, un bien numérique si elle est contenue dans un fichier informatique, dès lors qu'elle a une valeur économique. Elle s'emploie donc à protéger ce bien, dans le respect du principe d'interprétation stricte de la loi pénale par le juge. La Haute juridiction a ainsi récemment affirmé que « les informations relatives à la clientèle constituent un bien susceptible d'être détourné » au sens de l'abus de confiance[1].

Si un bien numérique peut donc être l'objet d'un abus de confiance, il est, en revanche, insusceptible de vol. Pourtant, le profane considère souvent que l'appropriation frauduleuse d'un bien immatériel constitue un vol. Les médias se font ainsi l'écho d'affaires d'espionnage industriel en titrant sur le « vol » de données confidentielles et d'entreprises qui se font « voler » les données personnelles de leurs clients ou de leurs salariés. Les artistes dont les œuvres ont été illégalement téléchargées crient au vol. Les revues du web font régulièrement état de « vols » de bitcoins[2]. Et on a même pu voir circuler sur internet le procès-verbal de réception d'une plainte déposée par un adolescent adepte du jeu en ligne Dofus pour le « vol » de sa dragodinde turquoise de niveau 100 et d'une valeur, en devise virtuelle, de 6 millions de Kamas.

En réalité, l'incrimination de vol est inadaptée car l'article 311-1 du code pénal punit la soustraction frauduleuse de la « chose » d'autrui. Certes, le mot « chose » est vague, mais la chose s'oppose au bien en ce qu'elle peut être dépourvue de toute valeur vénale et ne peut être que matérielle. Au-delà de la sémantique, il faut rappeler que le vol suppose un arrachement de la chose à son propriétaire. C'est une infraction qui implique un certain engagement physique contrairement à l'abus de confiance et à l'escroquerie (qui est aussi

1- Cass. crim., 16 nov. 2011, n° 10-87.866, Bull. n° 233, JCP G 2012, 322, S. Detraz, Dr. penal 2012, comm. 1, obs. M. Véron.

2 - Par ex. technologies.lesechos.fr, 18 février 2015 : « Nouveau vol de bitcoins en Chine : 1, 75 million de dollars dérobés ». V. S. Almaseanu, Le traitement pénal du Bitcoin et des autres monnaies virtuelles, Gaz. Pal., 30 août 2014 n° 242, p. 11.

susceptible de s'appliquer à un bien immatériel). Ce n'est donc pas seulement la lettre des incriminations qui les distinguent mais leur esprit : seul le vol recèle une potentialité d'atteinte à la personne lors de sa réalisation et c'est bien la raison pour laquelle, parmi les trois infractions visées, seul le vol connaît une circonstance aggravante relative aux violences exercées sur la victime. Or, l'appropriation d'un bien incorporel ne suppose que des connaissances informatiques, voire une excellente mémoire[3]. Nier cette réalité raierait des siècles de construction doctrinale qui ont permis, à partir de la fin du XVIIIème siècle, de distinguer les trois infractions principales d'atteinte au patrimoine d'autrui.
Un fichier clients informatisé, des informations numérisées ou n'importe quel bien immatériel ne peuvent donc pas être « volés », au sens de l'article 311-1 du code pénal. Certes, après avoir énoncé, très clairement, qu'un bien immatériel n'est pas une « chose » au sens des dispositions du code pénal qui l'emploient[4], la jurisprudence a pu semer le trouble en paraissant admettre le vol de biens incorporels[5]. Mais cela n'a pas été sans embarras : à chaque fois, la haute juridiction a souligné l'usage qui avait été fait de ces biens après la soustraction, comme si cet usage (qui n'est pourtant pas un élément constitutif du vol) permettait de leur donner une réalité matérielle[6].

Cette tentation de la dématérialisation du vol de l'article 311-1 devrait disparaître avec l'incrimination récente, à l'article 323-3 du code pénal, de l'extraction, la détention, la reproduction, ou la transmission frauduleuse de données contenues dans un système

3 - V. M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, Précis Dalloz, 7ème éd., 2014, n° 104 pour qui la répression du vol des biens incorporels, sur le fondement de l'article 311-1 du code pénal, « brouille totalement la physionomie criminologique de l'infraction ».

4- Cass. crim. 3 avril 1995, n° 93-81569 ; Bull. crim. n° 142 ; Rapp. C. cass. 1995, p. 390 ; JCP G 1995, II, 22429, obs. E. Derieux ; Dr. pén. 1995, comm. 175, note M. Véron ; Gaz. Pal. 1995, 1, p. 264, note D. Perrier-Daville ; D. 1995, somm. p. 320, note J. Pradel ; D. 1995, inf. rap. p. 106 ; Rev. sc. crim. 1995, p. 599, obs. J. Francillon, p. 821, obs. R. Ottenhof ; Rev. sc. crim. 1996, p. 645, obs. B. Bouloc ; F. Deboissy et J.-C. Saint-Pau, La divulgation d'une information patrimoniale [à propos de l'affaire Calvet] : D. 2000, chron. p. 267 et s. ; rendu à propos de l'infraction de recel définie comme le fait de détenir une « chose » en connaissant sa provenance frauduleuse.

5- Cass. crim., 4 mars 2008, ° 07-84002, Comm. com. électr. 2008, étude 25, J. Huet ; D. 2008, p. 2213, note S. Detraz ; Dr. pén. 2008, chron. 10, A. Lepage ; Rev. sc. crim. 2009, p. 124, obs. J. Francillon. Antérieurement, deux arrêts ont paru admettre un vol du contenu informationnel de fichiers informatiques tout en soulignant que les prévenus ont manipulé le support matériel de l'information : Cass. crim. 12 janvier 1989, Bourquin, bull. n° 14 ; RSC 1990, p. 346 obs. Bouzat et p. 507, obs. M.-P. Lucas de Leyssac ; cass. crim. 1er mars 1989, Antoniolli ; bull. n° 100 ; D. 1990, somm. comm., p. 330, obs. J. Huet.

6 - Récemment, cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81336, promis à la publication, condamnant un internaute pour vol de fichiers informatiques (affaire « Bluetouff »), AJ pénal 2015. 413, Consécration - provisoire - du vol de données informatiques, E. Dreyer ; D. 2015. 1466, Vol par téléchargement de données numériques, L. Saenko ; Gaz. Pal., 18 juin 2015 n° 169, p. 8, S. Detraz ; JCP 2015, 887, L'entrée dans l'ère du vol par téléchargement : à propos de l'épilogue (provisoire ?) de l'affaire Bluetouff, G. Beaussonie. Rejet du pourvoi contre CA Paris, 5 févr. 2014, n° 13/04833, Comm. Comm. électr. 2014, comm. 40, E. A. Caprioli.

de traitement automatisé. Cette nouvelle infraction de vol (et de recel) de données (section I) n'est pas sans conséquences (section II).

Section I - La genèse de la nouvelle incrimination

La nouvelle infraction (§ 2) est née des limites des incriminations déjà existantes, pourtant nombreuses (§ 1).

§ 1 : La vaine abondance des incriminations pénales

L'incrimination de contrefaçon paraît, *a priori*, la plus adaptée à l'appropriation[7] d'un bien numérique. On appelle contrefaçon toute atteinte portée à un droit de propriété littéraire, artistique ou industrielle. Il n'existe pas une infraction pénale générale de contrefaçon mais un texte d'incrimination pour chaque titre de propriété intellectuelle. Animé par une conception utilitariste du droit pénal, le législateur a incriminé de très nombreux comportements largement définis (et en procédant parfois par renvoi), heurtant ainsi le principe de légalité criminelle. La protection est donc extrêmement étendue, sauf qu'il faudra, quel que soit le type de contrefaçon, que le bien numérique ait été préalablement fixé dans les formes du code de la propriété intellectuelle, par un brevet, un droit de marque valable, des droits d'auteur...
Or, tous les biens numériques ne sont pas nécessairement susceptibles de bénéficier de cette protection.
C'est pourquoi le code de la propriété intellectuelle comporte également des dispositions relatives au droit *sui generis* du producteur de bases de données qui s'appliquent même lorsque celles-ci ne sont pas protégées par un droit d'auteur. Ces dispositions protègent l'investissement consenti pour la constitution et la gestion d'une base de données. La base de données est définie par l'article L 112-3 alinéa 2 du code de la propriété intellectuelle, comme « un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen ». Le droit *sui generis* appartient au producteur de la base de données, qui est, aux termes de l'article L 341-1 « la personne qui prend

7 - Il faut reconnaître que le terme d'appropriation n'est pas tout à fait heureux : l'appropriation consiste dans l'acte de s'approprier, donc de se donner la propriété. Il est dès lors malvenu s'agissant d'un bien incorporel dont on n'est pas propriétaire au sens strict, et plus encore lorsque celui-ci est une donnée ou une information qui ne répond pas aux exigences du droit de la propriété intellectuelle. Mais on ne peut pas parler d'appréhension d'un bien incorporel : si le verbe « appréhender » a plusieurs sens, dont celui de prendre un objet et celui de saisir intellectuellement, l'appréhension ne peut qu'être une activité de l'esprit. L'appréhension est en effet définie par le Littré comme « la facilité à comprendre » et par le Petit Larousse comme « l'acte par lequel l'esprit saisit un objet de pensée, comprend quelque chose ».

l'initiative et le risque des investissements correspondants » lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de contenu de la base « atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel ». La répression pénale, prévue à l'article L343-4[8] est rarement mise en œuvre, le contentieux est singulièrement pauvre, les plaignants actionnant plus volontiers la voie civile en la matière, sans nécessairement de succès, compte tenu de la définition restrictive de la base de données[9] et de la difficulté de rapporter la preuve d'un investissement substantiel[10].
Si bien que la tentation est grande de se tourner vers les incriminations du code pénal.

Hormis le vol, les autres infractions qui protègent le patrimoine supportent d'être appliquées à des biens immatériels mais elles exigent la réunion de nombreux éléments constitutifs qui limitent strictement le champ d'application de chacune d'entre elles. Passons rapidement sur l'escroquerie : l'infraction est inadaptée à l'appropriation frauduleuse d'un bien immatériel car celle-ci consiste le plus souvent en un geste simple, qui ne suppose pas l'emploi de manœuvres frauduleuses destinées à tromper autrui afin de provoquer la remise du bien par son propriétaire. Cela dit, sous cette réserve, l'escroquerie d'un bien numérique est concevable puisque l'article 313-1 du code pénal punit celui qui se fait remettre des « *fonds, valeurs ou bien quelconque* », ce dernier pouvant donc être matériel ou immatériel.
L'abus de confiance est plus approprié, chaque fois en tous cas que le bien détourné a, auparavant, fait l'objet d'une remise à titre précaire en vertu d'un titre. Comme en matière d'escroquerie, l'abus de confiance peut porter, aux termes de l'article 314-1 du code pénal, sur des « *fonds, valeurs ou bien quelconque* ».
De fait, dès les années 2000, la Cour de cassation a énoncé que « l'article 314-1 s'applique à un bien quelconque et non seulement à un bien corporel ». En l'espèce, le dirigeant d'une entreprise de vente par correspondance avait conservé le numéro de carte de crédit et l'autorisation de prélèvement donnée par un client pour

8 - Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende le fait de porter atteinte aux droits du producteur d'une base de données tels que définis à l'article L. 342-1. Lorsque le délit a été commis en bande organisée, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 500 000 euros d'amende.

9 - Ainsi, il a été jugé qu'un fichier clients informatisé ne constitue pas une base de données protégée par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle (TGI Paris, 3e sect., 4e ch., 21 févr. 2013, Sté Sarenza c/ Sté NA2J et Stés Vivaki, Comm. Comm. électr. 2013, comm. 95, E. A. Caprioli).

10 - Notamment parce que les moyens mis en œuvre pour la création des éléments constitutifs du contenu d'une base de données ne sont pas pris en compte : v. par ex., cass. 1ère civ., 5 mars 2009, n° 07-19734 et 07-19735Bull. civ. I, n° 46.

une commande et les avait utilisés pour obtenir un paiement indu[11]. Ultérieurement, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt qui avait retenu l'abus de confiance à l'encontre d'un salarié qui utilisait l'ordinateur et la connexion internet mis à sa disposition par son employeur pour aller sur des sites pornographiques et stocker les messages et les images obtenus. C'est donc que la connexion internet est un « bien quelconque » au sens de l'article 314-1. L'abus de confiance a également été caractérisé à l'encontre d'un salarié qui a réalisé un projet de borne informatique de gestion pour le compte de son employeur puis l'a proposé au client au nom d'une autre société avec laquelle il était entré en contact. Le pourvoi, qui fait notamment valoir que le projet est une œuvre de l'esprit qui ne constitue pas un bien matériel susceptible de détournement, est rejeté, le prévenu ayant disposé « au profit d'un tiers et comme d'un bien propre d'un projet qui, dès sa réalisation, était propriété de l'employeur et dont il n'était devenu que détenteur » [12].

L'affaire semblait donc entendue lorsque la chambre criminelle a opéré un revirement en énonçant que « le détournement d'un contrat n'est pénalement punissable que s'il porte sur l'écrit le constatant, mais non sur les stipulations qu'il contient »[13]. Toutefois, moins d'un an plus tard, survient un nouveau revirement : à propos d'un ancien salarié soupçonné d'avoir détourné la clientèle de son ex employeur, la Cour de cassation déclare que les dispositions de l'article 314-1 du Code pénal « s'appliquent à un bien quelconque, susceptible d'appropriation » et que « les informations relatives à la clientèle constituent un bien susceptible d'être détourné »[14]. Depuis, la Cour de cassation semble décidée à rester sur cette position. Elle a ainsi rejeté le pourvoi formé contre la condamnation pour abus de confiance du prévenu qui a, en connaissance de cause, détourné en les dupliquant, pour son usage personnel, au préjudice de son employeur, des fichiers informatiques contenant des informations confidentielles et mis à sa disposition pour un usage professionnel »[15]. La Haute juridiction a même admis que « l'utilisation, par un salarié, de son temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles

11 - Cass. crim. 14 novembre 2000, bull. n° 338 ; D. 2001, p. 1423, note de Lamy ; Dr. pénal 2001, comm. n° 28, obs. M. Véron et la chronique n° 16 de S. Jacopin, Le début d'une évolution sur la nature de la chose susceptible d'appropriation frauduleuse ; RSC 2001, p. 385, obs. R. Ottenhof.

12 - Cass. crim. 22 septembre 2004, bull. n° 218, D. 2005, p. 411, note B. de Lamy ; JCP G 2005, I, 106, n° 3, A. Maron, J.-H. Robert et M. Véron et II, 10034, note Mendoza-Caminade, Rev. sc. crim. 2005, p. 852, note R. Ottenhof ; RTD com. 2005, p. 179, note B. Bouloc.

13 - Cass. crim., 1er déc. 2010, n° 09-88.478 : Dr. pén. 2011, comm. 29, note M. Véron ; D. 2011, p. 1864, obs. C. Mascala.

14 - Cass. crim., 16 nov. 2011, n° 10-87.866, Bull. n° 233, JCP G 2012, 322 ; S. Detraz, Dr. penal 2012, comm. 1, obs. M. Véron.

15 - Cass. crim., 22 oct. 2014, n° 13-82630 ; JCP G 2015, 52, G. Beaussonie et G. Bargain ; D. 2015, p. 415, note A. Mendoza-Caminade ; Comm. com. électr. 2015, comm. 17, note É. A. Caprioli.

il perçoit une rémunération de son employeur constitue un abus de confiance » [16].
Ces divers exemples jurisprudentiels, qui s'inscrivent tous dans une relation employeur/employé, montrent que l'abus de confiance ne peut être retenu que lorsque sa condition préalable a été satisfaite : le bien détourné doit avoir été, auparavant, remis à titre précaire, à l'auteur du détournement. Nombre d'hypothèses d'appropriation frauduleuse d'un bien numérique se trouvent donc excluent du champ d'application de l'incrimination.

Les limites inhérentes à chacune des infractions envisagées ont conduit le législateur à renforcer la protection contre les atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données.

§ 2 : Le vol et le recel de données

La fraude informatique a donné lieu à un arsenal répressif important situé aux articles 323-1 à 323-7 du code pénal.
Cet arsenal punissait jusque là le fait d'accéder ou de se maintenir (art. 323-1), d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données (art. 323-2) ou encore d'y introduire frauduleusement des données ou d'en supprimer ou d'en modifier frauduleusement les données (art. 323-3) ainsi que l'importation, la détention, l'offre, la cession ou la mise à disposition d'un équipement, d'un instrument, d'un programme informatique ou de toute donnée conçus ou spécialement adaptés pour commettre des atteintes à un système de traitement automatisé de données (art. 323-3-1) et la participation à un groupement de pirates informatiques (art. 323-4). On constate donc que nulle disposition ne venait punir la seule appropriation frauduleuse, sans effraction, de données numériques, ni leur recel.
Mais à l'occasion de l'adoption de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, la rédaction de l'article 323-3 du code pénal a été modifiée afin d'étendre la répression à l'extraction, la détention, la reproduction, ou la transmission frauduleuse de données contenues dans un système de traitement automatisé[17]. Ce faisant, le législateur a incriminé le vol de données immatérielles ainsi que leur recel.

16 - Cass. crim., 19 juin 2013, n° 12-83031 ; D. 2013, p. 1936, G. Beaussonie ; JCP G 2013, 933, S. Détraz ; Gaz. Pal. 4-8 août 2013, p. 9, R. Mésa ; Dr. pénal 2013, comm. 158, obs. M. Véron ; JCP S 2014, 1128, F. Duquesne ; Rev. dr. trav. 2013, p. 767, La sanction pénale du détournement de son temps de travail par un salarié : détournement de l'abus de confiance, V. Malabat ; Rev. dr. soc. 2013, p. 1008, Abus de confiance par détournement du temps de travail du salarié L. Saenko.

17 - C. Mauro, Une nouvelle loi contre le terrorisme : quelles innovations ? . - À propos de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014, JCP G 2014, 1203.

L'extraction, la détention, la reproduction, ou la transmission frauduleuse de données sont punis, hors circonstance aggravante, de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende[18], soit plus sévèrement que le vol d'une chose matérielle.
L'innovation est un peu cavalière, il faut bien l'avouer, tant le lien entre le terrorisme et le vol de données n'est pas d'une évidence absolue[19].

Mais la question se pose de savoir si l'incrimination de la détention et de la transmission frauduleuse des données était nécessaire. En effet, le recel, puni par l'article 321-1 du code pénal, est constitué dès lors que le prévenu détient le bien en sachant qu'il provient d'un crime ou d'un délit, quel que soit ce crime ou ce délit. Certes le recel de bien numérique ne paraît pas pouvoir être puni sur le fondement de l'article 321-1, alinéa 1, car celui-ci incrimine la détention d'une « chose » en sachant qu'elle provient d'un crime ou d'un délit[20]. Mais l'alinéa 2 sanctionne le recel profit qui consiste à bénéficier, en connaissance de cause, du produit d'un crime ou d'un délit. Ce fondement permettrait aisément la répression du receleur d'un bien numérique frauduleusement obtenu. Allant au-delà, maintenant qu'il est acquis que l'escroquerie et l'abus de confiance peuvent porter sur des biens immatériels, la cohérence impose que ces mêmes biens puissent faire l'objet d'un recel punissable.
Pourtant aujourd'hui encore, la question de la dématérialisation du recel est débattue. Il faut dire que la consécration claire de la dématérialisation de l'objet de recel est empêchée par les impératifs de la liberté de la presse : la jurisprudence rappelle régulièrement qu'une information dénuée de tout support matériel échappe aux prévisions de l'article 321-1 du code pénal lorsque celle-ci, obtenue grâce à la violation d'un secret professionnel ou de l'enquête et de l'instruction, est publiée dans la presse[21]. Mais, hormis cette hypothèse, la jurisprudence admet depuis longtemps le recel d'un bien immatériel. Elle a ainsi a condamné pour recel le cédant de parts sociales devenu

18 - La circonstance aggravation réalisée lorsque l'infraction a été commise à l'encontre d'un système de traitement automatisé de données à caractère personnel mis en œuvre par l'Etat, porte la peine à sept ans d'emprisonnement et à 300 000 € d'amende.

19 - V. E. Chauvin et F. Vadillo, Quand la lutte antiterroriste fait évoluer la notion de vol : les modifications de l'article 323-3 du code pénal introduites par l'article 16 de la loi du 13 novembre 2014, Gaz. Pal. 16 avr. 2015, n° 106, p. 6.

20 - Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-86491.

21 - Cass. crim., 3 avr. 1995, précité et cass. crim.,19 juin 2001, n° 99-85188 : Bull. crim. 2001, n° 149 ; JCP G 2002, II, 10064, concl. D. Commaret, note A. Lepage ; D. 2001, p. 2538, note B. Beigner et B. de Lamy ; Gaz. Pal. 2002, 1, p. 120, note Y. Monnet ; LPA 5 sept. 2001, p. 14, note E. Derieux ; Rev. sc. crim. 2002, p. 96, obs. B. Bouloc, p. 119, obs. J. Francillon et p. 592, obs. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire ; RTD com. 2002, p. 178, obs. B. Bouloc ; D. 2001, p. 2205, chron. C. Prieur, interview par P. Rancé, "Les oreilles du président" ; D. 2002, somm. comm. p. 1463, J. Pradel ; Cass. crim., 12 juin 2007, n° 06-87.361 ; Bull. crim. 2007, n° 157 ; JCP G 2007, II, 10159, note F. Fourment, C. Michalski et Ph. Piot ; Dr. pén. 2007, comm. 143, note M. Véron.

créancier du prix de leur cession, celui-ci n'ayant pas été payé[22]. Des recels d'actions[23], de parts sociales[24] et de noms de domaine sur internet[25] provenant de banqueroutes ont également aussi été punis. Et lorsque l'information obtenue frauduleusement n'est pas destinée à être médiatisée, elle peut faire l'objet d'un recel[26].
Sans doute, le législateur a-t-il incriminé de manière autonome le recel de données à l'article 323-3 du code pénal afin de s'assurer de manière certaine de sa répression.

La modification de l'article 323-3 du code pénal par son extension au vol et au recel de données n'est pas sans conséquences.

Section II - Les conséquences de la nouvelle incrimination

Ces conséquences sont négatives en ce que le nouveau délit crée des hypothèses dans lesquelles l'hésitation entre plusieurs qualifications, dont celle de l'article 323-3 du code pénal, sera permise (§ 1). Positivement, l'extension réalisée rend moins urgente l'incrimination de violation du secret des affaires (§ 2).

§ 1 : Les hésitations dans le choix de la qualification

Lorsque le législateur créé une nouvelle infraction, il prend le risque que sa définition chevauche, au moins partiellement, celles prévues par d'autres incriminations déjà existantes.
Le problème ne se pose pas lorsque le vol de données a nécessité au préalable un accès et/ou un maintien frauduleux dans le système de traitement automatisé des données : deux infractions nettement distinctes sont alors réalisées, l'une punie par l'article 323-1 et l'autre par l'article 323-3 du code pénal.
En revanche, lorsqu'un salarié duplique frauduleusement des données numériques de l'entreprise, il commet, en un geste et une volonté de fraude uniques, deux infractions distinctes : le délit d'abus de confiance et le nouveau délit de l'article 323-3 du code pénal. Si ces données sont communiquées à un concurrent de mauvaise foi, ce dernier commet à

22 - Cass. crim., 18 janv. 1988, n° 87-80.298 : Bull. crim. 1988, n° 22 ; JCP G 1988, IV, p. 116 ; D. 1988, inf. rap. p. 68 ; Rev. sc. crim. 1989, p. 118, obs. P. Bouzat ; Rev. sociétés 1988, p. 576, note B. Bouloc. – V. aussi, CA Douai, 7 juin 2005 : JurisData n° 2005-282875.

23 - Cass. crim., 26 juin 1873, D. 1873, 1, p. 388 ; S. 1873, 1, p. 345.

24 - CA Aix-en-Provence, 5e ch., 9 mai 2007, n° 2007/283.

25 - CA Paris, 14 mars 2005, Dr. sociétés 2005, comm. 230, note R. Salomon.

26 - Pour un recel de violation de secret de fabrique : (Cass. crim., 7 nov. 1974, Bull. crim. 1974, n° 323 ; Gaz. Pal. 1975, 1, somm. p. 96, note crit. Pour un recel de violation de secret professionnel : Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-86.491 ; V. aussi : CA Aix-en-Provence, 30 juin 2009, n° 808M/2009. Pour un recel de vol de fichiers informatiques : Cass. crim., 20 oct. 2010, n° 09-88.387, 2010, 1273, note S. Detraz.

la fois un recel de droit commun et l'infraction de détention des données, également punie par l'article 323-3 du code pénal. Ce conflit n'est pas aisé à résoudre. En effet, la jurisprudence distingue selon que le comportement en cause a porté atteinte à une seule ou à plusieurs valeurs sociales distinctes. Dans le premier cas, le conflit est réglé par le choix d'une seule qualification, en raison du principe *non bis in idem*. Si les valeurs sociales atteintes sont distinctes, deux déclarations de culpabilité peuvent être prononcées. Le prévenu encourt alors, en vertu de l'article 132-3 du code pénal, la plus forte des peines, de chaque nature différente, sanctionnant les infractions retenues. Pour s'en tenir aux peines principales, notre salarié-voleur de données et notre receleur-détenteur de données risqueraient cinq ans d'emprisonnement (article 323-3) et 375 000 euros d'amende (articles 314-1 et 321-1). Certes, ici, on peut soutenir que le comportement n'a lésé qu'une seule valeur sociale car les articles 314-1 et 323-3 appartiennent tous deux au livre 3 du code pénal qui sanctionnent les atteintes aux biens. Mais on ne peut ignorer que si l'abus de confiance protège effectivement le patrimoine, les dispositions relatives aux fraudes informatiques protègent la confidentialité d'informations dans un contexte économique de concurrence mondiale. En outre, quand bien on considère qu'un seul impératif social a été violé, toute difficulté n'est pas surmontée pour autant. Il faut en effet décider quel texte fondera la condamnation. Habituellement, la jurisprudence retient la qualification qui emporte la plus haute expression pénale. Mais elle fait parfois également application du principe de spécialité de l'incrimination[27]. Dans notre hypothèse, le délit de fraude informatique l'emporte compte tenu du principe de spécialité de l'incrimination et parce qu'il est puni de cinq ans d'emprisonnement (contre trois ans pour l'abus de confiance). Le juge n'aurait donc pas l'opportunité de prononcer une amende d'un montant maximal de 375 000 euros même en cas d'espionnage industriel aux enjeux financiers colossaux. Il n'en demeure pas moins que le nouvel article 323-3 présente l'avantage de saisir les actes d'espionnage industriel par piratage informatique dont la qualification pénale était jusque là délicate...

§ 2 : La répression de l'espionnage industriel par piratage informatique

En effet, au titre cette fois des conséquences positives du nouveau délit de l'article 323-3 du code pénal, il faut relever que la nouvelle incrimination rend moins urgente l'éventuelle création de l'infraction de violation du secret des affaires.

27 - V. J. Pradel, Droit pénal général, Cujas, 19ème éd., n° 305 et suivant.

Depuis quelques années, il est en effet question de punir la violation d'un tel secret qui n'est pas toujours protégé par l'arsenal pénal. La violation du secret de fabrique ou du secret professionnel[28], qui protège le savoir-faire de l'industriel, ont des conditions d'application restrictives, tenant notamment à la qualité du divulgateur[29] : la violation du secret du secret de fabrique suppose d'être salarié ou directeur d'une entreprise et les personnes tenues au secret professionnel sont désignées par la loi et la jurisprudence. Il existe également une infraction de collecte frauduleuse des données personnelles, punie par l'article 226-18 du code pénal, encore faut-il que les données soient relatives à des personnes identifiées ou identifiables. Enfin, l'infraction de livraison d'informations à une puissance étrangère, définie par les articles 411-6 à 411-8 du code pénal, ne trouve à s'appliquer que dans des hypothèses restreintes.

Afin d'incriminer la violation du secret des affaires, une proposition déposée le 22 novembre 2011 par le député Bernard Carayon avait été adoptée en première lecture l'Assemblée nationale le 23 janvier 2012[30]. Fruit d'un consensus sur la nécessité de protéger les informations sensibles des entreprises, ce texte, contrairement à souvent, était le résultat de longues discussions entre les acteurs concernés, notamment les divers ministères intéressés et les représentants des entreprises et aurait eu toutes les chances de prospérer si les élections présidentielles ne s'étaient pas profilées.

Une nouvelle proposition de loi a été déposée par Bruno Le Roux et Jean-Jacques Urvoas le 16 juillet 2014[31] et par la suite intégrée au projet de loi n° 2447 pour la croissance et l'activité (Macron). Adopté le 12 janvier 2015, l'amendement introduisait un nouvel article L. 151-1 dans le code de commerce, aux termes duquel, l'information protégée est l'information, non publique, qui revêt une valeur économique et qui fait l'objet de mesures de protection raisonnables[32] .

28 - Secret de fabrique : articles L. 1227-1 du code du travail et L. 621-1 du code de la propriété intellectuelle ; secret professionnel : article 226-13 du code pénal.

29 - D. Rebut, Le secret des affaires, JCP G 19 novembre 2012, n° hors-série.

30 - V. W. Roumier, Dr. pénal 2012, alerte 12 ; D. 2012. Actu. 286, obs. A. Astaix.

31 - Proposition de loi n° 2139, relative à la protection du secret des affaires. Celle-ci s'inspire de la directive européenne du 28 novembre 2013. Sur la directive, v. J. Azéma, La protection du secret des affaires dans la perspective de la proposition de directive européenne, Propriété industrielle 2014, étude 17.

32 - Proposition de loi, nouvel art. L. 151-1 du code de commerce :
- Est protégée au titre du secret des affaires, indépendamment de son incorporation à un support, toute information :
« 1° Qui ne présente pas un caractère public en ce qu'elle n'est pas, en elle-même ou dans l'assemblage de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible à une personne agissant dans un secteur ou un domaine d'activité traitant habituellement de ce genre d'information ;
« 2° Qui, notamment en ce qu'elle est dénuée de caractère public, s'analyse comme un élément à part entière du potentiel scientifique et technique, des positions stratégiques, des intérêts commerciaux et financiers ou de la capacité concurrentielle de son détenteur et revêt en conséquence une valeur économique ;
« 3° Qui fait l'objet de mesures de protection raisonnables, compte tenu de sa valeur économique et des circonstances, pour en conserver le caractère non public.

Outre des mesures civiles de protection, le texte punissait de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende la violation du secret des affaires, défini comme « Le fait pour quiconque de prendre connaissance ou de révéler sans autorisation ou de détourner toute information protégée au titre du secret des affaires au sens de l'article L. 151-1 »[33]. Les causes d'exonération étaient prévues par la disposition suivante. Au titre de celles-ci, il était prévu que le délit ne serait pas applicable « à celui qui informe ou signale aux autorités compétentes des faits susceptibles de constituer des infractions aux lois et règlements en vigueur dont il a eu connaissance »[34]. Malgré cette précision, journalistes et lanceurs d'alerte se sont mobilisés afin que l'amendement soit retiré, convaincus que son adoption entraverait la révélation d'affaires mettant en cause de grandes entreprises et notamment les laboratoires pharmaceutiques responsables de scandales sanitaires. Une nouvelle mouture de l'amendement a été présentée le 23 janvier 2015[35]. Celle-ci inscrivait, à l'article L 152-2, deux cas supplémentaires d'exonération de la responsabilité pénale. L'article L 152-1 était dès lors inapplicable « dans les cas d'usage légitime du droit à la liberté d'expression et d'information » et « à celui ou celle qui informe ou signale de bonne foi aux autorités compétentes ou aux médias des faits susceptibles de constituer une menace ou une atteinte à l'intérêt général, notamment la violation de la loi ou des droits de l'homme, un risque grave pour la santé, la sécurité publique ou l'environnement ».

Cela n'a pas suffit à rassurer les opposants à l'amendement, d'autant que l'article L 151-2 relatif à la responsabilité civile de l'auteur de la violation du secret des affaires n'avait pas été retouché. Or, celui-ci prévoyait bien l'exonération mais seulement lorsque l'atteinte avait été « strictement nécessaire à la sauvegarde d'un intérêt supérieur, tel que l'exercice légitime de la liberté d'expression ou d'information ou la révélation d'un acte illégal ». Le risque d'une interprétation défavorable à la liberté d'information fut agité et l'amendement relatif à la protection du secret des affaires fut finalement retiré le 30 janvier dernier.

La déception des entrepreneurs, unanimes à s'inquiéter de la protection du secret des affaires, doit désormais être tempérée

33 - La suite de la disposition prévoyait une circonstance aggravante portant les peines à sept ans d'emprisonnement et 750 000 € d'amende « lorsque l'infraction est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité ou aux intérêts économiques essentiels de la France » (§ II), incriminait la tentative (§ III), précisait les peines complémentaires (§ IV) et les peines encourues par les personnes morales (§ 5).

34 - « Art. L. 152 2. – L'article L. 152-1 n'est pas applicable :
« 1° Dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret ;
« 2° À celui qui informe ou signale aux autorités compétentes des faits susceptibles de constituer des infractions aux lois et règlements en vigueur dont il a eu connaissance ;
« 3° Sous réserve de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, aux autorités juridictionnelles ou administratives compétentes dans l'exercice de leur mission de contrôle, de surveillance ou de sanction ».

35 - Amendement n° 2629.

par la création des nouvelles incriminations de vol et de recel de données qui atteignent les hypothèses d'espionnage industriel par piratage informatique.

L'importance et la valeur des biens numériques justifient leur protection pénale. C'est chose faite avec la nouvelle rédaction de l'article 323-3 du code pénal. Elle évitera l'interprétation extensive, parfois déformante, des infractions classiques. L'intervention législative était donc bienvenue. C'est suffisamment rare en droit pénal spécial pour être souligné.

LE LOGICIEL DÉMATÉRIALISÉ

Emmanuel Netter
Maître de conférences en droit privé à l'Université de Picardie Jules Verne,
Directeur adjoint du Centre de droit privé et de sciences criminelles d'Amiens (CEPRISCA)

2013 restera comme un moment-clé dans l'histoire du jeu vidéo, et à travers lui dans l'histoire du logiciel. Le marché pèse 2,7 milliards d'euros par an, répartis pour l'essentiel entre deux types de plateformes : les ordinateurs et les consoles de salon[1]. Lesdites consoles sont essentiellement aux mains d'un oligopole formé par *Sony* et ses *Playstation*, *Microsoft* et ses *Xbox, Nintendo* et ses *Wii U*. Mi-2013, une nouvelle génération de machines doit être présentée au public[2]. C'est *Microsoft* qui tire le premier, en présentant les principales caractéristiques de la future *Xbox One* dans le cadre de l'*Electronic Entertainment Expo* (E3) à Los Angeles. Ces annonces provoquent, au sein de la communauté des joueurs, une stupeur qui se transforme rapidement en indignation[3]. On apprend en effet que la console refusera de fonctionner si elle ne bénéficie pas d'un accès permanent - tout du moins quotidien - à internet[4]. Ensuite, le prêt gratuit de jeu à un ami sera fortement restreint, voire empêché[5]. Enfin et surtout, la revente d'occasion ne sera possible que par l'intermédiaire d'un marchand agréé par *Microsoft*, et moyennant le prélèvement d'une commission[6] ! Ces trois caractéristiques formaient un tout cohérent. L'accès permanent à internet n'était pas exigé dans l'intérêt de l'utilisateur. Il ne visait pas, ou pas principalement, à irriguer sa console de fonctionnalités multijoueurs ou de l'accès permanent à un réseau d'amis. Il s'agissait surtout de vérifier, à chaque instant, que la console exécutait des logiciels dans la stricte mesure des autorisations accordées par *Microsoft*. Lancer un jeu prêté par son grand frère ? Il aurait fallu entrer préalablement les

1 - Chiffres du Syndicat des Editeurs de Logiciels de Loisir pour 2014, consultables sur http://www.sell.fr/article/l-essentiel-du-jeu-video-4. Ces chiffres se cantonnent aux consoles et ordinateurs. Sur les applications pour téléphones mobiles : V. *infra*. De plus, ils ne tiennent pas compte des ventes dématérialisées sur PC opérées par le géant *Steam* : V. *infra* également.

2 - La *Wii U* était déjà sortie, peu de temps auparavant. Il restait donc à annoncer les machines de *Sony* et de *Microsoft*.

3 - V. par ex. J. Marin, La nouvelle console de *Microsoft* sous le feu des critiques, article www.lemonde.fr du 10 juin 2013.

4 - Xbox One does require internet connection, can't play offline forever, article du 21 mai 2013 sur www.kotaku.com.

5 - Xbox One : le grand cafouillage de *Microsoft*, article du 23 mai 2013 consultable sur http://obsession.nouvelobs.com/high-tech/20130523.OBS0448/xbox-one-le-grand-cafouillage-de-microsoft.html.

6 - J. Marin, art. préc.

codes d'accès *Microsoft* du prêteur - ce qui l'aurait empêché de jouer simultanément, sur sa propre console, à un autre jeu. Utiliser un DVD-ROM légalement acheté par un premier joueur, mais revendu directement à un second joueur ? Impossible.

Sony, qui devait présenter sa *Playstation 4* un peu plus tard, a habilement réagi au tollé suscité par son concurrent. Parodiant et moquant les méthodes de *Microsoft*, *Sony* a diffusé une vidéo intitulée : *Official Playstation used game instructional video*[7]. On y voit deux individus, dont le premier tient dans les mains un boîtier plastique renfermant un DVD. Il déclare : « Voici comment on prête un jeu sur la *Playstation 4* »[8]. Il se tourne vers son comparse et lui tend la boîte. Son collègue saisit l'objet et lui dit « merci ! » : fin de la vidéo. Lors de sa conférence de presse, le président de *Sony Computer Entertainement* pour l'Amérique, M. Jack Tretton, a précisé sa philosophie : « Lorsque les joueurs achètent un disque pour la *Playstation 4*, ils ont le droit d'utiliser cette copie du jeu, de la vendre à quelqu'un, de la prêter à un ami ou de la conserver indéfiniment »[9]. Les concepts juridiques mobilisés par ce discours doivent être relevés. L'utilisateur du logiciel a « acheté » une « copie » du jeu, sur laquelle il doit exercer, en toute liberté, des prérogatives qui évoquent largement celles d'un propriétaire. Ce droit réel s'exerce d'une manière concrète, palpable, par une emprise matérielle sur une chose corporelle, le « disque » du jeu. Dans la vidéo humoristique, cette chose se transmet par tradition réelle, de la main à la main. L'idée sous-jacente est parfaitement claire : il y a quelque chose de naturel dans ce geste. Symétriquement, le joueur peut et doit ressentir un malaise lorsque le concurrent essaie de lui retirer cette prérogative. Le porte-parole de *Sony* tenant ce discours a été acclamé par le public[10]. *Microsoft* a été contraint à un rétro-pédalage rapide et quelque peu humiliant[11] : la console fonctionnera finalement même non connectée à l'internet ; il sera possible de prêter ses jeux ; il sera possible de les revendre.

Encore faut-il apporter une précision fondamentale. Les seuls jeux dont les utilisateurs disposent librement sont ceux vendus

7 - Cette vidéo est toujours consultable sur le compte *Youtube* officiel de la *Playstation*.

8 - « *This is how you share a game on PS4* ».

9 - « *When a gamer buys a PS4 disc, they have the rights to use that copy of the game, they can trade in the game at retail, sell it to another person, lend it to a friend or keep it forever* ». Pour une retranscription de ces propos : http://www.scpr.org/blogs/newmedia/2013/06/11/13951/video-e3-sony-launches-playstation-4-while-trollin/.

10 - *Ibid.*

11- *Microsoft* contraint de faire marche arrière sur sa Xbox One, article www.lemonde.fr du 19 juin 2013.

sur des supports physiques : aussi bien *Sony* que *Microsoft* ont totalement exclu la mise en place d'un marché de l'occasion pour les programmes dématérialisés acquis par la voie du téléchargement légal[12]. Impossible, par ailleurs, de prêter à un proche un programme obtenu ainsi. La version physique et la version dématérialisée du logiciel, souvent vendues au même prix, font donc l'objet d'un traitement très différent. Pourtant, l'utilisateur exploitera, dans les deux cas, des fichiers identiques. Simplement, dans un cas, ces fichiers lui auront été transmis par l'intermédiaire d'une galette de plastique gravée, dans l'autre, par l'intermédiaire d'un flux d'information transitant par des fils de cuivre ou des fibres optiques. Y aurait-il, en droit français, deux corps de règles différents applicables dans l'un et dans l'autre cas ?

Lorsque la question de la protection des créateurs de logiciels a commencé à se poser, dans les années 60, la doctrine hésitait entre deux solutions : faire basculer le logiciel dans le monde des brevets, en tant qu'il appartient « au monde de l'industrie et de la technique »[13], ou le soumettre au droit d'auteur, en tant qu'œuvre de l'esprit. Le législateur français a opté pour la seconde solution. Aux termes de l'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle : « Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code : [...] 13° Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire [...] »[14]. Si la loi française accorde au logiciel une protection directe, sans passer par le truchement de catégories préexistantes, la directive européenne de 1991 « concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur »[15] a fait un autre choix. L'article 1er dispose en effet : « [...] les États membres protègent les programmes d'ordinateur par le droit d'auteur **en tant qu'œuvres littéraires** au sens de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques [...] »[16]. Certains ironisent : « [...] le logiciel se trouve ainsi placé quelque part entre Proust et Hemingway [...] »[17]. Qu'il soit considéré pour lui-même ou comme un cousin étrange de La recherche du temps perdu, le

12 - *Ibid*.

13 - C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Lexisnexis, 2ème éd., 2009, n° 176.

14 - Cette protection du logiciel par le droit français a été initiée par la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle.

15 - Directive n° 91/250 du 14 mai 1991.

16 - Art. 1er de la directive. Nous soulignons.

17- M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2ème éd., 2013, n° 156. Les auteurs expliquent ce choix. Alors que le droit français accepte le principe d'une protection pour toute œuvre de l'esprit (art. L. 111-1 CPI), les pays de *copyright*, bien représentés en Europe, regroupent les œuvres susceptibles d'être protégées en une liste limitative. Il est alors plus facile de rattacher le nouvel arrivant à une catégorie préexistante.

logiciel est donc placé sous l'égide du droit de la propriété littéraire et artistique. Ce choix continue à faire débat[18]. La jurisprudence, elle, est claire, depuis 1986 et un arrêt *Atari* de la Cour de cassation, dans lequel on peut lire : « [...] un logiciel, dès lors qu'il est original, est une œuvre de l'esprit protégée par la loi sur le droit d'auteur »[19]. Les règles applicables à la protection des créateurs et éditeurs de logiciels sont donc celles du droit d'auteur. Prévoient-elles un traitement distinct, selon que l'œuvre est fixée sur un support corporel tel qu'un disque en plastique, ou qu'elle transite dans un flux de données ? La réponse semble négative. Un auteur écrit ainsi : « L'objet du droit d'auteur réside dans l'immatériel. En effet, le droit d'auteur ignore largement le support de l'œuvre, qu'il soit de création (la toile du peintre) ou de commercialisation (le CD ou le DVD). Il ne s'intéresse qu'au bien immatériel. Il n'a pas pour objet le *corpus*, mais l'immatérialité de l'œuvre »[20]. L'œuvre constitue l'âme. Le support n'est qu'une enveloppe charnelle, de peu d'importance. Mais que le support lui-même glisse aujourd'hui vers l'immatériel, est-ce vraiment indifférent ? Le même auteur poursuit : « [...] on a le sentiment que l'immatériel est partout et que, par exemple, sur internet, tout est immatériel. Or, ce n'est pas vrai car, sur internet comme ailleurs, il existe des éléments matériels et, notamment, des flux électriques qui, s'ils ne sont pas palpables ou visibles à l'œil nu, ont néanmoins un *corpus* »[21]. Ainsi, seule l'œuvre transcende véritablement la matière. Le support, lui, s'accroche toujours en quelque façon au monde matériel : sous des formes qui sont parfois grossières et palpables, parfois discrètes et inaccessibles aux sens. En tous les cas, peu importe quel support aura été choisi pour la commercialisation de l'œuvre : le droit d'auteur aura *a priori* un contenu et une intensité parfaitement identiques. Symétriquement, les droits des utilisateurs devraient toujours avoir les mêmes limites, peu important le véhicule choisi pour obtenir un exemplaire de l'œuvre.

Pourtant, nous avons souligné à quel point leurs prérogatives se transforment aujourd'hui, selon qu'elles s'exercent sur un logiciel incorporé dans un CD ou DVD-ROM, ou qu'elles ont pour objet une

18 - V. not. P. Catala, *Le droit à l'épreuve du numérique,* PUF, 1998, spéc. le chap. 15 : Le droit d'auteur sur les logiciels : protection banale ou spéciale ; J.-L. Goutal, Logiciel : l'éternel retour, *in Droit et techniques. Etudes à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Lexisnexis, 2007, p. 217 ; C. Le Stanc, Logiciel : trente ans entre droit d'auteur et brevet. Bilan ?, *ibid*., p. 272.

19 - Cass. ass. plén., 7 mars 1986, n° 84-93509 : Bull. ass. plén., n° 4 ; D. 1986, jur., p. 405, note B. Edelman; JCP G, 1986, II, 20631, note J.-M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant; RTD. com., 1986, p. 399, obs. A. Françon; RIDA, 1986, n° 129, p. 136, note A. Lucas.

20 - C. Caron, *op. cit.*, n° 18. Quand nous ferons référence à la notion de support, ce sera au sens de « support de commercialisation » et non « support de création ». Sur cette distinction, V. par ex. L. Breuker, Le support de création et le support de commercialisation de l'œuvre, CCE, n° 1, janv. 2003, chron. 2.

21 - C. Caron, *loc. cit.*

version dite « dématérialisée »[22]. Le mouvement, d'ailleurs, n'est pas univoque. Les utilisateurs des versions téléchargées ont perdu le droit de les revendre, ou de les prêter par simple tradition réelle. Mais *Apple*, par exemple, a récemment mis en place un système de « partage familial »[23]. Il permet à un utilisateur de partager ses richesses numériques - ses applications, mais aussi sa musique, ses films, ses livres dématérialisés - avec six personnes de son choix, partout dans le monde et simultanément. « Prêter » virtuellement un album musical à trois amis, une sœur et un cousin situés dans autant de pays différents, simultanément et sans se déplacer, n'était évidemment pas possible auparavant. Ainsi, le nouveau modèle auquel est adossé le logiciel dématérialisé ne peut être qualifié simplement de meilleur ou de plus mauvais que l'ancien. Nous assistons à la mise en place d'un nouveau paradigme. Quant aux fondements juridiques de cette évolution, nous avons constaté qu'ils ne peuvent être trouvés dans une discrimination qu'opérerait le Code de la propriété intellectuelle entre les supports. L'exemple du « partage familial » d'*Apple* laisse cependant entrevoir une piste : c'est la pratique contractuelle des géants du net, notamment américains, qui crée le droit nouveau. Cela ne signifie pas que le droit français est neutre à cet égard : laisser de telles pratiques se développer, c'est déjà prendre position. Cela suppose que notre droit de la propriété intellectuelle, notre droit de la consommation, notre droit des biens s'en accommodent pour l'instant. Cette tolérance doit-elle perdurer ? Faut-il qu'elle cesse ?

Ces questions doivent être posées, et l'être sans tarder. Car le mouvement de dématérialisation des richesses numériques est irréversible : les supports physiques auront disparu, pour l'essentiel, d'ici quelques années[24]. Le régime juridique que nous considérons encore comme nouveau et original, celui du support dématérialisé, sera bientôt le seul applicable. Nous reviendrons par conséquent plus en détails sur quelques enjeux de cette transformation (section I) avant, surtout, de proposer des analyses utiles pour l'avenir : des perspectives (section II).

22 - S'il est vrai qu'aucune version du logiciel ne sera jamais *totalement* immatérielle, le passage de la disquette, de la cartouche ou du CD à un simple ensemble de positions magnétiques sur un disque dur répond tout de même à un *degré* plus élevé d'immatériel. Nous qualifierons donc de logiciel dématérialisé celui qui aura été transmis à la machine supposée l'exécuter par exclusivement par l'intermédiaire d'un réseau.

23 - https://www.apple.com/fr/ios/whats-new/family-sharing/.

24 - Si notre réflexion prend appui sur l'exemple du logiciel, en raison notamment des discussions suscitées par l'arrêt *Usedsoft* de la CJUE (V. *infra*), nous répéterons régulièrement qu'un grand nombre de problèmes se retrouve à l'identique s'agissant des autres biens culturels numériques.

Section I - Enjeux

Nous passerons rapidement sur un enjeu secondaire, mais très révélateur des difficultés d'analyse auxquelles se heurte le droit français : le consommateur peut-il se rétracter après achat d'un logiciel dématérialisé ? Nous nous attarderons davantage sur un enjeu fondamental, qui concerne aussi bien les utilisateurs professionnels de logiciels que les consommateurs : peut-il exister un marché secondaire, un marché de l'occasion pour les logiciels dématérialisés ? Le premier problème se pose au stade de l'acquisition du logiciel (§ 1), le second au stade de la revente (§ 2).

§ 1 : Lors de l'acquisition du logiciel dématérialisé

Un consommateur acquiert, en ligne, un droit d'utilisation sur un programme d'ordinateur. Il télécharge le logiciel, l'exécute et le trouve finalement très décevant. Peut-il revenir en arrière ? Avant la loi du 17 mars 2014 dite « loi Hamon »[25], la question pouvait être sérieusement posée (A). Depuis, la réponse est clairement négative (B).

A. Avant la loi Hamon

Le grand public a pris l'habitude d'acheter des logiciels dématérialisés. Les téléphones intelligents, par exemple l'*iPhone* d'*Apple*, ont largement participé à cette démocratisation. Cette firme exige, dès la mise en service de l'appareil, la création d'un compte client et la saisie de coordonnées bancaires valides. Dès lors, acheter un contenu numérique, notamment une application, est à la fois simple et rapide. Les chiffres de l'*App Store* donnent le vertige. Pour la seule année 2014, le chiffre d'affaires s'est élevé à 14,3 milliards de dollars[26]. Le nombre de téléchargements se compte en millions par jour[27]. Des boutiques en ligne similaires ont été mises en place ces dernières années par *Google*, *Microsoft* ou encore *Amazon*[28]. La plateforme *Steam*, quant à elle, est spécialisée dans le jeu vidéo sur ordinateurs - alors que les enseignes précédemment citées vendent des applications de tous types, et sont présentes à la fois sur

25 - Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

26 - Le bénéfice est quant à lui de 4,3 milliards : http://www.silicon.fr/lapp-store-genere-143-milliards-de-dollars-de-chiffre-daffaires-en-2014-105520.html.

27 - http://appleinsider.com/articles/14/11/24/*Apple*s-ios-app-store-reaches-record-78m-daily-downloads.

28 - V. les sites de *Google Play*, *Windows Store*. *Amazon* vend ces logiciels sur son site habituel.

les téléphones mobiles et sur les ordinateurs. Elle est devenue un acteur incontournable sur ce marché[29].

Quelques clics et la tabulation du mot de passe de l'utilisateur suffiront généralement à l'acquisition du logiciel. L'opération peut se dérouler en quelques dizaines de secondes. Elle n'est pourtant pas anodine. Certes, le monde des téléphones intelligents a habitué les utilisateurs à débourser moins d'un euro pour la plupart des applications. Mais leur prix peut être plus élevé sans que les formalités d'acquisition ne soient alourdies en rien. Quelques rares cas d'applications à 1000 dollars ont été relevés[30]. Fréquemment, des applications de type GPS sont vendues plusieurs dizaines d'euros. Si l'on quitte l'univers des téléphones portables pour celui des ordinateurs fixes, on trouve couramment des jeux ou des logiciels utilitaires - montage vidéo, retouche photographique, tables de mixage - dans des fourchettes allant de 40 à 100 euros. Hors des périodes de promotions exceptionnelles, le prix est souvent le même que celui de la version « boîte » - la version gravée sur DVD et vendue dans une enseigne physique classique. S'agissant des jeux vidéo pour consoles et ordinateurs, le prix des nouveautés oscille généralement entre 50 et 70 euros.

Alors que le contrat peut être passé très vite et très facilement, il est impossible de tester le produit au préalable. Pourtant, il peut se révéler décevant dès les premières minutes d'utilisation. N'est-ce pas précisément le cas de figure dans lequel il est utile d'offrir au consommateur un droit de rétractation ? Avant la loi Hamon, le Code de la consommation prévoyait une telle faculté pour « toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de

29 - *Steam* garde jalouseuement le secret sur ses chiffres de vente : http://www.gamekult.com/actu/dematerialise-pas-de-boite-pas-de-chiffres-A142515.html. Une donnée est rendue publique : le nombre de comptes de joueurs réellement actifs, qui est de 75 millions : http://www.tomshardware.fr/articles/*Steam*-resultats-record,1-55586.html. Notons qu'il existe de nombreuses autres plateformes spécialisées dans le jeu dématérialisé pour ordinateurs, parmi lesquelles *Good Old Games* ou *Humble Bundle*. Elles se distinguent de *Steam* en proposant des jeux sans DRM (*Digital Rights Management*). Il sera largement question de ces DRM dans la suite de notre propos.

30 - L'application « *I am rich* » a marqué les esprits : pour 999 dollars, elle se contentait d'afficher cette phrase sur l'écran du téléphone. La description du logiciel dans le magasin en ligne expliquait que l'utilisateur était tellement aisé qu'il pouvait se permettre de dépenser autant d'argent dans une application inutile : http://www.technologizer.com/2008/08/05/the-first-1000-iphone-application/. « I'm rich » a été retiré par *Apple*, après avoir tout de même été acheté huit fois. Quant à l'application *MyCentrl*, pour « seulement » 800 dollars, elle donnait accès à un réseau social où l'on était certain de ne croiser que des gens issus de catégories socio-professionnelles élevées : http://www.igen.fr/app-store/mycentrl-le-retour-de-l-application-vip-7186.

communication à distance (...) »[31]. Le principe était donc celui d'un très vaste champ d'application. Mais plusieurs exceptions venaient aussitôt en amoindrir la portée[32].

L'une d'elles portait sur les contrats « de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques lorsqu'ils ont été descellés par le consommateur »[33]. La difficulté d'interprétation posée par ce texte réside dans la notion de descellement. Elle dérive à l'évidence du modèle classique de distribution de logiciels, gravés sur des disques en plastique. Ces disques sont enfermés dans des boîtiers. Les boîtiers sont entourés d'un film plastique, qui est rompu avant la première utilisation. Mais un auteur a plaidé en faveur de l'extension du champ de cette exception : « La question du descellement se pose-t-elle aussi à propos de la fourniture en ligne, essentiellement de logiciels ? Autrement dit, le consommateur perd-il également son droit de rétractation lorsque, par exemple, le procédé d'encodage couvrant un logiciel transmis en ligne est modifié par l'usage qui est fait de ce logiciel ou lorsque le fichier contenant le logiciel est décompressé à réception par l'utilisateur ? L'esprit du texte impose une réponse affirmative »[34]. L'exécution des fichiers fraîchement téléchargés pourrait être analysée en un pseudo-descellement. Lancer le logiciel dématérialisé pour la première fois et enfoncer le bout des doigts dans l'enveloppe plastique d'une boîte de DVD-ROM reviendrait au même. L'analogie proposée revient sinon à nier, du moins à minimiser fortement l'originalité du logiciel dénué de support palpable. Cette position n'était pas partagée par tous. Dans un rapport de 1997, le Conseil d'État estimait ainsi : « la prévision relative au descellement des logiciels et enregistrements signifie que seule est visée la livraison physique de ces produits »[35].

Mais le droit de rétractation était retiré dans une autre hypothèse : dans le cas « de fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de sept jours francs »[36]. Le même auteur qui avait proposé de retenir la notion de descellement s'agissant des logiciels dématérialisés estimait que, si son argumentation n'était pas suivie, alors ce serait cette

31 - Anciens art. L. 121-16 et suivants C. conso.

32 - Ancien art. L. 121-20-2 C. conso.

33 - *Ibid.*, 4°.

34 - J. Passa, Commerce électronique et protection du consommateur, D., 2002, p. 555.

35 - Rapport « Internet et les réseaux numériques », 1997,
consultable sur www.ladocumentationfrancaise.fr.

36 - Ancien art. L. 121-20-2 C. conso., 1°.

exception qui s'appliquerait[37]. Cette présentation est révélatrice des difficultés de qualification posées par ces supports immatériels. N'est-il pas remarquable qu'on les trouve si semblables aux logiciels distribués sur des supports traditionnels qu'il serait possible « d'ouvrir leur emballage » d'un clic de souris, mais qu'un instant plus tard on y voie une forme de prestation de services ? Les deux analyses semblent, au fond, difficilement compatibles. Leur seul point commun était d'aboutir, dans le cadre de ce texte du Code de la consommation, à empêcher les utilisateurs de se rétracter[38]. L'absence de contentieux en la matière ne permet pas de présenter le point de vue des juridictions de l'ordre judiciaire[39]. Du reste, le texte a été profondément remanié depuis.

B. Depuis la loi Hamon

En droit positif, les deux exceptions précitées au droit de rétractation des consommateurs, s'agissant des contrats conclus à distance, ont été conservées. Mais la loi Hamon a ajouté celle-ci : « Le droit de rétractation ne peut être exercé pour les contrats : [...] 13° De fourniture d'un contenu numérique non fourni sur un support matériel dont l'exécution a commencé après accord préalable exprès du consommateur et renoncement exprès à son droit de rétractation »[40]. On aurait pu s'attendre à un rattachement du contrat de fourniture de logiciel dématérialisé à l'univers des prestations de service. On aurait pu imaginer, à l'inverse, qu'il soit assimilé à la vente d'un logiciel sur support physique, moyennant quelques adaptations - notamment s'agissant de la notion de « descellement ». Mais le législateur refuse de se référer à l'existant, et crée une catégorie *sui generis*. À vrai dire, la loi ne fait sur ce point que transposer une directive de l'Union européenne[41]. Au sein des considérants qui ouvrent ce texte, le choix du *sui generis* est ouvertement assumé :

37 - J. Passa, art. préc. : « [...] Si pareille interprétation large n'était pas retenue, les services en ligne seraient de toute façon couverts par la disposition excluant, on l'a vu, l'exercice du droit de rétractation lorsque le service a commencé avant l'expiration du délai de sept jours à compter de la conclusion du contrat ».

38 - Remarquons que les deux analyses aboutissaient à un résultat légèrement différent. Si un utilisateur avait téléchargé le logiciel, mais avait éprouvé des remords avant de le lancer pour la première fois, il n'y aurait pas eu « descellement » au sens que donnait J. Passa à cette expression, et on aurait dû lui reconnaître le droit de se rétracter. En revanche, si l'on se situe dans le champ de l'exception relative à la fourniture de services, les éditeurs peuvent soutenir que débuter le téléchargement revient à demander l'exécution du service.

39 - Cette absence de contentieux peut fort bien s'expliquer par la faiblesses des sommes en jeu au regard des frais qui doivent être exposés pour agir en justice.

40 - Art. L. 121-21-8, dans sa rédaction issue de la loi du 17 mars 2014 précitée.

41- Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/cee du conseil et la directive 1999/44/ce du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/cee du Conseil et la directive 97/7/ce du Parlement européen et du Conseil.

« [...] les contrats relatifs à des contenus numériques non fournis sur un support matériel ne devraient être qualifiés, aux fins de la présente directive, ni comme contrats de vente ni comme contrats de service »[42]. On a choisi de ne pas choisir. Certes, d'autres contrats sont traités de manière identique[43], et la catégorie spécialement créée ne vaut qu'à l'échelle de cette directive, pas au-delà. Comment ne pas y voir, toutefois, un nouveau signe des difficultés de qualification posées par les contenus numériques dématérialisés ?

Sur le fond, doit-on se satisfaire de cette absence de droit de rétractation ? Certains estimeront qu'il n'y a pas de raison de mieux traiter l'acquéreur d'un logiciel dématérialisé que celui du même programme sur CD-ROM ou disquettes. Il faut toutefois se rappeler des raisons qui avaient conduit le législateur à refuser qu'un boîtier descellé soit renvoyé au marchand, accompagné d'une demande de remboursement. Fut un temps où il était facile et très peu coûteux, pour l'utilisateur, de réaliser une copie du programme chez lui. Un lecteur de disquettes ou un graveur de CD et quelques dizaines de minutes au grand maximum suffisaient pour incorporer l'œuvre dans un nouveau support. Permettre au client de se rétracter aussitôt après pour obtenir remboursement, c'eût été promouvoir indirectement la contrefaçon. La dématérialisation des logiciels, nous y reviendrons, s'est accompagnée du développement de mesures techniques de protection (MTP) très efficaces. Elles sont associées à des systèmes d'exploitation conçus, sur certains téléphones mobiles par exemple, comme des architectures de plus en plus fermées, n'acceptant d'utiliser que des contenus approuvés par le fabricant, et demandant des autorisations d'exécution à des serveurs centraux en usant d'une connexion internet permanente. Dit autrement, le risque qu'un internaute se rétracte une heure après avoir acheté une application mobile, tout en parvenant à en conserver frauduleusement l'usage, est aujourd'hui très faible. Cela requiert des compétences hors de portée du grand public. Puisque le contexte a changé, il ne fallait pas se contenter de reconduire la solution pensée pour les logiciels sur support physique sans y réfléchir davantage.

Il est vrai que dans l'imaginaire collectif, le droit de rétractation associé aux contrats conclus à distance est avant tout utilisé pour vérifier l'adéquation d'un bien corporel, notamment des vêtements ou des chaussures, aux caractéristiques personnelles

42 - Considérant n° 19.

43 - *Ibid.* : « [...] les contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ou les contrats portant sur la fourniture de chauffage urbain [...] ».

du consommateur. S'agissant d'une œuvre de l'esprit, qui propose la même expérience à tout utilisateur, les raisons d'accepter la rétractation semblent moins impérieuses. Il suffirait d'aller lire des critiques du film, de l'album musical... ou du logiciel pour se faire une opinion avant l'acquisition[44]. Contre cet argument, on rappellera qu'il est actuellement possible de se rétracter après achat à distance d'un livre sur support papier[45]. Le délai de quatorze jours semble d'ailleurs trop long pour un tel produit : il permettrait à des consommateurs mal intentionnés de tirer tout le bénéfice du produit culturel, puis de se rétracter. Un délai de rétractation en matière de logiciels devrait certainement être plus court. De sa propre initiative, *Google Play* offre ainsi la possibilité de se rétracter pendant deux heures après l'achat d'une application[46]. La solution semble heureuse et aurait mérité d'être généralisée.

Les questions susceptibles de se poser au stade de l'acquisition du logiciel dématérialisé ayant été évoquées, intéressons-nous à présent à la revente de ces logiciels.

§ 2 : Lors de la revente du logiciel dématérialisé

Rappelons-nous des propos tenus par le président de *Sony Computer Entrainement* Amérique : devant une salle conquise, il martelait qu'un client ayant « acheté » un « disque » de jeu vidéo dispose dès cet instant d'une « copie » de l'œuvre, dont il peut faire ce que bon lui semble, en particulier la revendre[47]. Pourtant, la firme n'offre aucune possibilité de ce type aux acquéreurs des versions dématérialisées de ses logiciels. Au contraire : les conditions générales des magasins immatériels sont claires sur l'interdiction qui est faite aux clients de céder leurs droits d'utiliser l'œuvre (A). Cette interdiction de principe est néanmoins tempérée par un arrêt remarqué de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), fondé sur la théorie de l'épuisement du droit de distribution (B).

A. Le principe : une interdiction contractuelle de cession

Les étals des marchés aux puces, vide-greniers et autres rèderies croulent sous les logiciels. En particulier, on y trouvera

44 - Les magasins d'applications en ligne intègrent généralement un système de critique ou de notation (par exemple sous forme de petites étoiles) par les acheteurs eux-mêmes.

45 - L'exception prévue à l'article L. 121-21-8, 10° ne vise que les contrats « De fourniture d'un journal, d'un périodique ou d'un magazine, sauf pour les contrats d'abonnement à ces publications ».

46 - https://support.google.com/googleplay/answer/134336?hl=fr.

47 - V. les propos cités *supra*, dans l'introduction.

souvent des dizaines de jeux vidéos, anciens ou récents, sous forme de boîtiers contenant des CD ou DVD-ROM. Voici un individu qui paie quelques euros, et repart avec l'une de ces galettes de plastique sous le bras. Avons-nous assisté à la conclusion d'un contrat de vente ? La question est discutée[48]. L'opération n'a pas pu se limiter à cela, car pour donner l'ordre à sa console de salon ou à son ordinateur personnel d'exécuter le jeu d'instructions contenu sur le disque, l'utilisateur doit y avoir été autorisé par le titulaire des droits sur le logiciel. Pour ce faire, l'acquéreur initial du logiciel avait dû accepter d'entrer dans les liens d'un contrat que la pratique nomme souvent « contrat de licence ». Ce terme ne doit pas être compris dans un sens étroit, qui renverrait au droit des brevets - or, on l'a vu, le logiciel relève du droit d'auteur - mais dans le sens large et originel du mot *licencia* : c'est une autorisation[49]. Elle emporte concession du droit de transférer le logiciel dans la mémoire de la machine et de l'y mettre en œuvre. Pour que la vente du support d'un jeu vidéo sur les marchés aux puces ait un quelconque intérêt, il faut donc considérer que l'acheteur de ce support se voit également céder les droits contractuels permettant son exploitation. De manière invisible, la « licence » a donc circulé, comme collée au support. Les parties, sans même en avoir conscience, ont conclu un accord global qui semble avoir emporté cession de droits réels, mais aussi substitution au sein d'une position contractuelle liant l'utilisateur du logiciel à l'éditeur. Le contrat de licence donne l'impression de suivre le support, comme l'accessoire suit le principal. Mais lorsque le logiciel est distribué sous la forme d'un téléchargement de fichiers, le support disparaît, et le contrat de licence apparaît en quelque sorte au premier plan. Ce qui était accessoire devient principal. Cela emporte-t-il des conséquences concrètes ?

Le profane pourrait croire que non. Sur les sites spécialisés dans la vente en ligne de contenus numériques en général, et de programmes informatiques en particulier, le champ lexical de la vente est omniprésent. Lorsqu'il est question d'acquérir une application, le bouton est toujours libellé « acheter »[50]. Dans l'esprit de l'utilisateur, dès lors, même en l'absence de support tangible, il

48 - V. not. *Lamy Droit du numérique 2014*, n° 740, paragraphe intitulé : « La tentative de qualifier comme vente le contrat de fourniture d'un logiciel standard ».

49 - *Ibid*., n° 741. La convention est parfois considérée comme *sui generis* (par ex. A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, *Pratique du droit de l'informatique et de l'internet*, Editions Delmas, 6ème éd., 2008, n° 503). Nous avions pourtant critiqué le recours à une qualification ad hoc dans le cadre des textes relatifs au droit de rétractation. Mais c'est une chose de dire que le contrat de fourniture de progiciel n'est, dans une analyse rigoureuse, identique à aucun autre contrat existant. C'en est une autre de refuser de le classer dans les grandes catégories et de n'y voir ni la fourniture d'un bien, ni celle d'un service.

50 - Le lecteur pourra en faire l'expérience sur *Google Play*, sur l'*App Store*, sur *Steam*...

s'agit d'acquérir des droits définitifs, des droits de propriété, et non pas une autorisation contractuelle précaire, limitée dans le temps ou dans l'usage qu'il est permis d'en faire, et incessible. D'ailleurs, ce vocabulaire ne se retrouve pas uniquement sur les pages destinées au grand public. Même les conditions générales cultivent parfois une surprenante ambiguïté. Ainsi peut-on lire chez *Google Play* : « Lorsque vous **achetez** du Contenu (défini comme des fichiers de données, **des applications**, du texte écrit, un logiciel d'appareil mobile, de la musique, des fichiers audio ou d'autres sons, des photographies, des vidéos ou d'autres images) sur *Google Play*, vous **l'achèterez** : (a) directement auprès de la société *Google Commerce Limited* (une « **Vente** directe ») [...] »[51]. L'internaute aurait tort d'arrêter là sa lecture, car un peu plus loin il découvrira : « Vous ne pouvez pas vendre, louer, redistribuer, diffuser, transmettre, communiquer, modifier, concéder ou céder tout Contenu ou vos droits relatifs au Contenu à tout tiers sans autorisation [...] »[52]. Sur *Steam*, l'interface destinée au grand public use et abuse des mots « achat » et « vente ». En revanche, les conditions générales sont d'emblée très claires : « Les Contenus et Services sont concédés sous licence, et non vendus. Votre licence ne vous confère aucun droit ni titre de propriété sur les Contenus et Services. Pour utiliser les Contenus et Services, vous devez être en possession d'un Compte *Steam* et vous pouvez être tenu d'exécuter le client *Steam* et d'être connecté à Internet pendant toute la durée d'utilisation »[53]. S'il s'agit de dire que le client ne devient pas propriétaire de l'œuvre, c'est une évidence que personne n'aurait songé à contester. Il s'agit bien de lui refuser la propriété d'une copie. Ce faisant, on lui retire notamment la faculté de céder ses droits d'utiliser un exemplaire de l'œuvre.

Ces stipulations sont, pour tous les grands acteurs du secteur, des clauses de style. Mais un arrêt remarqué de la CJUE, *Usedsoft contre Oracle*, remet en cause ces solutions contractuelles[54].

---

51 - Conditions d'utilisation du 17 novembre 2014, consultables sur https://play.*Google*.com/intl/fr_fr/about/play-terms.html, partie 2 « Fourniture de *Google Play* ».

52 - *Ibid*., partie 6 « Droits et restrictions ».

53 - Conditions générales *Steam* du 15 mars 2015, consultables sur http://store.steampowered.com/subscriber_agreement/french/.

54 - CJUE, gde ch., 3 juillet 2012, aff. C-128/11, *Usedsoft* GmbH c/ *Oracle* International Corp. : Europe, n° 8, août 2012, comm. 345, obs. L. Idot ; CCE, n° 10, oct. 2012, comm. 106, obs. C. Caron ; RTD. eur., 2012, p. 947, obs. E. Treppoz ; D., 2012, p. 2343, III C, obs. C. Le Stanc ; RTD. com., 2012, p. 790, obs. P. Gaudrat ; RTD. com., 2012, p. 542, obs. F. Pollaud-Dulian. *Adde* V. Sedallian et O. Seidowskky, « 3 questions. Les licences logicielles d'occasion (used soft) », JCP E, n° 13, 27 mars 2014, 229 ; L. Marino, « Les défis de la revente des biens culturels numériques d'occasion », JGP G, n° 36, 2 sept. 2013, 903 ; A. Mendoza-Caminade, « Vers une libéralisation du commerce du logiciel en Europe ? », D., 2012, p. 2142 ; M. Razavia, « *Oracle* c/ *Usedsoft*, un an après : regard critique sur les conséquences pratiques de cette décision », RLDI, 2013, n° 97, p. 8 ; D. Calmes, « La revente de logiciels d'occasion : une nouvelle fonctionnalité mal documentée », RLDC, 2013, n° 103, p. 71 ; J. Huet, « Le marché des logiciels d'occasion et la libre circulation des produits culturels », D., 2012, p. 2101.

B. Le tempérament : l'épuisement du droit de distribution

L'entreprise américaine *Oracle* développe des logiciels à usage professionnel, notamment dans le domaine des bases de données. Elle les distribue aussi bien sous forme physique que sous forme dématérialisée, selon la préférence de ses clients. 85% des utilisateurs optent déjà pour une livraison du logiciel par téléchargement : cela ne fait aucun doute, nous sommes en train de vivre les dernières années du CD-ROM[55]. Le problème est venu de ce qu'une entreprise allemande, *Usedsoft GMBH,* avait pris l'initiative d'organiser un marché secondaire des licences pour les logiciels *Oracle*. Certains clients, en effet, n'avaient plus l'usage des programmes achetés quelques années plus tôt au prix fort. D'autres n'avaient qu'un usage partiel des licences : chacune d'entre elles autorisait l'utilisation du logiciel sur 25 postes au maximum. Dès lors, exécuter les instructions sur 26 ordinateurs rendait nécessaire l'acquisition de deux licences ; *Usedsoft* proposait alors de « revendre » à un autre professionnel les droits non utilisés, correspondant dans notre exemple à 24 postes de travail. Une fois en possession de la licence de seconde main, l'entreprise se connectait aux serveurs d'*Oracle*, y téléchargeait le logiciel et l'exécutait sur ses machines.

Oracle saisit la justice allemande aux fins d'interdire à *Usedsoft* la poursuite de ses activités. Elle faisait notamment valoir qu'au sein du contrat de licence, figurait la clause suivante, intitulée « Droit concédé » : « Le paiement des services vous donne un droit d'utilisation à durée indéterminée, non exclusif, **non cessible** et gratuit, réservé à un usage professionnel interne, pour tous les produits et services qu'*Oracle* développe et met à votre disposition sur le fondement du présent contrat »[56].

La principale question posée par ce litige était celle de savoir si le droit de distribution d'*Oracle* était épuisé[57]. De quoi s'agit-il ? La directive du 23 avril 2009 « concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur » énumère les droits exclusifs de l'auteur d'un logiciel : droit de reproduction, d'adaptation, d'arrangement... et droit de distribution des copies du programme[58]. Mais une restriction importante est aussitôt apportée au dernier de ces

55 - Le chiffre est cité par la Cour dans les premières lignes de sa décision.

56 - Souligné par nous.

57- Par contrecoup, une autre question fondamentale était de savoir si l'entreprise ayant « acheté » le logiciel d'occasion était un « acquéreur légitime » au sens de l'article 5.1 de la directive de 2009.

58 - Art. 4, 1.

droits : « La **première vente d'une copie d'un programme** d'ordinateur dans la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement **épuise le droit de distribution** de cette copie dans la Communauté [...] »[59]. Cette théorie de l'épuisement du droit est présentée tantôt comme d'origine allemande[60], tantôt comme d'inspiration américaine[61]. Elle limite les prérogatives de l'auteur, au bénéfice de la libre circulation des marchandises au sein de l'Union : passée la première vente, le destin de la copie du logiciel doit définitivement lui échapper.

Lorsqu'*Oracle* distribue ses logiciels par la voie du téléchargement, le contrat peut-il être analysé comme une « première vente » ? L'objet de cette vente est-il une « copie de programme » ? Ces difficultés d'interprétation d'un texte européen devaient être tranchées, au niveau de l'Union, par la CJUE : aussi le *Bundesgerichtshof* allemand, dernière juridiction saisie dans l'ordre interne, lui posa-t-il plusieurs questions préjudicielles. Sans nous livrer à une analyse exhaustive d'une décision très riche et déjà largement commentée, rappelons-en les principaux aspects. Qu'ils l'approuvent ou le critiquent, tous les auteurs reconnaissent que cet arrêt constitue une étape fondamentale dans la construction du régime juridique du logiciel immatériel.

La Cour relève que la directive ne renvoie pas aux droits nationaux pour la définition de ce qu'est une « vente », et en déduit qu'il s'agit d'une notion autonome du droit de l'Union[62]. S'étant dès lors affranchie de toute contrainte, la CJUE définit très librement la vente comme « une convention par laquelle une personne cède, moyennant le paiement d'un prix, à une autre personne ses droits de propriété sur un bien corporel ou incorporel lui appartenant »[63]. *Oracle* affirmait qu'il y avait conclusion d'un contrat de licence, puis mise à disposition gratuite de fichiers sur son serveur, mais qu'il n'y avait là aucun transfert de propriété d'aucune sorte[64]. À cette analyse fragmentée, la Cour répond par une approche globalisante :

59 - Art. 4, 2. Souligné par nous.

60 - M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 493 : « [la CJUE] a imaginé de puiser dans le « fonds juridique » allemand pour en tirer cette théorie de l'épuisement du droit d'où il résulte que chaque droit de propriété intellectuelle a « un objet spécifique » et qu'une fois celui-ci réalisé, « épuisé », le titulaire des droits ne peut plus rien réclamer [...] ». La théorie de l'épuisement est ainsi susceptible de s'appliquer à d'autres prérogatives de l'auteur que le droit de distribution.

61- Par ex. P. Gaudrat, obs. précitées sur l'arrêt *Usedsoft*, n°1. Il s'agit cette fois-ci non pas de la notion générale d'épuisement du droit (cf. note précédente) mais spécifiquement de l'épuisement du droit de distribution, présenté comme inspiré de la « *first sale doctrine* » des pays de copyright.

62 - §40.

63 - §42.

64 - §43.

« il convient de relever que le téléchargement d'une copie d'un programme d'ordinateur et la conclusion d'un contrat de licence d'utilisation se rapportant à celle-ci forment un tout indivisible. En effet, le téléchargement d'une copie d'un programme d'ordinateur est dépourvu d'utilité si ladite copie ne peut pas être utilisée par son détenteur. Ces deux opérations doivent dès lors être examinées dans leur ensemble aux fins de leur qualification juridique »[65]. Examiner isolément le contrat dit « de licence » n'aurait pas permis d'aboutir à la qualification de vente. La CJUE a fourbi ses armes : une définition de la vente spécialement forgée pour l'occasion ; une approche bien particulière de la qualification qui, sous prétexte de considérer l'économie générale de l'opération ou l'ensemble contractuel dans son entier, se focalise sur le tout et délaisse les parties. On rencontre alors le centre de gravité de l'arrêt : « le client d'*Oracle*, qui télécharge la copie du programme d'ordinateur concerné et qui conclut avec cette société un contrat de licence d'utilisation portant sur ladite copie, reçoit, moyennant le paiement d'un prix, un droit d'utilisation de cette copie **d'une durée illimitée.** La mise à la disposition par *Oracle* d'une copie de son programme d'ordinateur et la conclusion d'un contrat de licence d'utilisation y afférente visent ainsi à rendre ladite copie utilisable par ses clients, **de manière permanente**, moyennant le paiement d'un prix destiné à permettre au titulaire du droit d'auteur d'obtenir une rémunération correspondant à la valeur économique de la copie de l'œuvre dont il est propriétaire »[66]. Pour la Cour, on peut bel et bien parler de copie immatérielle d'un logiciel. Surtout, cette copie est susceptible de faire l'objet d'un droit réel et plus spécifiquement d'un droit de propriété de la part du client. Ce sera le cas lorsque les droits d'utilisation du programme auront été octroyés à titre définitif, permanent. On en déduit, *a contrario*, qu'un droit temporaire d'utilisation du logiciel relèverait du monde des droits personnels, des droits de créance, et naîtrait par exemple d'un simple bail.

La CJUE va encore plus loin. Pour protéger les acquéreurs de logiciels téléchargés, elle n'utilise pas de concepts propres à l'immatériel. Bien au contraire, elle affirme qu'il existe une véritable égalité fonctionnelle et juridique entre les deux types de véhicules que constituent le CD et le flux d'informations à travers un réseau : « **il est indifférent,** dans une situation telle que celle en cause au principal, que la copie du programme d'ordinateur a été mise à la disposition du client par le titulaire du droit concerné au moyen d'un téléchargement à partir du site Internet de ce dernier ou au

65 - §44.

66 - §45. Souligné par nous.

moyen d'un support matériel tel qu'un CD-ROM ou un DVD. [...] il doit être considéré que **ces deux opérations impliquent également**, dans le cas d'une mise à la disposition d'une copie du programme d'ordinateur concerné au moyen d'un support matériel tel qu'un CD-ROM ou un DVD, le transfert du droit de propriété de ladite copie »[67].

Afin de s'opposer aux activités d'*Usedsoft*, *Oracle* avançait encore plusieurs arguments. Pour qu'une entreprise prétende avoir revendu sa « copie immatérielle », il faut qu'elle ait cessé d'utiliser et même détruit les fichiers du programme sur ses propres ordinateurs. Or, vérifier que cette destruction a bien été effectuée est impossible. Mais là encore, la Cour cherche à assimiler les problèmes posés par les versions physiques et dématérialisées : « le titulaire du droit d'auteur qui distribue des copies d'un programme d'ordinateur gravées sur un support matériel tel qu'un CD-ROM ou un DVD est confronté à la même difficulté, car il ne peut que très difficilement vérifier si l'acquéreur initial n'a pas créé des copies du programme d'ordinateur qu'il continuerait à utiliser après avoir vendu son support matériel »[68]. La remarque est judicieuse. La véritable solution, poursuit la Cour, consiste dans la mise en place de mesures techniques de protection. Elle donne l'exemple d'une clé-produit[69]. Aujourd'hui, les logiciels sont en mesure de se connecter à un serveur central afin de vérifier qu'une même clé - c'est-à-dire, au fond, une même licence - n'est pas utilisée simultanément par deux copies du programme. Que le logiciel ait été installé à partir d'un vecteur physique ou de fichiers téléchargés ne change rien au fond du problème.

Nous ne nous arrêterons qu'un instant sur la partie de la décision relative à l'indivisibilité des licences : la Cour interdit à *Usedsoft* de revendre des « morceaux » de licences, par exemple 23 droits d'utilisation si l'acquéreur initial du logiciel n'en utilise que 2[70]. Le contrat de licence circule comme un accessoire de la copie. Ce serait contrevenir à cette logique que de scinder les droits d'utilisation entre deux entreprises et de télécharger le logiciel chez l'une comme chez l'autre. Même dans le paradigme très protecteur des droits des utilisateurs que la Cour a mis en place, la copie ne peut être la propriété, à un instant donné, que d'une seule personne juridique. Soit l'acquéreur initial de la copie la conserve, et tant pis

67 - §47. Souligné par nous.

68 - §79.

69 - *Ibid.*

70 - §86.

si son droit d'utilisation reste inutilisé aux 23/25ème. Soit il cède sa copie, mais il ne pourra plus prétendre l'utiliser sur deux postes de travail. Il n'y a là rien de très surprenant.

Certains auteurs se sont montrés particulièrement critiques à l'encontre de la décision *Usedsoft*[71]. Ils dénoncent l'incohérence des syllogismes employés par la Cour, et sa tendance à bâtir des raisonnements à partir de la conclusion à laquelle elle souhaite aboutir[72]. Sur le fond, ils font observer qu'il n'y a pas aucune circulation d'exemplaire du logiciel dans le cas des prétendus copies dématérialisées, puisque le prétendu acheteur d'occasion va télécharger les fichiers sur le site d'*Oracle*, et ne les reçoit pas de son pseudo-vendeur[73]. Dès lors, entre ces deux individus, seul le contrat de licence circulerait. « Au total, on voit que la mise à contribution de l'épuisement n'était qu'un détour (un prétexte) pour écarter l'*intuitu personae* grevant la licence. Pourquoi ne pas avoir simplement posé que l'*intuitu personae* heurtait l'ordre public communautaire [...] ? »[74].

Ces critiques ne sont pas dénuées de fondement. Initialement, la théorie de l'épuisement du droit de distribution visait les seuls exemplaires matériels, et n'était qu'un instrument au service de la libre circulation des marchandises. Mais elle semble prendre, depuis quelques années, une ampleur nouvelle. Sans même viser l'arrêt *Usedsoft*, des auteurs écrivaient ainsi : « [...] la reconnaissance de l'épuisement du droit – fût-il limité en notre matière au droit de distribution – comme un «standard» européen, visé dans les directives, voire les règlements [...] en étend sensiblement la portée. L'épuisement n'est plus seulement le moyen d'assurer la libre circulation intracommunautaire. Il devient une composante intrinsèque des droits. Autrement dit, la théorie de l'épuisement interdit certes à un titulaire de droits intellectuels de contrôler la circulation du bien en cause entre Berlin et Paris mais aussi et tout

71 - En particulier P. Gaudrat, obs. préc.

72 - P. Gaudrat, obs. préc., n° 25 et s., use d'expressions sévères : « [...] Aussi pour ne pas affronter son incohérence, la Cour se lance-t-elle dans un syllogisme parasite, du même acabit, qui, au lieu d'établir la qualification défaillante, se contente de nier qu'il puisse en exister une autre, comme le soutenait *Oracle* ! [...] Pour dissimuler leur embarras et faire passer pour incohérent l'argument auquel ils avaient peine à répondre, les juges communautaires donnent libre cours à leur fantaisie [...]. Admirable dénouement de la pensée qui conduit à faire passer une affirmation gratuite pour la conclusion d'un raisonnement ! [...] ».

73 - Dans un ouvrage de 1998, *Droit d'auteur et numérique,* Litec, A. Lucas considérait déjà qu'appliquer l'épuisement du droit de distribution à la distribution numérique pouvait sembler cohérent sur le plan économique, mais incohérent sur le plan juridique. Il lui semblait nécessaire de rechercher d'autres fondements (n° 281 s.).

74 - *Ibid*., n° 21.

autant entre Toulouse et Rouen »[75]. Conçu à l'origine comme un simple instrument de mise en œuvre du marché commun, l'épuisement du droit de distribution est vivement sollicité, et même déformé par la Cour, afin qu'il produise des conséquences sur la substance même des droits des utilisateurs de logiciels, y compris dans un cadre purement national. Cette théorie est, de surcroît, associée à la notion de copie immatérielle, qui est avant tout une fiction juridique, une vue de l'esprit, destinée à autoriser un raisonnement sur le terrain du droit des biens, là où il n'y aurait sans cela que des contrats. Assurément, la Cour donne à des instruments juridiques un sens nouveau, joue avec les concepts, et s'expose – certainement en toute conscience – à de multiples critiques techniques. Mais n'est-ce pas toujours le prix à payer lorsque l'on rend une décision fondatrice, qui fait profondément évoluer le droit ? Quelles alternatives, plus respectueuses des cadres existants, la doctrine a-t-elle proposé pour éviter que les grandes sociétés de la net-économie ne finissent par fixer unilatéralement les règles du jeu dans leurs contrats d'adhésion ? Il nous semble que la décision *Usedsoft* est une décision courageuse, qui invite les pouvoirs normatifs et les auteurs à s'interroger sur l'avenir du logiciel dématérialisé. Ce sont ces perspectives qu'il nous faut à présent aborder.

Section II – Perspectives

La décision *Usedsoft* constitue indirectement une mise en garde. Il reste bien peu de temps avant que le programme dématérialisé ne supplante entièrement l'exemplaire physique, ce qui va profondément modifier les règles juridiques applicables au logiciel. Il est nécessaire de formaliser les évolutions qui constituaient jusqu'ici l'arrière-plan de notre propos : l'évolution de la qualification (§ 1) et celle du régime (§ 2) applicables aux exemplaires de logiciels.

§ 1 : L'évolution de la qualification : un effacement des droits réels

Les contempteurs de la CJUE lui reprochent d'avoir recouru artificiellement aux notions de vente et, corrélativement, de propriété d'une copie du logiciel. Ces concepts, pertinents lorsque le programme est fixé sur un support physique, ne seraient plus adaptés aux exemplaires dématérialisés. Nous avons rencontré cette idée à plusieurs reprises, au détour de nos réflexions : il est temps de l'aborder frontalement (A). On s'aperçoit alors qu'un second

75 - M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 493.

facteur influe également sur la qualification des copies du logiciel : la montée en puissance des mesures techniques de protection (B).

A. L'impact de la dématérialisation

Les rapports complexes entre l'œuvre et son support fascinaient déjà les romains. Dans les *Institutes*, on trouve la question suivante : « Lorsqu'on a peint sur la toile d'autrui, quelques-uns pensent que la toile est l'accessoire de la peinture ; d'autres pensent que la peinture, quelle qu'elle soit, est l'accessoire de la toile : le premier sentiment nous paraît préférable. Ne serait-il pas en effet ridicule qu'un ouvrage de peinture d'Appelle ou de Parrhasius, fût regardé comme l'accessoire d'une toile d'un vil prix ? »[76]. L'approche est assez fruste, puisqu'il s'agit d'établir, entre l'artiste et le propriétaire du support, qui est le dominant et qui est le dominé. Les critères utilisés - valeur économique du support, prestige de l'artiste – laissent craindre une solution au cas par cas. La solution des droits moderne est tout autre : il s'agit de superposer sur une même chose deux « *propriétés* », en tout cas deux ensembles de prérogatives dont les objets sont différents et compatibles. Aux termes de l'article L. 111-3 al. 1Er du CPI, « La propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel ». Il s'agit alors de protéger davantage l'auteur que l'amateur d'art. Avant que le sculpteur ne vende sa statue, en effet, aucune difficulté n'est susceptible de surgir. Une fois qu'il l'a vendue, en revanche, c'est l'acheteur qui se trouve, *a priori,* en nette position de force. Propriétaire de la chose, il pourrait se prévaloir de l'article 544 du Code civil pour en disposer selon son bon plaisir. La distinction entre œuvre et support permet à l'auteur d'invoquer un lien invisible et permanent, qui le relie à tout objet incorporant son art, afin de freiner, tempérer, modérer les prérogatives du propriétaire du support. Ainsi, ce n'est pas parce que l'on achète un tableau que l'on acquiert le droit de le reproduire sur des cartes postales puis de les vendre : cette prérogative continuera d'appartenir au titulaire du droit d'auteur, et à lui seul[77]. Quoique cette idée paraisse aujourd'hui relativement simple, les principes fondamentaux de la propriété intellectuelle ayant suffisamment infusé dans l'esprit collectif, elle exige un certain degré de raffinement du système juridique, et n'a pas toujours été admise par le passé[78]. La pente naturelle du droit

76 - *Les Institutes de l'Empereur Justienien*, trad. M. Hulot, cité par C. Caron, *op. cit*., n° 26.

77 - Art. L. 113-2 CPI : l'acquéreur du support « [...] n'est investi du fait de cette acquisition, d'aucun des droits prévus par le présent code ».

78 - La Cour de cassation avait ainsi tranché en sens inverse il y a longtemps « [...] le droit de reproduire le tableau par la gravure doit être compris au nombre des droits et facultés que transmet l'acquéreur d'une vente sans réserve [...] » (Ch. Réunies, 27 mai 1842).

des biens est d'octroyer au propriétaire du support une position très forte, contre laquelle le droit d'auteur doit lutter pied à pied. La récente controverse relative au droit à l'image des biens l'illustre parfaitement. Un arrêt remarqué de 1999 avait ainsi décidé, au visa de l'article 544 du Code civil, que : « le propriétaire a seul le droit d'exploiter son bien, sous quelque forme que ce soit ». Dès lors, l'exploitation d'un bâtiment sous forme de photographies portait atteinte au droit de jouissance du propriétaire, qui se voyait reconnaître le droit de faire saisir les images[79]. Cette décision présentait, entre autres, le danger de contredire les droits patrimoniaux de l'auteur, par exemple de l'architecte du bâtiment – précisons que la solution était transposable aux biens meubles. Cette jurisprudence a, depuis, été abandonnée[80].

Les exemples précédents étaient articulés autour de supports de création, c'est-à-dire de choses sur lesquelles le pouvoir créateur de l'auteur s'était directement exercé : manuscrit original ou toile de maître par exemple[81]. S'agissant des logiciels, la vente porte uniquement sur des supports de commercialisation : l'œuvre originale est dupliquée et s'incarne dans de simples exemplaires, des copies[82] . Ce sont ces copies qui sont vendues. La tension existant entre les droits de l'auteur et ceux du propriétaire du support s'amenuise. Que le propriétaire d'une simple copie exerce son droit d'en disposer en la mutilant ou en la dégradant, cela est parfaitement indifférent à l'auteur, alors que le même comportement en présence d'un support de création aurait éventuellement porté atteinte à ses prérogatives extra-patrimoniales – le droit au respect de l'œuvre –

79 - Cass. 1ère civ., 10 mars 1999, n° 96-18699 : Bull. Civ., I, n° 87 : Dr. et Patr., nov. 1999, n° 76, p. 107, obs. F. Macorig-Venier ; CCE, oct. 1999, n° 1, p. 14, obs. Y. Gaubiac ; RTD. civ., 1999, p. 859, obs. F. Zénati ; Defrénois, 1999, n° 17, p. 897, obs. C. Caron ; D., 1999, p. 247, obs. S. Durrande ; *ibid.*, p. 319, note. E. Agostini ; RLDA, juill. 1999, n° 18, p. 10, obs. P. Mendak.

80 - Cass. ass. Plén., 7 mai 2004, n° 02-10450 : Bull. ass. plén., n° 10 ; BICC 15 juill. 2004, n° 602 ; Gaz. Pal., 21 nov. 2004, p. 326, obs. H. Vray ; JCP G, 2004, n° 43, p. 1901, obs. H. Périnet-Marquet ; RLDC, juill. 2004, n° 7, p. 38, obs. A. Decoux. Il est jugé que : « [...] le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; qu'il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal [...] »

81 - « Si la doctrine reconnaît majoritairement que l'œuvre doit se comprendre comme une forme perceptible aux sens, elle ne répond pas à la question de la réalisation du passage entre l'idée et la forme. Cette mutation ne peut en effet être permise que par l'intervention d'un corps ou d'un véhicule qui porte l'expression de l'œuvre. L'œuvre de l'esprit a besoin d'un instrument assurant sa perception. Un auteur ne peut en effet faire sortir l'œuvre de son imaginaire qu'en utilisant un vecteur capable d'extérioriser l'œuvre afin de la rendre perceptible par autrui. C'est cet instrument que l'on dénomme support de création » (L. Breuker, art. préc.).

82 - « Si la réalisation d'une œuvre nécessite la présence d'un support de création, l'œuvre ne reste pas attachée à cette première empreinte physique. L'œuvre de l'esprit est en effet une chose incorporelle dotée d'un don d'ubiquité qui lui permet d'être présente à la fois en différents lieux. C'est cette faculté que le législateur entend protéger en accordant un monopole d'exploitation à l'auteur. Or, la mise en œuvre de ce monopole d'exploitation nécessite un outil assurant la communication de l'œuvre. Le support de commercialisation se présente alors comme l'instrument assurant la dissociation de l'œuvre d'avec son support de création » (*Ibid.*).

et patrimoniales – son droit de reproduction. Les droits réels sont cantonnés, maintenus presque naturellement dans un juste équilibre, dans la mesure où ils s'exercent sur un simple avatar, sur une incarnation de l'œuvre parmi des milliers d'autres. Cela ne signifie pas que l'auteur exerce son emprise uniquement sur l'original, tandis que l'acheteur l'exerce sur la copie. Non : le support, fût-il un simple support de commercialisation, reste toujours soumis au droit d'auteur. Ainsi, être propriétaire d'un exemplaire sur CD-ROM d'un logiciel n'autorisera jamais à le dupliquer et à revendre les clones ainsi créés. Mais le petit Yalta des prérogatives sur l'œuvre s'opère avec une relative aisance. Le droit du propriétaire du support de commercialisation est fort, sans être menaçant. Par ailleurs, alors même que l'achat d'une copie du logiciel est accompagnée de la conclusion d'un contrat de licence, le bénéfice du contrat suit l'exemplaire physique, si cet exemplaire est prêté ou revendu, comme un accessoire. Le support physique, dans ce paradigme, est plus qu'un mode de livraison du code informatique composant le logiciel : il réifie le contrat de licence, l'incorpore et en permet la circulation. Mais nuançons aussitôt le propos. S'il a été nécessaire de recourir à la théorie de l'épuisement du droit de distribution, c'est bien que les titulaires de droits sur les logiciels étaient tentés d'empêcher la transmission du contrat de licence, déjà à l'ère des exemplaires physiques. Cette prétention fut jugée inacceptable. En présence de copies matérielles, les principes du marché commun et l'analyse civiliste du droit réel du propriétaire du support semblent converger idéalement pour l'interdire.

Mais voici que disparaissent les exemplaires matériels. Le retournement est spectaculaire. Nous avons décrit des titulaires du droit d'auteur courant après les propriétaires de supports (de création mais aussi de commercialisation), en brandissant des constructions intellectuelles sophistiquées pour faire contrepoint à la toute-puissance apparente de leur droit de propriété. Aujourd'hui, l'utilisateur de logiciel est nu. Sans support à brandir, il manque de point d'accroche pour justifier de ses prérogatives. Que reste-t-il dans son patrimoine ? Des droits personnels, des droits de créance nés du contrat de licence, qui ne constituent plus l'accessoire mais le principal. Ainsi un auteur écrit-il : « Fournir un accès à une œuvre, sans en transférer la propriété du support, relève de la prestation de services. C'est mettre l'œuvre à la disposition d'un utilisateur, pendant un certain temps ou dans certaines limites. Accorder à l'utilisateur une relative jouissance de l'œuvre peut pareillement être qualifié de prestation de services [...] »[83]. Un autre auteur estime, dans

83 - S. Dussolier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique,* préf. A. Lucas, avant-propos Y. Poullet, 2007, n° 509.

le même ordre d'idées, que l'on est passé d'un commerce de copies à « un commerce de droits » ou même à un « commerce de positions normatives »[84] : on n'achète plus qu'une position contractuelle.

Cette mutation des droits de l'utilisateur de logiciels, qui cessent d'être des droits réels pour devenir des droits de créance, la CJUE entend la combattre, on l'a vu, en recourant à une habile fiction : la copie immatérielle. Mais l'un des principaux soutiens de cette qualification était, on s'en souvient, la présence d'« un droit d'utilisation de cette copie **d'une durée illimitée** »[85]. Plusieurs commentateurs de la décision ont fait observer qu'elle était facile à contourner, puisqu'il suffirait aux éditeurs de logiciels de concéder à l'avenir des licences à durée déterminée[86]. Cette substitution n'est peut-être pas si évidente qu'on le prétend, car si cette durée était de quelques mois ou de quelques années, les clients intéressés et les contreparties financières seraient différents[87]. Il est vrai que le bail est en développement fulgurant dans tous les domaines de la vie économique : on loue des automobiles, des machines à laver ou des logiciels à la journée, à la semaine, à l'année. On loue l'accès à un catalogue sans cesse changeant de films ou de chansons, on paie à l'acte, à la demande. Mais l'envie d'acquérir définitivement des utilités sur une ne chose, l'appétit de propriété, ne s'est pas éteint partout. Comment analyser juridiquement la concession d'un droit d'utilisation de logiciel sans limite de durée ? La tentation de rétablir au forceps une analyse en termes de droits réels, comme l'a fait la CJUE, est forte. Mais la dématérialisation n'est pas le seul obstacle : le développement est mesures techniques de protection en constitue un autre.

B. L'impact des mesures techniques de protection

La propriété intellectuelle ne compte pas uniquement sur le droit pour assurer sa protection : la technique est parfois sa meilleure alliée. L'utilisation d'un gène, surnommé Terminator, pour protéger les brevets sur une semence, en constitue un bon exemple[88]. Les graines vendues par une entreprise telle que Monsanto, et semées par ses clients agriculteurs, seront à l'origine d'une récolte, mais ne donneront pas de semence à leur tour. Il faudra à nouveau s'adresser

84 - J. Bing, cité par S. Dussolier, *loc. cit.*

85 - Arrêt précité du 21 juin 2012.

86 - En ce sens, V. not. les obs. préc. de C. Le Stanc et celles d'E. Treppoz.

87 - Quant à une durée qui serait stipulée en décennies, la question de la requalification en une utilisation sans limite de durée se poserait sérieusement.

88 - J.-M. Bruguière et M. Vivant, *op. cit.*, n° 946.

à l'industriel l'année suivante pour planter, à nouveau payer pour utiliser son invention. Pour la première fois dans l'histoire humaine, le paysan n'a plus la possibilité de perpétuer de manière autonome la fertilité de son champ. En matière de droit d'auteur et de créations numériques aussi, la technique est appelée au secours du droit. Un auteur rappelle que l'industrie cinématographique n'a accepté le lancement des DVD qu'après la mise en place d'un système de « zonage » qui ne permet aux clients de visualiser leurs disques que sur un territoire géographique donné[89]. « Sur internet, de nouveaux modèles de distribution des œuvres commencent à se développer, transmettant les contenus dans un mode sécurisé qui gère l'utilisation de l'œuvre et les possibilités de reproduction ou de sa communication à autrui. Des services de fournitures d'œuvres à la demande offrent des films au téléchargement en limitant leur vision dans le temps ou en sécurisant l'exemplaire transmis de manière qu'il ne puisse être copié, utilisé sur certains équipements ou diffusé sur le web [...] »[90].

En matière de logiciels, ces mesures techniques de protection ont pris, de la même manière, une importance croissante. Il faut en tenir compte au stade de la qualification juridique. Nous avons expliqué plus haut comment la dématérialisation des supports avait participé à un basculement du rapport de force entre auteur et utilisateur du logiciel en faveur du premier. Le développement des MTP accentue encore ce mouvement.

Les débuts de l'ère numérique ont été une épreuve pour les titulaires de droits d'auteur. Il n'était certes pas impossible de réaliser des reproductions illicites auparavant : copies de cassettes, photocopies d'ouvrages... Mais avec les lecteurs de disquettes, les graveurs de CD-ROMs, puis les systèmes d'échanges de fichiers de pair-à-pair sur internet, violer les prérogatives des auteurs est subitement devenu d'une extrême facilité. Puis sont apparues les premières mesures de protection, qu'on peut qualifier de passives. Elles ont été par exemple placées sur des CD audio pour en empêcher la duplication – quitte, parfois, à rendre leur lecture difficile voire impossible sur certains périphériques. Plus tard, les systèmes numériques de gestion des droits, connus sous le sigle fameux de *DRM – Digital Rights Management* – ont permis une protection beaucoup plus fine, complète et active des droits d'auteur. Le système que *Microsoft* tentait de mettre en place sur

89 - S. Dussolier, *op. cit.*, n° 2.

90 - *Ibid.*

sa *Xbox One*[91] est déjà en place dans d'autres domaines : sur les téléphones intelligents, les logiciels dématérialisés se connectent régulièrement à un serveur central pour vérifier que les applications qu'on leur demande d'exécuter ont été légalement acquises. La mise en place de systèmes équivalents sur les ordinateurs – Mac ou PC – a suscité des résistances. Dès 2004, l'éditeur de jeux vidéo *Valve* s'est habilement servi d'un jeu vidéo très attendu, *Half-Life 2*, pour forcer ses clients à adhérer à ce nouveau système. Si un joueur achetait un DVD-ROM du jeu dans une enseigne classique et rentrait chez lui, il n'était pas autorisé à lancer immédiatement une partie. Il lui fallait obligatoirement se connecter à internet. Créer un compte sur la plateforme *Steam*. Fournir la clé CD unique imprimée à l'intérieur de la jaquette du jeu. Dès ce instant, le jeu se liait irrévocablement au compte utilisateur. Sous prétexte de vérifier que la copie avait été légalement acquise, l'éditeur privait ainsi le propriétaire de la galette de plastique achetée une soixantaine d'euros de toute possibilité de prêt ou de revente d'occasion. Le renversement est remarquable : internet et le numérique, un temps meilleurs alliés des contrefacteurs, se retournent aujourd'hui contre les utilisateurs de logiciels, pour les priver, comme les clients de Monsanto, de droits qui avaient pu sembler élémentaires et inaliénables par le passé.

Aussi et surtout, le procédé qui vient d'être décrit plaide fortement en faveur de la jurisprudence *Usedsoft*. Lorsque le joueur fournit à *Steam* la clé CD imprimée à l'intérieur de la boîte du jeu, la plateforme ajoute immédiatement à sa bibliothèque personnelle les droits d'accéder, par exemple, à *Half-Life 2*. Pour procéder à l'installation, le joueur a alors le choix : il peut insérer le disque de plastique dans le lecteur optique de sa machine. Il peut aussi choisir de télécharger intégralement les fichiers. Pourquoi faire ce choix ? Parce que l'ordinateur ne dispose pas de lecteur optique – tous les nouveaux *iMac* en sont dépourvus, nouveau signe de la fin prochaine du support physique – ou bien parce qu'il souhaite rejouer au jeu quelques années plus tard et qu'il a égaré son CD, ou encore parce qu'il est en vacances chez des amis et souhaite jouer sur une machine dont il n'a l'usage que pour quelques jours. En d'autres termes, le support physique, aussitôt acheté, peut être utilisé pour jouer au frisbee : cela ne changera rien. La plupart du temps, de toute façon, procéder à l'installation du logiciel à partir du disque oblige à télécharger ensuite une volumineuse mise à jour. Quant au prêt ou à la revente du disque, ils n'ont aucune utilité : la plateforme *Steam* réclamera la clé CD, qui a été irrévocablement liée au compte de l'utilisateur d'origine. Le jeu ne fonctionnera pour personne d'autre.

91- V. *supra*, introduction, *in limine.*

Il nous semble que ces évolutions techniques ne peuvent être négligées au stade de la qualification juridique de l'opération. Le droit réel est classiquement défini comme un droit immédiat sur une chose[92]. Or, ici, aucune utilité ne peut être retirée du DVD-ROM sans que l'on passe par l'intermédiaire de l'éditeur du logiciel, et même sans son autorisation électronique, qui doit être perpétuellement renouvelée. Le seul pouvoir exercé directement sur l'objet est celui de le placer dans son potager pour éloigner les oiseaux. Non seulement l'achat d'une version physique du logiciel auprès d'une boutique est devenu une pratique minoritaire, mais même dans ce cas, les éditeurs de logiciels ont réussi à « décoller » entièrement le droit d'utilisation du support matériel. Les droits réels ont disparu, même lorsqu'il n'y a pas dématérialisation, par le jeu de *DRM* sophistiqués. Certains diront qu'il est d'autant plus incohérent, de la part de la CJUE, de raisonner en termes de « vente » et de transfert de « propriété » d'une copie. Mais il fallait refuser d'appliquer des régimes différenciés aux exemplaires physiques et aux logiciels dématérialisés – sinon, lequel des deux régimes appliquer au client de *Steam* qui possède un DVD désormais inutile, et joue à une version téléchargée ? Dès lors, la fiction juridique que constitue la propriété d'une copie évite, en attendant de meilleures propositions, d'accepter un modèle du « tout contractuel ».

§ 2 : L'évolution du régime : le règne de la liberté contractuelle ?

La disparition des droits réels des utilisateurs engendre le risque d'une toute-puissance des géants du logiciel (A). Une réaction plus ou moins énergique du droit serait bienvenue (B).

A. La puissance des géants du logiciel

De nombreuses plateformes, on l'a dit, exigent la connexion régulière à un compte utilisateur en ligne pour profiter de ses contenus numériques. Il n'y a plus de droit immédiat sur une chose, simplement des créances contre l'éditeur. Mais lorsque c'est un droit définitif d'utilisation d'un jeu qui a été octroyé au client, que devient la prohibition des engagements perpétuels ? Et que se passera-t-il si un éditeur fait faillite, ferme ses serveurs, et que cela entraîne la fin du fonctionnement de tous ses logiciels ? La question, d'ailleurs, dépasse celle des programmes informatiques. On pourra toujours

92 - Le droit réel peut être défini comme « un droit qui porte directement et immédiatement sur une chose individuellement déterminée, dont il permet de retirer, sans emprunter l'intermédiaire d'une personne obligée, l'utilité légale totale ou partielle et qui exige de tous un respect égal, mais purement passif » : L. Rigaud, *Le droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionnelle*, thèse Toulouse, 1912, p. 116, cité par W. Dross, *Droit des biens*, Montchrestien, 2012, note 45 p. 121.

écouter des vinyles dans cinq siècles : il suffira de fabriquer des tourne-disques. Mais si *Apple* disparaissait dans vingt ans, pourrait-on encore écouter la musique achetée sur iTunes ? Curieuse figure que ces droits contractuels de long terme, dont on mesure la fragilité. Ce qui est certain, c'est que ce règne du contrat entraîne un risque que se constitue un nouveau droit d'auteur, d'origine privée, dont les contours seraient fixés par l'autonomie de la volonté – c'est-à-dire, s'agissant de purs contrats d'adhésion, par les géants du secteur. En 2012, une rumeur persistante prétendait que Bruce Willis allait poursuivre *Apple* pour obtenir le droit de transmettre son impressionnante audiothèque à ses enfants. Apparemment infondée, elle avait cependant relancé, dans les médias généralistes, le débat sur l'absence de droit à disposer de tels contenus[93]. Depuis, *Apple* a lancé un système de « partage familial », présenté en ouverture de cette étude. *Steam* disposait déjà de telles possibilités[94]. Dans l'ancien modèle, des contingences matérielles posaient d'elles-mêmes les limites du droit de prêter un exemplaire logiciel à un membre de sa famille ou à un ami. Sauf à avoir cloné le support physique, ce qui eût été illicite, le propriétaire de la copie ne pouvait plus s'en servir aussi longtemps qu'il la prêtait, et ne pouvait la prêter, bien évidemment, qu'à une seule personne à la fois. Le partage familial *Apple* ne mentionne pas de telles limites : les membres de la famille virtuelle pourraient alors utiliser la même application, ou écouter la même chanson simultanément. Sur *Steam*, ce n'est pas possible[95]. C'est le contrat qui décide ; c'est la compagnie qui décide. Combien de personnes peut compter votre famille numérique ? La compagnie décide. Est-il possible de faire parties de plusieurs « familles » différentes simultanément[96] ? Est-il possible de faire évoluer la liste au fil du temps ? La compagnie décide. De même, les contours du droit de revendre des fichiers numériques d'occasion seront fixés par les géants du web dans peu de temps : *Apple* et Amazon préparent la mise en place de tels « services »[97].

Dans ce nouveau paradigme, le compte utilisateur, le « compte client » constituera le point d'accroche de tous les

93 - Par ex. D. Gillmor, The Bruce Willis dilemma ? *In* the digital era, we owe nothing : http://www.theguardian.com/commentisfree/2012/sep/03/bruce-willis-dilemma-digital-era-own-nothing.

94 - http://store.*Steam*powered.com/promotion/familysharing?l=french.

95 - Il est interdit à deux personnes de jouer simultanément à un titre donné. Si une telle situation se produisait, c'est le « prêteur » qui aurait la priorité, et « l'emprunteur » verrait sa partie prendre fin après un court préavis.

96 - *Apple* ne le permet pas. Une personne ne pourra pas être reliée à la fois à un ami et à un parent, si ces deux personnes ne se trouvent pas elles-mêmes dans une unique « famille » virtuelle préexistante.

97 - http://www.lesinrocks.com/2013/03/12/actualite/*Apple*-et-amazon-se-lancent-dans-la-revente-de-fichiers-numeriques-doccasion-11373221/

contenus numériques. Chacun d'entre nous sera relié aux titans de l'économie numérique par ces succédanés de patrimoine – nous aurons un compte par prestataire – dans lesquels on trouvera uniquement des créances, représentant des droits d'accès à des livres, des films, de la musique, des logiciels. Là réside, pour les éditeurs, le principal levier pour réduire la jurisprudence *Usedsoft* à néant : « [...] si l'arrêt de la Cour n'interdit pas [le commerce de logiciels de seconde main], elle n'oblige pas les éditeurs à le faciliter, et rien ne semble devoir empêcher ces éditeurs de mettre en place les protections techniques destinées à le restreindre. On sait, par ailleurs, par exemple pour les applications de téléphone mobiles, ou de jeux vidéo, que leur usage, lié à des comptes utilisateurs, ne peut en être désolidarisé »[98]. Dans l'affaire *Usedsoft*, *Oracle* essayait de s'opposer à un marché de l'occasion qui était techniquement possible, parce que le téléchargement des logiciels concernés semble avoir été librement ouvert, sur ses serveurs, à toute personne promettant de détenir une licence valable – sans vérification de la véracité de cette affirmation. Si un utilisateur d'*iPhone* ou un client de *Steam* voulait revendre un logiciel d'occasion, il ne le pourrait pas. Les fonctionnalités techniques permettant de le faire n'ont – volontairement – pas été développées. Au contraire, les plateformes ont été pensées dès l'origine pour « coller » les richesses numériques téléchargées, irrémédiablement, au compte de l'acquéreur originel. On en arrive à ce qu'il ne soit même plus nécessaire d'invoquer le contrat – comme l'avait fait *Oracle* – pour empêcher le marché de l'occasion : la technique l'interdit plus radicalement. « [...] on peut presque dire que l'on n'acquiert plus un exemplaire de l'œuvre auquel s'adjoint le droit de l'utiliser, mais que l'on obtient, par une transaction techniquement sécurisée, la part de l'œuvre nécessaire à l'utilisation convenue, qui ne nécessite plus ni copie ni contrat délimitant l'ampleur du droit. La technique enserre cette part de l'œuvre et y incorpore l'utilisation permise »[99]. Mme Dussolier explique que cette combinaison d'une technique puissante et d'une délimitation contractuelle rigoureuse a été qualifiée par la doctrine américaine de *private ordering*[100]. Et d'ajouter : « Ce remplacement du législateur par le titulaire de droits dans la détermination de l'étendue de ses droits et des exceptions dont bénéficie l'utilisateur

98 - C. Le Stanc, obs. préc. sur l'arrêt *Usedsoft*.

99 - S. Dussolier, *op. cit*., n° 533, *in fine.*

100 - *Ibid*., n° 269. *Adde* M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit*., n° 969. Ces auteurs soulignent que cette privatisation « [...] ne devrait pas laisser indifférent un législateur soucieux de l'exercice d'un droit d'auteur démocratique. Mais qui ne signifie pas la mort du droit d'auteur ». Le droit d'auteur, rappellent-ils, a su s'adapter par le passé à des évolutions technologiques qui pouvaient sembler, aux yeux de leurs contemporains, tout aussi radicales.

a de quoi troubler »[101]. Face à cette montée en puissance des normes privées, les pouvoirs publics peuvent réagir de manière plus ou moins vive. Considérons à présent les différentes possibilités qui s'offrent à eux.

B. Les réactions du droit

Durant le règne des supports matériels, les droits français et européen pouvaient s'accommoder d'analyses peu précises et d'une certaine passivité. Était-ce en vertu de véritables droits réels sur une chose que les acquéreurs de logiciels pouvaient les prêter ou les revendre ? Ne peut-on pas considérer que les plateformes comme *Steam* n'ont fait que révéler une situation qui a toujours existé : les droits réels se limitaient à la « coquille » sans grande utilité intrinsèque, tandis que les droits d'utilisation du logiciel lui-même relèvent depuis toujours du contrat ? Simplement, les prétendus propriétaires de copies du programme disposaient d'une maîtrise de fait qu'il était impossible de contrecarrer : comment empêcher, dans les années 90, la revente d'un CD-ROM dans une brocante ? La dématérialisation et les mesures techniques de protection empêchent de considérer qu'il y a une situation « naturelle », des prérogatives « normales ». Il appartient aux pouvoirs publics de déterminer, à partir d'une vision économique, intellectuelle, sociale, quelles prérogatives le public pourra exercer sur les richesses numériques – le logiciel ne constituant qu'un exemple d'un problème bien plus vaste, qui concernera les livres numériques, la musique, les films[102]. Aucune solution n'est, dans l'absolu, bonne ou mauvaise. Dans une vision prospective – et non de pur droit positif – la théorie de l'épuisement du droit de distribution, par exemple, aura les contours qu'on voudra lui donner. Deux grandes orientations peuvent être identifiées : l'une serait libérale, l'autre plus interventionniste.

Il est possible d'opter pour une approche libérale, c'est-à-dire que l'on abandonnerait au marché la détermination des prérogatives des utilisateurs sur les produits. L'étendue du pouvoir de disposition de l'acquéreur sur sa copie serait une composante de l'offre au même titre que la qualité du contenu ou son prix. Rien n'interdit d'imaginer, d'ailleurs, qu'un logiciel ou plus largement un contenu culturel soit proposé en deux versions, à des prix différents, l'une incessible, l'autre susceptible d'être prêtée ou vendue. En faveur de cette auto-régulation, certains pourraient citer l'exemple de la

101 - S. Dussolier, *op. cit.*, n° 271.

102 - Plusieurs commentateurs de l'arrêt *Usedsoft* (par ex. C. Caron, obs. préc. ; E. Treppoz, obs. préc.) se demandent si la solution sera transposable aux autres contenus numériques. Mais la CJUE ne peut répondre qu'aux questions qui lui sont effectivement posées.

guerre des consoles de nouvelle génération, décrite en ouverture de cette étude. *Microsoft* cherchait à réduire les pouvoirs des acheteurs de logiciels. *Sony* a proposé une alternative plus généreuse, ce qui lui a offert un avantage concurrentiel tel que *Microsoft* a dû faire marche arrière. C'est en quelque sorte au public qu'il revient de voter, avec son portefeuille[103]. Mais même dans ce modèle, les pouvoirs publics ne doivent pas rester totalement passifs. Ils doivent au minimum s'assurer que les conditions d'une concurrence libre et non faussée sont réunies. Le secteur des nouvelles technologies est fortement exposé aux pratiques restrictives de concurrence : la Commission européenne vient d'ailleurs d'adresser à *Google* une communication de griefs[104]. Le public est parfois séduit par une machine qui l'oblige ensuite à recourir à un unique fournisseur de contenus – *Apple* et son iPhone en constituent un excellent exemple – excluant le jeu normal de la concurrence. Les géants du numérique à l'échelle mondiale sont peu nombreux, et le risque que des quasi-monopoles ne se constituent, à l'échelle d'un type de contenu culturel particulier, n'est pas nul. Ensuite, même si l'offre est variée, la concurrence ne fonctionne que si le public est suffisamment informé sur l'étendue de ses droits. Le rôle des autorités consiste alors, au minimum, à vérifier que la transparence est assurée. La contradiction permanente, que nous avions relevée, entre le champ lexical de la vente dans les documents marketings, et la stipulation de licences restrictives dans des documents juridiques qui ne sont lus par personne, est à cet égard inquiétante. Ces restrictions devraient être signalées de manière beaucoup plus explicite[105].

Une autre approche, plus interventionniste, est envisageable. Le législateur – national ou européen – interviendrait de manière autoritaire pour obliger les grands du numérique à octroyer certaines prérogatives à leurs clients. La CJUE pourra difficilement remplir un rôle de ce type à elle seule. Si elle était saisie par un utilisateur souhaitant que le juge enjoigne à *Apple*, par exemple, de lui donner les

103 - Ainsi, en matière de jeux vidéo pour ordinateur, plusieurs plateformes déjà citées arrivent à concurrencer *Steam* en proposant des produits « sans DRM » : *Good Old Games* ou *Humble Bundle* par exemple.

104 - Communiqué de la Commission européenne du 15 avril 2015 : « La Commission européenne a adressé une communication des griefs à *Google*, lui faisant part de son avis préliminaire selon lequel l'entreprise abuse de sa position dominante, en violation des règles de l'UE en matière d'ententes et d'abus de position dominante, en favorisant systématiquement son propre produit de comparaison de prix dans ses pages de résultats de recherche générale au sein de l'Espace économique européen (EEE) ».

105 - Comp. TGI Nanterre, 15 déc. 2006, *UFC Que Choisir c/ Sté Sony France et Sté Sony UK* : Propr. intell., 200, n° 23, p. 222, obs. J.-M. Bruguière. Cette société proposait au téléchargement de la musique qui ne pouvait être lue que sur des baladeurs numériques de la même marque. Le fait de ne pas l'indiquer explicitement a été considéré par le tribunal comme constitutif de délit de tromperie.

moyens techniques de revendre une application pour *iPhone*, que ferait-elle ? Considérerait-elle que c'est une conséquence logique de la décision *Usedsoft* ? Il est difficile de le dire[106]. Pour remettre en cause les strates de mesures techniques de protection accumulées, et surtout des systèmes fondamentalement conçus pour exclure de telles transactions entre utilisateurs, il faudrait toute l'autorité de la loi. Trois directions principales se dessineraient alors. La première consisterait à solliciter le droit des biens. Suivant la voie tracée par la CJUE, en se fondant sur l'analyse économique du droit et sur la notion d'équivalence fonctionnelle, il s'agirait de promouvoir le concept de copie immatérielle d'un logiciel – ou d'une chanson, ou d'un film, ou d'un livre numérique. On utiliserait alors le droit de propriété comme un levier en faveur des utilisateurs, avec le risque non négligeable de déformer quelque peu l'outil en l'appliquant à un objet pour lequel il n'a pas été conçu. Agir ainsi, ce serait perpétuer pour l'avenir le souvenir du support physique et son régime, quitte à forcer les concepts. Comme si le fantôme ne pouvait jamais vraiment oublier son corps de chair...La deuxième direction envisageable serait celle du droit des contrats. On pourrait notamment imaginer que les clauses empêchant l'acquéreur du logiciel de disposer de son droit d'utilisation ou de sa licence soient déclarées abusives. La question du champ d'application *rationae personae* se poserait alors : il serait envisageable de protéger uniquement les non-professionnels ou consommateurs, en considérant que les professionnels sont suffisamment aptes à jauger et négocier les contrats ; il serait possible, au contraire, de placer l'ensemble des acquéreurs de logiciels sous l'égide d'une législation impérative. La troisième direction qui peut être empruntée est celle qu'a suivie la loi Hamon, dans le sillage de la directive européenne sur les droits des consommateurs[107] : elle consiste à traiter les contenus numériques comme des objets juridiques à part entière, sans chercher à les rattacher à des catégories ou à des régimes préexistants. C'est la voie du *sui generis*, qui présente elle aussi ses inconvénients. Déconnecter une question du droit commun – en l'occurrence du droit d'auteur, du droit des biens ou droit des contrats communs – , c'est la priver de sève, c'est l'assécher. Dès lors que la réglementation spéciale n'est pas exhaustive, en effet, les solutions viennent à manquer. Le droit commun, lui, n'est jamais silencieux.

La CJUE l'a compris qui, en attendant mieux ou plus adapté, a fait appel à l'existant : un droit de propriété bancal sur une copie immatérielle de fiction. On lui sait gré d'avoir lancé un très utile débat. La doctrine doit en prendre toute sa part.

106 - C. Le Stanc, obs. préc., ne le pense pas.

107 - Textes cités *supra*, I, A, 2.

TROISIÈME PARTIE :

QUELLE PERTINENCE ?

L'ŒUVRE NUMÉRIQUE : UN ÉLÉMENT ICONOCLASTE EN DROIT DE LA PROPRIÉTÉ

Mélanie Clément-Fontaine,
Maître de conférences en droit privé à l'Université de Versailles – Saint-Quentin

L'art numérique est devenu un genre artistique à part entière[1]. En droit d'auteur toutefois, selon le principe de l'unité de l'art[2], la protection n'est ni conditionnée par le genre ni par le mode d'expression ou par le mérite de sorte qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les œuvres numériques et celles qui ne le sont pas. Néanmoins, à des fins d'illustration, une liste des œuvres protégeables figure à l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle, à partir de laquelle, une typologie traditionnelle consiste à distinguer trois catégories d'œuvres à savoir les œuvres littéraires, artistiques et musicales. Depuis, cette liste a été étendue sous la plume de la doctrine,[3] sans pour autant que ne soit aménagée une place particulière aux œuvres numériques. La raison de ce silence tient sans doute de l'ambivalence de l'expression qui, selon le sens retenu, vise le support de l'œuvre ou le genre de l'œuvre. Ainsi, les œuvres en ligne sont fréquemment assimilées à des œuvres numériques si bien que la notion englobe largement diverses formes de création sans plus de spécificité. En somme, le numérique ne serait que l'enveloppe de l'œuvre permettant à cette dernière d'être perceptible par les sens.

Pour autant, sans pousser plus avant l'approche sémantique du débat, notre propos vise à décrypter comment, l'art numérique — à l'instar dans une certaine mesure, des œuvres éphémères et de l'art conceptuel — a alimenté de façon singulière les questions autour l'appropriation, et ce, à plusieurs titres. Tout d'abord, le recours au support numérique conduit à brouiller les frontières entre ce qui relève de l'information et ce qui relève de la forme protégée par le droit d'auteur[4]. Ce débat n'est pas nouveau. Parfois, le législateur

1 - Que l'on songe aux œuvres de Catherine Ikan, *Fragments d'un Archétype* et *Identité III* (1980) ; de Christa Sommerer et Laurent Mignonneau, *Interactive Plant Growing*, *Transplant* ou *Intro* Act (1993) ; de Char Davies, *Osmose* (1994) ; ou encore de Fred Forest, *Technomariage* (1999). Voir sur ce mouvement artistique notamment : E. Couchot et N. Hillaire, *L'art numérique - Comment la technologie vient au monde de l'art*, Flammarion 2009 ; F. de Mèredieu, *Arts et nouvelles technologies, Art vidéo, Art numérique*, Paris, Larousse, 2003-2011.

2 - Selon ce principe, consacré à l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle, il est interdit aux juges de distinguer entre les beaux-arts et les « petites monnaies » ou l'art mineur notamment l'art appliqué.

3 - Notamment voir M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz 2ème éd. 2012, n°140 et s.

4 - A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis 2012, 4ème éd., n°65.

lui-même joue avec les qualifications, ou plutôt, les évite que l'on songe par exemple aux informations publiques, notion que l'on retrouve dans les directives 2003/98 CE[5] et la directive 2013/37 CE[6] concernant la réutilisation des informations du secteur public. C'est alors par le truchement d'un raisonnement inductif qu'il est possible de retrouver la qualification : là, le législateur vise ce qui est protégé par le droit d'auteur, et on en déduit qu'il s'agit d'une œuvre de l'esprit ; ailleurs, l'objet du régime semble viser les données brutes ou officielles. Ensuite, au-delà de la forme, l'outil numérique a pour particularité de conditionner les modalités de création en permettant de gommer les contraintes spatiale et temporelle de sorte qu'il facilite la création à plusieurs, dite création plurale. Enfin, l'intangibilité de l'œuvre n'est plus une condition de conservation dès lors qu'elle est numérique, car la création devient indéfiniment reproductible à l'identique. Aussi, la transformation de l'œuvre est aussi naturelle que facile.

Pas à pas, nous assistons à la naissance d'une situation paradoxale : après qu'il ait été admis la propriété des biens immatériels, l'avènement du numérique — temple de l'immatérialité — conduit à se demander si celle-ci ne devrait pas permettre, au contraire, d'échapper à l'emprise de la propriété. En somme, les œuvres numériques sont au carrefour d'inspirations opposées.

Afin de tenter de résoudre ce paradoxe, la démarche consiste ici à passer d'un antipode à l'autre en commençant par examiner les œuvres numériques sous le prisme de la propriété puis sous celui des communs pour finalement nous arrêter sur l'articulation de ces deux approches.

Section I - L'œuvre numérique et la propriété

L'entrée des créations immatérielles dans le cercle de la propriété a depuis bien longtemps fait l'objet d'une abondante littérature[7]. Or, on peut se demander s'il y a véritablement lieu à débat.

5 - Directive du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public (« directive PSI »), JOEU L 345/90 du 31 déc. 2003.

6 - Directive du 26 juin 2013 modifiant la directive PSI et qui doit être transposée avant le 18 juillet 2015 (article 2 de la directive), JOEU L 175/1 du 27 juin 2013.

7 - Analysée en détail par S. Alma-Delettre, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, Montpellier, ERCIM, 1999.

Dès les lois révolutionnaires de 1791 et 1793[8], le législateur ne parle-t-il pas de « propriété » lorsqu'il vise les droits des créateurs écartant apparemment de la sorte le doute ? Une « propriété sacrée »[9] et qui n'est pas oisive puisqu'elle est le fruit du travail, certes intellectuel donc immatériel, mais d'un travail néanmoins[10].

Pour autant, il y a un certain malaise à parler de propriété dans un domaine ou les deux acteurs principaux sont l'auteur bien entendu, mais aussi le public : invoquer la propriété donne, à première vue, la part belle à l'auteur dans la mesure où l'œuvre a vocation à être accessible au public alors que la notion de propriété repose sur l'exclusivité. Ceci est d'autant plus vrai dans l'univers numérique au sein duquel l'œuvre se trouve débarrassée de toute emprise matérielle. Les économistes ont à ce titre fait valoir le caractère non rival de l'œuvre numérique en ce sens que l'usage par les uns n'empêche pas l'usage par les autres. De plus, la logique de propriété pourrait entraver la création. Bien plus tôt, Renouard relevait que dans le domaine de l'immatérialité, la jouissance exclusive est discutable, faisant valoir notamment que la pensée à l'origine de toute création est inappropriable[11]. Par ailleurs, en droit civil et en droit public, la propriété immatérielle est quasi absente. Certes, les rédacteurs du Code civil n'ont pas réduit l'objet de la propriété aux choses corporelles. Plusieurs dispositions témoignent d'une conception élargie de la notion de biens au domaine de l'immatérialité[12]. Elles ne suffisent néanmoins pas à lever le doute sur l'élection de la qualification de propriété pour le droit d'auteur. Un doute qui réapparait chaque fois que se pose la question de l'application de certains mécanismes – telles la possession[13], l'indivision[14] ou la réserve de propriété[15] – aux œuvres de l'esprit. L'attachement des

8 - Décrets des 13 et 19 janvier 1791 relatifs aux œuvres dramatiques et décrets des 19 et 24 juillet 1793 pour le droit de reproduction des auteurs d'écrits, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs. Le principe était déjà en germe sous la forme de privilèges accordés à l'auteur : Voir L. Pfister, *L'auteur, propriétaire de son œuvre – La formation du droit d'auteur du XVIe siècle à la loi de 1957*, thèse Strasbourg, 1999, p. 349. L'expression a été reprise lors de la codification en premier lieu dans le titre le *Code de la propriété intellectuelle*, et dans les dispositions, voir notamment l'article L. 111-3 : « La propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel ».

9 - V° La déclaration de Le Chapelier devant l'Assemblée constituante : le droit que l'auteur a sur son œuvre « est la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et (...) la plus personnelle de toutes les propriétés ».

10 - T. Revet, *La force de travail : étude juridique*, Préface F . Zenati, Litec, 1992, n°347, p. 390.

11 - A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans les sciences, la littérature, et les beaux-arts*, troisième partie, 1838.

12 - F. Zenati, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *RTD Civ.* 1993, p. 309.

13 - B. Parance, *La possession des biens incorporels*, Préface L. Aynès, avant-propos F. Terré, LGDJ 2008.

14 - A. Robin, *La copropriété intellectuelle – Contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, Préface T. Revet, Presses universitaires de la faculté de Clermont-Ferrand, LGDJ, 2005.

15 - S. Roose Grenier, *La réserve de propriété : un mécanisme pour les propriétés intellectuelles*, thèse Montpellier 1 dactylographiée, 2008.

rédacteurs du Code civil à l'emprise matérielle des biens s'explique par le contexte économique dans lequel ces textes ont été conçus, les immeubles étant la première valeur patrimoniale à l'époque. Aujourd'hui, en revanche, rien ne permet d'expliquer, par exemple, l'absence des biens immatériels publics dans le Code général de la propriété des personnes publiques à la suite de la réforme issue de l'ordonnance du 21 avril 2006. Plus généralement, on s'étonne de la timidité du législateur à ouvrir le droit des biens au domaine de l'immatériel alors qu'il tient une place prépondérance dans notre économie[16].

Le débat de l'application du régime de la propriété civile aux œuvres de l'esprit pourrait sembler théorique dans la mesure où le droit d'auteur définit le régime qui leur est applicable. Toutefois, un des enjeux de la question tient au fait que la qualification de propriété du droit d'auteur permet de lui attribuer la force de cette dernière : la propriété est l'une des notions piliers de notre organisation sociale et politique ; elle est consacrée par des textes placés en haut de la hiérarchie des normes lui conférant de la sorte la nature de droit fondamental. Aussi, la qualification de propriété du droit d'auteur renforce la légitimité de l'exclusivité de l'ayant droit sur l'œuvre qu'il peut opposer au public. Elle nourrit les revendications de ce dernier quant à l'allongement de la durée de la protection, quant aux mesures exceptionnelles contre le piratage telles que la coupure de l'accès à Internet, ou encore les mesures d'intrusion dans les échanges privés entre les individus.
L'ensemble de ces revendications, qui repose sur la propriété, est défendu moins en considération de l'auteur que des ayants droit ou, autrement dit, des exploitants des œuvres. Pour s'en convaincre, rappelons que si la qualification de propriété est éligible s'agissant des droits patrimoniaux de l'auteur et partant des ayants droit, elle ne l'est pas pour le droit moral qui n'appartient qu'à l'auteur. En ce sens, l'auteur est sans doute moins attaché à l'encrage du droit d'auteur à la propriété que ne le sont les exploitants des œuvres.

Au-delà de ce débat, l'approche propriétaire est mise en balance avec les inspirations collaboratives de certains auteurs portées par le numérique. Aussi, face à la logique propriétaire est-il opposé une logique de partage. C'est dans ce contexte qu'il a été proposé de qualifier certaines œuvres, en particulier numériques, de biens communs voire de communs.

16 - J.-M. Bruguière, « L'immatériel à la trappe », D. 2006, p. 2804.

Section II - L'œuvre numérique et les communs

L'œuvre numérique a pour particularité, comme nous l'avons écrit plus tôt, d'être détachée d'un support matériel. Elle peut facilement circuler, être reproduite et modifiée. Face à ce phénomène, l'une des réactions consiste à endiguer la circulation, la production et la modification non désirées par l'auteur. La démarche est légitime dans la mesure où l'auteur dispose d'un monopole qui lui permet de profiter économiquement de l'exploitation de sa création de sorte qu'il peut ainsi continuer à créer. Une autre réaction consiste à user de tous les moyens techniques offerts pour créer à plusieurs au mépris d'une forme de réservation. Ces deux démarches sont tout aussi pertinentes et par conséquent ne devraient pas être exclusives l'une de l'autre. Aussi, convient-il à présent de nous pencher sur la seconde.

Le numérique suscite en tant que support et moyen de communication des créations collaboratives ouvertes à tous. Pour que de telles œuvres existent, encore faut-il qu'il n'y ait pas d'obstacles à l'accès, à la circulation, à la modification de ces œuvres. Nous sommes loin alors du concept de propriété individuelle. C'est pourquoi il a fallu aller chercher une autre qualification[17].
Si l'on s'en tient au droit positif, toute chose est susceptible de propriété excepté les choses communes. Toutefois, ces dernières peuvent être appropriées partiellement[18], de sorte que les choses communes ne sont pas exemptes d'appropriation. S'agissant des biens publics, ils sont la propriété de la personne publique et répondent, à bien des égards, à la logique de la propriété individuelle. Leur accès peut être limité, voire interdit, leur aliénation est possible, et enfin, il peut être accordé une exclusivité individuelle de jouissance. Les internationalistes avaient tenté d'aller plus loin en élaborant le concept de patrimoine commun de l'humanité. Selon la description faite par Arvid Pardo, ambassadeur maltais aux Nations-Unis, dans son discours de 1967, le patrimoine est commun dans la mesure où il doit être accessible par tout le monde notamment en consacrant la liberté d'y mener des recherches scientifiques et plus encore le partage des résultats de ces recherches. Si l'on applique ces critères à la création, cela revient à dire que l'œuvre est commune dès lors qu'elle est accessible par tout le monde, qu'elle peut être modifiée par chacun dans la mesure où la modification d'une œuvre numérique ne met pas en péril l'existence de l'œuvre initiale, et enfin que toutes

17 - Ces lignes sont une synthèse de ce que nous avons eu l'occasion d'exposer dans diverses contributions. Not. Les biens communs : des biens matériels aux biens immatériels, *Les modèles propriétaires*, en hommage au professeur H.- J. Lucas, LGDJ 2012, p. 51.

18 - M.-A. Chardeaux, *Les choses communes*, Préface G. Loiseau, DL 2006, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 464.

les modifications sont partagées. À ce titre, nous avons défendu la thèse selon laquelle le réseau Internet, qui couvre aujourd'hui une grande part de l'espace numérique, est une création commune qui devrait répondre à ces critères[19]. L'intérêt de qualifier l'œuvre de bien commun de l'humanité résiderait dans la possibilité de lui appliquer un régime juridique reconnu à l'échelle internationale. Néanmoins, aucune des conventions relatives au régime de patrimoine de l'humanité ne retient, en définitive, un régime de partage proche de ce qu'avait décrit Arvid Pardo.

Plus récemment, le mouvement de l'Open Data œuvre, semble-t-il, pour une politique de partage. L'objectif est en effet de favoriser la création des développeurs et des entrepreneurs en organisant la mise à disposition sans entrave technique et juridique des informations publiques des administrations. Sous l'impulsion communautaire[20], la politique de l'Open data a été consacrée, en France, par l'ordonnance du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès des documents administratifs et la réutilisation des informations publiques, le système a été entériné par le décret du 21 février 2011 portant sur la création d'une mission « Etalab » chargée d'un portail unique interministériel des données publiques. La démarche est intéressante en ce qu'elle conduit à organiser le partage des données publiques par le biais de licences non exclusives, pour une durée illimitée, dans le monde entier. Ce régime pourrait servir de modèle à un régime applicable aux œuvres de l'esprit pour lesquelles il paraît opportun d'assurer le partage plutôt que la réservation.

Pour atteindre un tel résultat, il faudrait faire tomber les vieux réflexes d'appropriation individuelle. L'avènement du numérique joue, à ce titre, un rôle significatif en permettant de rendre visible des expériences communautaires notamment avec le développement de Fablab et des productions ouvertes telles l'encyclopédie Wikipedia et les œuvres libres. Une forme de propriété collective s'inscrit peu à peu dans les esprits et rencontre une acceptation significative comme en témoigne l'attribution du prix Nobel d'économie décerné en 2009 à la professeure Elinor Ostrom pour son analyse de la gouvernance des communs. Depuis, la doctrine française, portée par ces changements, s'ouvre à la reconnaissance d'une propriété collective qui dépasse le seul schéma de la propriété individuelle. À l'opposé de l'indivision, de la copropriété ou encore du patrimoine social, la propriété collective est cette fois perçue comme un régime organisant la gestion et la jouissance commune des biens sans part individuelle ni partage, sans droit de véto ou de

19 - B. Parance et J. de Saint Victor (dir), Internet et les résurgences des « communs », *in Repenser les biens communs*, CNRS éditions, 2014, p. 261.

20 - Directive n°2003/98/ CE modifiée par la directive n°2013/37/ CE, *op. cit.* notes 5 et 6.

transmission. La rupture est telle avec l'approche traditionnelle et libérale de la propriété entérinée à la Révolution, qu'une rupture sémantique semble nécessaire. Parallèlement, la proposition se rapproche du concept anglo-saxon et des figures anciennes connues respectivement sous le nom de *commons* et communs. La notion de communs – pour conserver un vocable français — traduit ainsi une inclinaison plus profonde à se détacher de la propriété individuelle tout en soulignant une affiliation avec des concepts connus. De la sorte, l'expression permet d'échapper à la dichotomie entre chose appropriable et non appropriable qu'induit la théorie de la propriété individuelle[21]. Par ailleurs, la notion de commun implique par définition une communauté de personnes et nécessite de ce fait de définir des règles de gestion horizontale. C'est en cela que résident à la fois l'intérêt des communs et sa faiblesse. L'interaction des individus autour de projet commun les conduit naturellement à créer des règles de conduite communes qui s'adaptent au gré des mutations du projet et garantissent ainsi sa longévité. Inversement, l'organiser d'une gestion commune de biens mis en partage n'est pas exsangue de difficultés et d'un glissement vers un schéma centralisé propre à la propriété individuelle. Pour autant, loin d'être une utopie, Madame Elinor Ostrom en décrit les mécanismes[22], et dans l'univers numérique, les organisations communautaires autour de projets de créations collaboratives ne cessent d'émerger[23].
Sans entrer dans les détails de ces thèses abordées par ailleurs, nous retiendrons à l'appui de nos propos que le développement des œuvres numériques est simultanément source d'inquiétudes et de promesses dans la mise en partage de la création.

Section III - Pour une coexistence pacifique

Deux logiques différentes tirent vers deux qualifications opposées. D'un côté, une logique de réservation de l'œuvre numérique qui tend vers la qualification de propriété individuelle. De l'autre une logique de partage de l'œuvre numérique qui conduit vers la qualification de communs.

L'articulation entre ces deux approches peut se concevoir de bien des manières. Nous en retiendrons quatre principales.

21 - Notre contribution, Les communs numériques, *in Les mélanges en l'honneur d'André Lucas*, LexisNexis 2014, p. 163.

22 - C. Hess et E. Ostrom (ed.), *Undestanding as a Commons : From Theory to Pratice*, The MIT Press, Cambridge, Massachusette, 2007.

23 - Voir parmi les nombreuses études : D. Cardon et J. Level, La vigilance participative. Une interprétation de la gouvernance de Wikipédia, Réseaux 2009/2 n°154, p. 51 ; D. Demazière, F. Horn et M. Zune, La socialisation dans les « communautés », de développements de logiciels libres, Sociologie et société 2007, vol. XLI.1, p. 217 ; Karine Roudaut et N. Jullien, L'engagement dans des collectifs de production de connaissance en ligne, Revue française de socio-économie, 2011, 8 (2), p. 59.

La première consiste à poser une hiérarchie entre l'approche individuelle qui serait le principe et, l'approche collective qui serait l'exception. Selon ce schéma, la propriété individuelle, sous l'égide de laquelle se range le droit d'auteur, est reconnue comme le modèle indétrônable du rapport des personnes aux biens. L'exclusivité en résultant est nécessairement individuelle en ce sens que toute conception collective suit le même modèle, ou est reléguée au statut d'exception. Ainsi, ce qui est communément appelé propriété collective – en l'occurrence, la propriété sociale, la copropriété, l'indivision — n'est ni plus ni moins qu'une émanation de la propriété individuelle ou un état accessoire, voire provisoire. La propriété sociale se cristallise autour d'une personne morale, qui par le jeu de la fiction, permet d'envisager unitairement la propriété d'un groupe de personnes qui individuellement disposent de titres. La copropriété repose pour le principal sur l'existence de parties individuellement appropriées, et ce n'est qu'à titre accessoire, qu'il est reconnu une partie collective. Autrement dit, la partie collective de la copropriété ne se conçoit qu'en présence de parties individuelles et reste attachée à ces dernières. Elle s'impose le plus souvent par nécessités (les lieux de passage ou encore les équipements), mais peut changer de nature. On observe, en effet, plus fréquemment la transformation de parties communes en parties privatives que l'inverse. Enfin, l'indivision, on le sait, a été conçue comme une organisation transitoire du lien de propriété, et par conséquent précaire. C'est pourquoi, il est question de parts indivisaires qui présagent la division en valeur de la propriété en autant de fractions qu'il y a d'indivisaires. Pour chacune de ces hypothèses, le modèle de la propriété individuelle pose inexorablement son empreinte. Plus encore, elle a pour destin de s'étendre à toute chose, de sorte que lorsqu'il est affirmé qu'une chose est commune, ce n'est jamais au détriment de la possible appropriation, au moins partiellement de la chose. La construction hiérarchisée, que nous venons de présenter rapidement, est inscrite dans la structure du Code civil dans lequel, en particulier, l'article 714, consacré aux choses communes, a été rangé parmi les dispositions générales du livre troisième relatif aux « différentes manières dont on acquiert la propriété ».

Selon une deuxième approche, les communs seraient le résultat de l'autonomie de la volonté. Le cadre juridique de la propriété n'étant pas propice au partage, l'auteur n'a pas d'autres choix que d'organiser contractuellement la création, et la jouissance collectives. Cette tendance a connu une accélération à la fin des années quatre-vingt-dix. Ainsi, des communautés épistémiques, ayant pour objet la production et l'exploitation ouvertes des connaissances, se sont organisées sur le fondement d'usages et de contrats en particulier dans le domaine de la création numérique.

La troisième approche repose sur l'affirmation selon laquelle ce qui relève de la propriété occupe la sphère marchande, tandis que ce qui se rapporte aux communs est limité à la sphère non marchande, autrement dit, à ce qui est gratuit et n'engendre aucun profit économique. Une telle approche permet de préserver le dogme de la propriété individuelle au détriment de nouvelles formes de relation entre la personne et les biens. Cette vision conservatrice a été défendue à travers la notion d'œuvre transformative. Si la définition de la notion est encore incertaine[24], il est possible d'affirmer qu'elle vise toutes les œuvres réalisées à partir d'une ou plusieurs œuvres préexistantes. Concrètement, il s'agit d'embrasser l'ensemble des nouvelles pratiques que le numérique a largement permis comme le *mash-up*, les *fanvids*, le *vidding*, la *fan-fiction*[25]... D'origine américaine, la liberté de créer des œuvres transformatives, sans l'autorisation express de l'auteur, trouve sa justification dans la doctrine de *fair use*. La traduction européenne de la notion pourrait consister, selon certains courants de pensée, en la reconnaissance d'une nouvelle exception au monopole de l'auteur permettant, à des fins non commerciales (ou non marchandes), la transformation d'une œuvre (notamment numérique) sans l'autorisation de l'auteur de cette œuvre. Si l'on poursuit le raisonnement, alors le résultat de la transformation ne serait pas, au sens strict, une œuvre de l'esprit sur lequel l'auteur aurait un monopole, mais un produit hors commerce et sans doute libre de droits. L'issue de ce débat est loin d'être un épiphénomène. La consécration de la distinction entre sphère marchande et sphère non marchande permet de conserver le modèle économique actuel qui repose sur des droits exclusifs, mais ce faisant, elle hypothèque l'émergence d'une économie nouvelle et prometteuse.

La quatrième approche consiste à faire coexister, sur un pied d'égalité, les conceptions propriétaire et collaborative du lien unissant la personne aux choses. En creux, il s'agit tout d'abord d'écarter l'idée de hiérarchie reposant sur la distinction entre principe et exception, puis de ne pas cantonner l'une ou l'autre de ces conceptions à un domaine particulier marchand ou non marchand. La question se pose, dès lors, de savoir s'il ne faudrait pas reconnaître un statut juridique à la propriété collective, voire aux communs afin d'accompagner les changements socio-économiques qu'apporte le numérique en particulier dans le domaine de la création.

Juin 2015

24 - Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives » 2014, par V.-L. Benabou et F. Langrognet (rapp. de la mission).

25 - Décrits dans le rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives », *op. cit.*, § 1-2-1.

LES NOMS DE DOMAINE DES BIENS NUMÉRIQUES PAS COMME LES AUTRES ?

Eugénie Chaumont
Expert juridique en problématiques internet

Contrairement à ce que certains pourraient croire, un nom de domaine n'est pas le nom d'un domaine viticole, même si les viticulteurs, vignerons et autres personnes travaillant dans ce secteur viticole, possèdent généralement au moins un nom de domaine avec un site web rattaché.
La problématique actuelle des nouvelles extensions .VIN et .WINE renforce cette confusion.
Nous allons nous intéresser dans un premier temps aux noms de domaine, dans un deuxième temps à leur possible qualification de biens numériques puis enfin, à la tentative d'assimilation aux marques.

Qu'est-ce qu'un nom de domaine ?

Le NOM DE DOMAINE correspond à un moyen d'identification d'un ordinateur sur internet qu'il s'agisse de l'ordinateur d'un particulier ou d'un serveur d'hébergement par exemple.

Un peu d'histoire

Au départ, il n'existait que des **adresses IP** (*Internet Protocol*) du genre **212.85.150.134**, soit une suite composée de quatre ensembles de 1 à 3 chiffres séparés par des points, permettant d'identifier les ordinateurs sur internet.
Les **noms de domaine** ont été adoptés afin de permettre une identification des ordinateurs plus intuitive, plus facilement mémorisable et par conséquent plus « conviviale ».
Le premier nom de domaine à avoir été officiellement enregistré est **symbolics.com,** le 15 mars **1985**.
Quelques années plus tard, en 1992, un contrat a été signé entre le **gouvernement américain** et Network Solution Inc. (**NSI**) pour gérer les noms de domaine
En 1998, cette gestion, entre autres choses, a été confiée à l'**ICANN** (Internet Cooperation About Names and Numbers) par le gouvernement américain.
Depuis 2008, l'on discute de la possibilité de mettre en place de nouvelles extensions internet (new gTLDs) dans un délai court.
Ce n'est cependant que le 20 juin 2011, lors du meeting ICANN de Singapour, que les membres du Board (sorte de conseil d'administration de cet organisme) ont approuvé ce programme de

création de nouvelles extensions[1].
Actuellement, l'on constate une volonté du gouvernement américain et du président actuel de l'ICANN, Fadi Chéhadé, de sortir de cette « emprise » américaine tout en ménageant les susceptibilités et en contrôlant les risques techniques.
Les noms de domaine fêtent leurs 30 ans cette année et l'on peut légitimement se demander si cela sera leur âge de raison.

Composition des noms de domaine
Il est possible de séparer les noms de domaine en deux parties ou « niveaux » : l'extension (string en anglais) et le radical, sachant que le niveau considéré comme le plus « important » est l'extension.

- *Le premier niveau appelé généralement **TLD** (Top Level Domain) peut être de différentes « sortes » :*

Il s'agit de la partie qui est située presque toujours à droite du point (cf exceptions qui seront abordés par la suite).
L'on parle souvent à son sujet d'extension (exemples : FNAC**.COM**, WIPO**.ORG**, LEBONCOIN**.FR**, YAHOO**.BE** ...)
Les extensions génériques ou **gTLDs** (generic Top Level Domain) dont le plus connu est le **.COM**
Les **ccTLDs** (country code Top Level Domaine) dont le plus connu est le **.FR** en France avec le cas particulier du .EU qui concerne plusieurs pays
Certains parlent de **sTLDs** pour désigner les extensions telles que le **.INFO** ou le **.BIZ** ou le beaucoup plus controversé et récent **.XXX**
Les **new gTLDS** ou nouvelles extensions internet viennent un peu changer la donne car l'on peut considérer qu'il s'agit d'une véritable petite révolution dans le monde des noms de domaine.
Parmi ces noms de domaine il existe différentes catégories notamment :

- Les marques comme le .LOREAL, .ROLEX, .GOOGLE ...
- Les noms géographiques ou assimilés comme le .AQUITAINE, .PARIS, .ALSACE, .BZH, .LONDON ...
- Les noms génériques comme le .GLOBAL, .IMMO, .BOOK, .BAR, .WINE ...
- Les extensions présentant une véritable démarche novatrice comme le .SECURE, le .ARCHI ou le .MED
- Les extensions en IDN, soit en caractères non latins comme des caractères chinois ou des caractères arabes (avec la particularité pour ces derniers de l'inversement de la place de l'extension, cette langue se lisant de droite à gauche)

1 - Article « Les nouvelles extensions, c'est parti » disponible sur www.keepalert/nouvelles-extensions-icann-singapour

• *Le deuxième niveau que l'on appelle parfois radical ou préfixe comprend généralement a minima une marque ou un terme générique.*
Exemples : ***FNAC****.COM,* ***GOOGLE****.FR,* ***SERVICE-PUBLIC.****FR ...*

Quand aucune précision n'est donnée sur ce que l'on qualifie de « nom de domaine » il s'agit de l'ensemble constitué par le « radical » associé à une extension.
Exemples : ***LOTO.COM****,* ***PRESIDENT.FR****,* ***WAT.TV*** *...*

Les attributs du nom de domaine

• *L'existence indispensable d'un Registre*
L'AFNIC (Association Française pour le Nommage Internet en Coopération), un registre national presque classique, gérant, à ce jour, le .FR et certaines extensions rattachées à la France (comme le .RE pour la Réunion)
Pour les noms de domaine en .COM, .ORG, .NET ... il existe aussi des Registres qui sont liés par un contrat avec l'ICANN et ont de ce fait des comptes à rendre en cas de problèmes conséquents ou de manquements à leurs obligations.
A côté de ces registres « classiques » l'on a pu constater, entre autres choses, l'arrivée remarquée de Google ayant demandé une centaine d'extensions et Amazon également un très grand nombre.

• *L'enregistrement auprès d'un Registrar*
Dans la majorité des cas il est nécessaire de faire appel à un Registrar pour procéder à la demande d'enregistrement d'un nom de domaine auprès du Registre.
Il existe des registrars classiques comme OVH, Gandi, Netnames, Nameshield, IPTWINS, ProDomaines, MailClub, Network Solutions ...
Un Registrar bien plus particulier a récemment finalisé les démarches afin de devenir Registrar et il s'agit bien entendu de Google.

• *La fiche d'identité du nom de domaine : le WHOIS*
Les noms de domaine possèdent une sorte de carte d'identité possédant, normalement les informations suivantes :

- Nom et coordonnées du titulaire (registrant)
- Nom et coordonnées du contact administratif
- Nom et coordonnées du contact technique
- Nom et coordonnées du contact payeur
- Serveurs DNS

Ces informations sont censées correspondre à la réalité et être mises à jour lors de tout changement.
L'ICANN comme l'AFNIC envoient des emails de vérification aux adresses email indiquées. L'absence de réponse à ces emails présente un risque de suspension du site internet rattaché et des adresses email voire de « libération du nom de domaine » (domaine public). Il est par conséquent très important d'identifier ces emails comme des emails officiels (ils arrivent parfois dans le spam) et d'y répondre de la bonne façon.
En cas de doute il convient de se renseigner auprès de son registrar ou de son conseil (Avocat ou Conseil en Propriété Industrielle).
Une fiche WHOIS peut prendre différentes formes et ne pas comporter toutes ces informations.

La définition des biens numériques

Les biens sont définis comme étant des objets appartenant à une personne, faisant partie de son patrimoine.
La Doctrine a retenu trois critères permettant de qualifier une chose de « bien », à savoir le fait d'être :

Utile
Le nom de domaine répond parfaitement à cette condition de qualification dans la mesure où il a été créé uniquement afin d'être facilement mémorisable, de permettre un accès plus facile à des sites internet.

Appropriable
Existence d'un registrant, titulaire, réservataire, détenteur parfois qualifié dans le language courant de propriétaire.
Selon Cédric Manara, qui a rédigé une thèse sur le droit des noms de domaine, il s'agit non pas d'une propriété mais plutôt d'une sorte de location[2].
Il faut bien admettre que si le nom de domaine est appropriable il ne l'est pas pour une durée indéterminée.
Le titulaire paye une fois par an ou pour plusieurs années mais n'est pas titulaire ad vitam eternam de ses noms de domaine quant bien même il serait prêt à en payer le prix.
Rare
Fin 2013, le nombre de noms de domaine enregistrés s'élevait à 275

2 - Propriétés intellectuelles, Janvier 2012, n°42, Revue des Thèses, p. 123-124, Cedric Manara interviewé par Xavier Strubel.

millions (toutes extensions confondues).
On a pu constater depuis cette date un taux de renouvellement des noms de domaine moins élevés que les années précédentes sur les extensions « classiques » (.FR, .COM, .NET, .ORG) du fait d'une baisse des budgets alloués dans les grandes entreprises à tout le moins en France.
En parallèle de nouvelles réservations sont intervenues avec le lancement des nouvelles extensions, certaines ayant un succès certain (Exemple : .NINJA avec près d'1 million de noms de domaine enregistrés[3]).
En novembre 2014, déjà 3 millions de noms de domaine étaient enregistrés dans les nouvelles extensions[4].
Par ailleurs, les noms de domaine possèdent une véritable valeur pécuniaire. Pour exemple, le nom de domaine SEX.COM s'est revendu 14 millions de Dollars américains et le nom de domaine CREDIT.FR s'est vendu quant à lui 258 500 Euros.
Plus récemment, l'extension .BUY a été achetée 4,6 millions de Dollars américains par Amazon.
A noter que la plupart des transactions portant sur des montants importants sont tenues secrètes (quand cela est possible) pour ne pas encourager les cybersquatteurs.

L'aspect numérique
Le nom de domaine est par essence un bien numérique.
Il n'existe que sur internet et par conséquent il n'a d'existence que sur des ordinateurs contrairement au livre qui, quant à lui, peut être papier ou numérique.

L'absence de définition des noms de domaine

Un acte manqué ? Les articles L45 et suivants du Code des Postes et Communications Electroniques (CPCE)

On pourrait croire que la loi du 22 mars 2011 a été une occasion manquée pour poser une définition mais il était vraisemblablement trop tôt et trop « dangereux » de la faire à ce moment-là.
Cette loi a apporté de nombreux éléments importants dont notamment :
• Une clarification du mode de désignation de cet office par la voie d'un appel d'offres
L'Association Française de Nommage Internet en Coopération

3 - Chiffres de Jean Guillon de mai 2015 http://www.ndd.buzz/2015/05/quelques-chiffres-dautres-extensions.html

4 - Article de Jean-François Poussard (Systonic) http://pro.01net.com/editorial/632922/3-millions-de-noms-de-domaine-deposes-dans-les-newgtlds-en-un-an/

(AFNIC) s'étant en quelque sorte « autoproclamée » gestionnaire de l'extension française, des sous extensions et des extensions ultramarines.

• Une nouvelle version des règles générales d'attribution des noms de domaine à respecter par l'office d'enregistrement appelée aussi Charte de nommage

• La confirmation de l'attribution des noms de domaine pour une **durée limitée et renouvelable**, d'où la qualification avancée par certains juristes d'un contrat de location (2)

• Une révision des cas de refus d'enregistrement et/ou de renouvellement des noms de domaine avec une obligation de motivation

La consécration par la jurisprudence

• La position initiale de la Cour de Cassation : l'exigence d'une faute pendant plusieurs années

À ce sujet, l'on peut citer comme exemple l'Arrêt de La Chambre commerciale de la Cour de Cassation opposant d'une part les titulaires du code minitel 3615 GAY et le nom de domaine GAY.FR et d'autre part les marques GAY et GAY INFOS MAGAZINE.

Dans cet Arrêt datant du 8 avril 2008 la Chambre commerciale de cette Cour a estimé que : « le terme banal et commun Gay peut être utilisé par un tiers au sein d'un nom de domaine dans le but d'identifier la clientèle à laquelle s'adresse le site correspondant, en l'absence de **risque de confusion** dans l'esprit des consommateurs, et que si une telle reprise est susceptible de procurer à celui qui la pratique des économies, elle ne saurait, à elle seule, être tenue pour **fautive** ».

• L'apport de la Cour Européenne des Droits de l'homme (CEDH) : le droit sur le nom de domaine est constitutif d'un droit

Cette Cour s'est fondée sur l'article premier du Premier protocole additionnel à la Convention Européenne des droits de l'homme.

Pour exemple, dans un Arrêt en date du 18 septembre 2007 (Paeffgen Gmbh c/ Allemagne) elle a considéré que « le contrat que l'autorité d'enregistrement a conclu avec l'intéressée reconnait à cette dernière le droit d'utiliser et de céder librement les domaines enregistrés sous son nom. Le droit exclusif d'utilisation ainsi concédé a une valeur économique et constitue donc un « bien ». »

• L'apport du Conseil Constitutionnel

Dans une décision n° 2010-45 datant du 6 octobre 2010, celui-ci a considéré que : « Le nom de domaine, en effet, n'est **pas simplement l'équivalent d'une suite de chiffres désignant l'adresse IP d'un ordinateur** assimilable à une fréquence hertzienne ou à un numéro de téléphone. »

« (Il) présente aussi une **importante valeur économique** et, surtout,

son attribution et sa conservation peuvent être déterminantes pour l'exercice d'une activité économique, ce qui conduit par exemple certaines entreprises à payer des sommes importantes pour racheter un nom. »

Marques et noms de domaine : les faux jumeaux

Les différences notables.

- **L'absence de principe de territorialité**

Internet est mondial, sans frontières contrairement aux marques qui sont par essence territoriales.

- **L'impossibilité de désigner des produits et services**

Il n'est pas possible lors de l'enregistrement des noms de domaine de sélectionner des classes ni d'établir une liste des produits et services concernés.
Cette particularité est remise en cause en partie par les nouvelles extensions dites « génériques » qui désignent un produit ou un secteur d'activité (par exemple le .BANK, .BOOK, .BAR, .VIN)

Un point commun : l'exigence de distinctivité
Ce point commun est relatif car si la distinctivité est exigée pour les marques dès l'enregistrement elle n'est imposée au nom de domaine que lors d'un litige.
En effet, contrairement à l'INPI (Institut National de la Propriété Industrielle), son équivalent internet pour la France, l'AFNIC n'effectue aucun contrôle de la distinctivité lors de la demande d'enregistrement du nom de domaine.
Dans l'affaire « Boistropicaux » (CA Douai 9 septembre 2002) il a été considéré que le nom de domaine devait « faire preuve de distinctivité ».
Dans l'affaire « servicesfuneraires.com / services-funeraires.com (CA Paris 25 mai 2005) il a été affirmé que « seul est protégeable un nom de domaine distinctif »
Dans l'affaire « Argus » la Cour de Cassation (com. 23 janvier 2007) n'a pas émis d'attendu de principe comme l'on aurait pu s'y attendre. Néanmoins, elle a donné raison à la Cour d'Appel de Paris qui avait considéré que « le terme disputé est passé dans le langage courant et qu'il est aussi utilisé dans d'autres domaines, tels ceux des assurances ou encore de la presse ».

Le nom de domaine, un signe distinctif nécessitant une exploitation publique pour être protégé en tant que tel
Le TGI de Paris dans une décision du 9 juillet 2002 a affirmé qu'il est « constant que la protection du nom de domaine contre l'usurpation des tiers à l'instar de l'enseigne ne s'acquiert que par l'usage public qui en est fait ».

Dans une autre décision datant du 1er avril 2001, ce même tribunal, dans l'affaire « Sunshine » a considéré qu'un site internet accessible uniquement sur login et mot de passe ne pouvait pas être considéré comme constituant un **usage public** susceptible de conférer une protection au nom de domaine à partir duquel il était opéré.
Si le nom de domaine se confronte souvent aux marques il ne peut être complètement assimilé à celles-ci.

L'avenir incertain des noms de domaine

Les new gTLDs

Les nouvelles extensions internet qui s'ouvrent chaque jour ont pu paraître inutiles à un grand nombre et notamment à ceux qui auraient pu demander un .VIN ou un .WINE respectant les Appellations d'origine européennes.
Il est pourtant force de constater qu'elles remportent un certain succès et qu'il est en tout cas impossible de les ignorer totalement.

Les moteurs de recherche comme Google®

Certes, il est très rare de taper l'URL dans un navigateur web pour accéder à un site internet.
Néanmoins, qui a réservé un nombre très important d'extensions et devient registre et registrar en même temps ? Il s'agit de l'incontournable Google dont l'algorithme ne peut pas ignorer l'arrivée et le succès potentiel de ces extensions.
Il faut garder en tête le fait que le but de Google en tant que moteur de recherche est de fournir les résultats les plus fiables.
Si tous les revendeurs officiels ROLEX® possèdent demain leur nom de domaine en .ROLEX pointant sur leur site web, par exemple, comment imaginer que Google ignorera ce résultat de recherche le plus fiable qui existe ?

Le nom de domaine est sans contestation possible un bien numérique et beaucoup s'accordent pour le qualifier de signe distinctif.
Son caractère numérique et surtout technique empêchent de l'appréhender comme un signe distinctif du monde physique qui présente nécessairement un caractère figé.
Pourquoi vouloir absolument qualifier les noms de domaine et les faire rentrer dans une case existante comme celle des marques ?
Nous pouvons considérer que les noms de domaine sont des signes à part.
Comme l'a si bien dit Cédric Manara : « « l'objet nom de

domaine » recèle encore une part de mystère juridique »[5] (5) et c'est bien ce qu'il y a de passionnant dans cette partie du droit en cours de construction.
Les nouvelles extensions internet au lieu d'apporter des réponses à ces questions en amènent de nouvelles.
La problématique du dotsquatting risque d'être plus présente (exemple applesto.re), la présence de la marque à la droite du point engendre de nouvelles problématiques et le fameux dossier .WINE / .VIN n'arrête pas de faire couler de l'encre.

5 - Thèse de Cédric Manara, *Le droit des noms de domaine*, sous la direction de Valérie-Laure Bénabou, Université Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines (publiée aux éditions IRPI).

DES BIENS AUX SERVICES NUMÉRIQUES : DE L'ÈRE DE LA PROPRIÉTÉ A L'ÂGE DE L'ACCÈS[1]

Céline Castets-Renard
Professeur, Université Toulouse 1 Capitole, Faculté de droit
Co-directrice du Master 2 Droit et informatique
Directrice adjointe de l'IRDEIC, Centre d'excellence Jean Monnet

Un changement de modèle économique et juridique : des biens aux services. - Pour introduire cette présentation, il faut tout d'abord souligner la contradiction, voire la rébellion, qu'il peut y avoir à proposer un sujet sur « les services numériques », lors d'un colloque relatif aux « biens numériques » ! Les organisateurs ont fait preuve d'une grande souplesse et ouverture d'esprit, ce dont je les remercie très sincèrement.

Précisons néanmoins que l'étude des biens numériques présente évidemment un fort intérêt et que les questions engendrées par les services numériques viennent s'ajouter, souvent s'entremêler, aux problématiques soulevées lors de ce colloque[2]. Le thème proposé part simplement du constat que les nouveaux acteurs de l'internet dominants sont essentiellement des fournisseurs de services. En outre, si l'on trouve bien évidemment toujours des fournisseurs de biens, on constate que pour un nombre significatif d'activités, les services annexes proposés lors de la fourniture de biens deviennent prioritaires pour les clients et confèrent un avantage concurrentiel déterminant dans le choix du prestataire. Les services représentent alors le levier de la croissance économique de ces entreprises[3]. Désormais, les marchés sont remplacés par les réseaux, les biens tendent à être dominés par les services, les vendeurs deviennent des prestataires et les acquéreurs, des usagers. On passe du droit des biens au droit des contrats, de la propriété[4] au droit d'accès

1 - La forme orale a été partiellement conservée.

2 - Au demeurant, la réflexion sur ces services n'est pas nouvelle. Voir *Google et les nouveaux services en ligne : impact sur l'économie du contenu et questions de propriété intellectuelle*, dir. A. Strowel et J.-P. Triaille, Larcier, 2008.

3 - J. Rifkin, *The age of access, the new culture of hypercapitalism, where all of life is a paid-for experience*, 2000. Publié en 2000 aux Éditions La Découverte dans la collection « Cahiers libres » sous le titre : *L'âge de l'accès : la révolution de la nouvelle économie*, en 2002 aux Editions Pocket : *L'âge de l'accès : la nouvelle culture du capitalisme*. Spéc. p. 12 : « pendant la plus grande partie de l'ère industrielle, l'important était de vendre des produits et le service gratuit au consommateur représenté par la garantie qui était attachée à ces produits n'était qu'un argument de vente supplémentaire. Cette relation est aujourd'hui inversée : de plus en plus d'entreprises font littéralement cadeau de leurs produits aux consommateurs dans l'espoir de s'attacher leur fidélité à long terme en leur fournissant toutes sortes de services ».

4 - *Ibid*., spéc. p. 10 : « l'économie capitaliste est fondée sur l'idée même d'échange de droits de propriété sur un marché. (...) Mais ce fondement même de notre modernité est en train de s'écrouler ».

aux services[5], sans pour autant que la propriété disparaisse[6]. Si ce phénomène n'est pas propre au monde numérique ni aux seuls consommateurs[7], il prend une ampleur considérable dans cet environnement.

Les services d'intermédiation dans l'écosystème numérique. – Il est possible de décomposer l'écosystème numérique mondial actuel en quatre grandes catégories d'acteurs[8] : les industriels (équipementiers, tels *Nokia, Ericsson, Alcatel-Lucent, Apple, IBM*...), les opérateurs de réseaux de communication électronique (infrastructures de télécom, câbles et satellites comme *Orange, SFR, Bouygues, Free*....), les fournisseurs de services de l'internet (comme les fameux GAFA : *Google, Amazon, Facebook*) et les fournisseurs de contenus, notamment de contenus audiovisuels et musicaux (comme *Canal +, Warner Bros, EMI*....). Bien que l'activité de ces quatre catégories d'acteurs soit bien différenciée, ils sont interdépendants entre eux et l'ensemble constitue un écosystème. Notons que la troisième catégorie qui nous intéresse ici est particulièrement large car de nombreux services sont à disposition sur l'internet. Il s'agira plus spécifiquement d'analyser les services dits d'intermédiation, proposés par de nouveaux acteurs de l'internet jouant un rôle d'intermédiaire entre le contenu et les internautes, à l'image des places de marché, des plateformes de contenus en *streaming*, ou encore des réseaux sociaux. Ces services dominent aujourd'hui l'économie numérique et génèrent une forte valeur. Par ailleurs, ils provoquent une double rupture : une rupture géographique au détriment des Etats et une rupture économique dans la chaîne de valeur au détriment des autres opérateurs.

La rupture économique : le déplacement de la chaîne de valeur dans l'écosystème numérique. – Les services d'intermédiation

5 - *Ibid.*, spéc. p. 13 : « le passage d'un régime de propriété fondé sur une notion de patrimoine amplement distribué au sein de la société à un régime qui repose sur l'usage à court terme de ressources contrôlées par des réseaux de partenaires introduit un changement fondamental dans notre perception de l'exercice du pouvoir économique ».

6 - *Ibid.*, p. 11 : « cela ne veut pas dire que l'âge de l'accès est celui de la disparition pure et simple de la propriété. Bien au contraire, celle-ci reste une réalité centrale de l'activité économique, mais elle est de moins en moins l'objet d'un échange sur un marché. Les pourvoyeurs de l'offre continuent à être propriétaires de biens matériels ou immatériels, mais ils en contrôlent désormais l'accès à travers diverses procédures de location, de *leasing*, de concession, de droits d'admission, d'adhésion ou d'abonnement qui en définissent l'usage provisoire ».

7 - *Ibid.*, p. 11 : « le monde des entreprises est déjà largement engagé dans cette transition de l'ère de la propriété à l'âge de l'accès. Les sociétés vendent leur patrimoine immobilier, réduisent leurs stocks, louent leur équipement et font sous-traiter leur activité dans une course à la survie qui passe par l'élimination du maximum de patrimoine matériel. (...) De nombreuses entreprises ont cessé de se vendre des biens entre elles et préfèrent mettent en commun et partage leurs ressources en créant de vastes réseaux reliant prestataires et usagers, gérés conjointement ».

8 - V. A. Bourdin, *Le numérique : locomotive de la 3e révolution industrielle ?*, Ellipses, 2013, spéc. p. 28.

provoquent une rupture économique, dans la mesure où ils se déploient sur des infrastructures fournies et entretenues par d'autres, en particulier par les opérateurs de communications électroniques, contraints de réaliser de lourds investissements pour maintenir et améliorer les capacités des réseaux. Or, l'explosion des services d'intermédiation entraîne celle des trafics et surcharge les réseaux avec une faible contrepartie financière. Il n'y a qu'à penser au conflit ayant opposé *Free* et *YouTube* (*Google*) pour comprendre les données du problème. Le déséquilibre économique dans la production de richesses ainsi généré menace l'écosystème numérique et créé une rupture qui se traduit par un déplacement de la chaîne de valeur, à la fois en aval (vers les nouveaux fournisseurs de service sur l'internet) et en amont (au profit de certains industriels comme *Apple* ou *Microsoft*). On voit alors que « dans l'économie numérique globalisée, tous les acteurs n'avancent pas à la même vitesse ni dans les mêmes espaces »[9]. Selon d'aucuns, « la question de la création de valeur renvoie au combat initial des années 1950 aux Etats-Unis entre les acteurs des réseaux et ceux de l'informatique »[10]. Aujourd'hui, cette compétition se poursuit entre les industries des télécoms et de l'informatique qui englobe les services internet.

La rupture géographique : de nouveaux acteurs mondiaux. – Par ailleurs, les réseaux correspondent physiquement à la géographie des Etats. Par conséquent, les marchés des services de communication électronique sont locaux et les opérateurs nationaux, opérant sur des zones géographiques circonscrites. À l'inverse, les nouveaux acteurs de l'internet visent un espace d'amortissement mondial en développant des services *over the top* (OTT), c'est-à-dire par dessus le marché des réseaux locaux nationaux. Ces nouveaux acteurs de l'intermédiation sont globaux et leur périmètre de marché est mondial. Dans la stratégie de mondialisation de ces acteurs, l'Europe occupe une place particulière car le marché européen est ouvert, en comparaison des marchés russe et chinois. Il est en outre le plus vaste au monde, plus important encore que le marché américain. Il est donc particulièrement attractif même si des obstacles juridiques au marché unique demeurent et que les acteurs économiques font encore face à une disparité de règles nationales dans certains domaines.
Sur ce marché unique européen, l'activité des services d'intermédiation va néanmoins pouvoir se développer sur le fondement de la liberté d'établissement, en faisant jouer la concurrence normative au profit des Etats les moins disant, notamment fiscalement dans

9 - J. Rifkin, p. 11.

10 - *Ibid.*

l'Union européenne (Irlande, Pays-Bas, Luxembourg). Le principe de la libre circulation des services permet ensuite à ces opérateurs d'opérer sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne, sans respecter les règlementations nationales les plus contraignantes, par exemple sans participer au financement des œuvres cinématographiques[11]. Cette optimisation fiscale, facilitée par les limites du marché intérieur, se fait au détriment des Etats qui perdent le contrôle de la source dans la chaîne de valeur et subissent l'érosion de la base d'imposition. La prise de conscience est mondiale et l'OCDE s'est emparée du sujet[12], notamment dans l'environnement numérique[13]. Les difficultés liées à l'application d'un droit national dans un environnement numérique mondial sont particulièrement flagrantes, lorsqu'il s'agit d'appréhender l'activité de ces services d'intermédiation, raison pour laquelle la place occupée par les entreprises américaines est régulièrement dénoncée. Une réflexion est amorcée aussi en Europe pour lutter contre l'évasion fiscale. L'Irlande[14] et le Luxembourg réagissent[15]. Un projet de directive relatif à l'échange automatique des informations relatives aux *rulings* entre les autorités compétentes des pays membres de l'UE pourrait être adopté en 2015.

---

11 - Voir le débat concernant l'entreprise américaine de Vod Netflix installée au Luxembourg depuis septembre 2014 dans le but d'opérer en particulier sur le marché français sans respecter notamment les dispositifs d'aide à la création applicable aux services audiovisuels à la demande (SMAd) depuis la directive sur les services de médias audiovisuels (SMA) n° 2007/65/CE du parlement et du conseil du 11 décembre 2007 qui modifie la directive 89/552/CEE du 3 octobre 1989 (directive TVSF). Elle a été transposée par la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Le soutien à la création se traduit par deux types de mesures : une contribution financière à la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles et une offre d'œuvres européennes et d'expression originale française. Le CNC qui collecte les fonds au profit de son compte de soutien au cinéma a annoncé étendre la taxe sur les services médias audiovisuels à la demande aux opérateurs travaillant depuis l'étranger. Cette taxe s'élève à 2 % prélevée sur le chiffre d'affaires des opérateurs de VOD et SVOD qui réalisent plus de 10 millions d'euros de vente par an. Cette extension du pouvoir de taxation a été rendu possible par la décision de l'OCDE qui oblige les géants du numérique à déclarer la TVA dans le pays du consommateur et non plus dans le pays de l'installation du siège social. L'enjeu est aujourd'hui de territorialiser en France le chiffre d'affaires voire les revenus des services de l'internet, notamment liés aux achats de biens culturels en ligne effectués par des consommateurs installés sur le territoire national.

12 - http://www.oecd.org/fr/ctp/beps.htm.

13 - À la suite de la publication, début 2013, de son rapport *Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices* (*Base Erosion and Profit Shifting* ou *BEPS*, en anglais) l'OCDE poursuit ses travaux et met en avant un certain nombre de propositions qui devraient être entérinées dans les mois à venir. La fiscalité numérique a en particulier fait l'objet d'un rapport rendu en octobre 2014 : http://www.oecd.org/fr/fiscalite/relever-les-defis-fiscaux-poses-par-l-economie-numerique-9789264225183-fr.htm.

14- L'Irlande remettrait en cause la règle du double irlandais : http://www.lemonde.fr/economie/article/2014/10/14/l-irlande-renonce-a-son-regime-fiscal-le-plus-controverse_4506161_3234.html. Pour une explication de cette règle : http://fr.wikipedia.org/wiki/Double_irlandais.

15 - Les réactions font suite au scandale *Luxleaks* : http://www.tdg.ch/economie/luxembourg–reagit-revelations-luxleaks-2/story/27349819

La concurrence mondiale des nouveaux services : à la recherche des acteurs européens. - Dans la compétition mondiale sur ce nouveau marché des services, les acteurs américains (*Google, Amazon, FaceBook*, ...) sont les mieux placés, alors que les acteurs chinois émergent comme *Baidu* (moteur de recherche) ou *Alibaba* (plateforme commerciale). Les européens font pale figure au palmarès et on peine à trouver des champions de ces nouveaux services de l'internet[16], peu aidés, il faut bien le dire, par une réglementation encore trop éclatée entre les 28 législations et un marché unique numérique à parachever. Selon certaines analyses économiques[17], s'ajouterait une insuffisance des investissements industriels. Alors qu'aux Etats-Unis, la répartition entre opérateurs, équipementiers et services sur internet se fait en trois tiers à peu près égaux, le secteur des services représente une faible part en Europe. Il semblerait que les investissements dans les nouveaux services de l'internet soient conditionnés en Europe par le renouveau des infrastructures, notamment par la mise en œuvre du très haut débit. Au final, bien que l'internet soit très développé et fortement utilisé en Europe par une population bénéficiant d'un haut niveau d'éducation et d'équipement, la création de richesse se réalise hors Europe[18].

Quels services numériques d'intermédiation ? – Précisons à présent les services numériques dont il s'agira ici. Nous nous concentrerons sur les services proposés par certains sites internet qui trient des informations ou agrègent des contenus ou fonctionnalités dans des applications, éventuellement postés par les internautes et directement utiles à ces derniers. La valeur des services tient à la captation : soit des données des internautes eux-mêmes et entre eux (réseaux sociaux), soit des contenus culturels (plateformes de vidéo), soit des produits (plateformes commerciales), soit enfin des informations, nécessitant des capacités de tri grâce à des algorithmes puissants (moteurs de recherche, plan, géolocalisation, mail...). Ces services d'agrégation sont des « services d'intermédiation ». On peut rassembler approximativement ces services en deux catégories selon la nature du service fourni : l'intermédiation en vue de trier l'information (info-médiation) ou l'intermédiation dans l'objectif de proposer un large catalogue organisé de biens ou services

16 - Voir le rapport au Sénat de Madame Catherine Morin-Dessailly, *L'Union européenne, colonie du monde numérique ?*, rapport n° 443, 20 mars 2013.

17 - A. Bourdin, *op. cit.*

18 - En outre, les données personnelles génératrices de valeur économique et sources de financement de ces nouveaux services de l'internet sont collectées auprès des citoyens européens sans que les entreprises européennes en tirent un quelconque avantage. L'atteinte aux libertés fondamentales des citoyens européens n'est donc pas compensée par l'intérêt économique des entreprises européennes.

(médiation de biens). La plus value de ces services repose sur leur capacité à simplifier les actes de la vie courante des internautes et à rendre accessible une masse infinie d'informations dans un monde numérique globalisé et complexe.

Les services d'info-médiation. – On relève, en premier lieu, l'émergence de services dits d'info-médiation, dont l'activité consiste à donner accès à une information triée et organisée. Il s'agit principalement des services de navigateurs, portails, moteurs de recherche (information ciblée et web sémantique), mais aussi des plateformes de stockage et partage de contenus comme *YouTube* ou *eBay,* ou bien encore de mise en relation des internautes sous forme de réseaux, tel *Facebook*.

Les services de médiation de biens. – D'autres services de l'internet vont fournir, en second lieu, un catalogue organisé de produits commerciaux ou contenus culturels. Si les biens matériels ou immatériels gardent naturellement une place importante dans l'économie numérique, la capacité des cyber-commerçants à valoriser leur offre de contenu culturel ou commercial par des fonctionnalités et services associés, ainsi que l'ampleur et la variété du catalogue de biens commerciaux ou culturels proposé, conditionnent leur attractivité auprès des clients. Tel sera le cas des plateformes commerciales comme *Amazon* ou *PriceMinister*, ou bien encore de fournisseurs de contenus culturels tels *Spotify* (musique) ou *Netflix* (films)[19]. Les internautes paraissent de plus en plus attirés par le service plutôt que par l'entrée en propriété ou possession d'un bien. Ainsi, le *streaming* (audio ou vidéo à la demande) devient aujourd'hui le mode privilégié d'accès aux œuvres par un système d'abonnement à un catalogue, comme en témoigne le succès de *Spotify* ou de Netflix. Il semble que les consommateurs ne cherchent plus la propriété ou la possession, même immatérielle d'une œuvre ou d'une copie (services *ITune*s par exemple)[20], mais l'accès ponctuel à un contenu culturel, à un service. L'usage supplante la possession. Les industries culturelles réinventent leur modèle économique en passant d'une logique de stocks à une logique de flux. L'efficacité de ces services sera par ailleurs améliorée par la collecte de données personnelles sur les goûts du client, permettant de personnaliser le service proposé.

19 - Le simple visionnage des œuvres est désormais privilégié et l'inquiétude manifestée en Europe par l'arrivée du service de vidéos à la demande *Netflix* témoigne de l'importance de ce nouveau mode de consommation culturelle.

20 - C'est ainsi qu'Apple délaisserait à l'avenir sa plateforme *Itunes*, au profit d'un système d'accès de la société Beats qui lance un système d'écoute par streaming basé sur le même principe que *Spotify* et *Deezer. Amazon* teste aussi une plateforme d'abonnement pour les livres.

Les sources de la création de valeur dans l'économie numérique. – L'activité du service d'intermédiation consiste essentiellement à capter de l'information ou des données générées par d'autres (internautes, bases de données publiques, sites internet tiers, partenaires commerciaux...). Cette captation de la multitude est précisément la clef de la valeur et la principale externalité positive aujourd'hui[21]. Les internautes eux-mêmes vont contribuer à apporter de l'information et du contenu. Plus encore, ce serait la capacité à transformer une application en véritable plateforme qui génèrerait une plus grande valeur et permettrait d'asseoir une position dominante. Créer une plateforme suppose de satisfaire une pluralité de besoins du client, le plus simplement possible avec un seul outil, complet, utile et facile d'utilisation. La plateforme va centraliser des applications inter-opérant entre elles pour améliorer l'information fournie et les services rendus. L'agrégation de plusieurs fonctionnalités sur un même site, à l'image des prestations géolocalisées offertes pas *Google* (moteur de recherche, plan, images, mail, photo, traduction...), est de plus en plus appréciée des internautes. De même, les applications mobiles centralisées[22] par les équipementiers (*Apple* et son *App Store* par exemple) témoignent du rôle joué par ces plateformes.

La régulation des nouveaux services de l'internet. – La caractéristique majeure de cette économie numérique tient précisément à la valorisation de la captation de la puissance d'innovation et de création de la multitude. Les sources de la valeur reposeront sur la qualité de l'offre et les capacités d'innovation. Ainsi, les nouveaux services doivent d'abord présenter une offre attractive, grâce à l'agrégation d'une multitude de données (section I). Ils doivent aussi pouvoir transformer les données en outils pertinents et simples pour les utilisateurs, ce qui exige de développer une technologie fonctionnelle et toujours à la pointe. La course à l'innovation s'enclenche alors, condamnant les fournisseurs de services à se renouveler en permanence (section II). Ces évolutions économiques ne sont pas sans causer de difficultés juridiques.

21 - N. Colin et H. Verdier, *L'âge de la multitude : entreprendre et gouverner après la révolution numérique*, Armand Colin, 2012, spéc. p. 82.

22 - *Ibid*., spéc. p. 136 : « une plateforme logicielle est un ensemble de ressources (des données, des algorithmes, des méthodes) organisées et documentées, rendues accessibles pour des développeurs, par exemple par l'intermédiaire d'une API (*Application Programming Interface*). Grâce à cette API, un développeur peut développer une application en intégrant le service rendu par la plateforme, sans nécessité de développer à nouveau tout le code correspondant. L'application développée par-dessus une plateforme est ainsi plus robuste et plus rapidement mise sur le marché ».

Section I - Une offre de services attractive grâce à la captation d'une multitude de données

Les nouveaux services de l'internet sont très concurrentiels, aussi est-il indispensable de proposer une offre attractive aux internautes et entreprises pour remporter des parts de marché. La possession de données est le préalable nécessaire pour fournir les informations utiles aux services proposés. La donnée devient « l'or noir » du numérique. La difficulté en droit est qu' « il n'y a pas de régime juridique général de la donnée défini en Europe ou dans la loi française »[23]. La donnée n'a pas de statut juridique dans sa globalité et seules certaines catégories de données font l'objet d'une réglementation particulière en raison de leur nature, à l'instar des données personnelles ou des données protégées par un droit de propriété intellectuelle, ou encore de leur statut, pour les données publiques. Quoi qu'il en soit, les données sont très prisées et captées par les fournisseurs de services auprès de tiers, afin d'améliorer leur offre. Ces tiers seront les internautes eux-mêmes (§ 1) ou les acteurs professionnels publics et privés contributeurs de valeur dans l'économie numérique (§ 2).

§ 1 : Les internautes, contributeurs de valeur

Le web 2.0 et la place des internautes. – L'arrivée du Web 2.0 fondée sur l'interactivité des internautes a totalement bousculé le fonctionnement de l'internet. Le modèle passif de l'utilisateur de l'internet a laissé la place à la participation de ce dernier et au développement de toutes sortes de services. L'illustration la plus flagrante de cette activité nouvelle réside certainement dans le succès phénoménal rencontré par les réseaux sociaux. Dans ce contexte, une masse d'échanges, de liens, de données, de bribes de logiciels est créée en permanence par des acteurs ne poursuivant aucun but lucratif. Ainsi, dans l'économie numérique, la valeur des entreprises est « en grande partie créée par les utilisateurs *via* des effets réseaux (*Facebook)*, l'apprentissage des algorithmes (*Google*), le partage d'information (*TripAdvisor*), la valorisation des traces d'utilisation (BitLy), beaucoup plus que par des salariés ou des fournisseurs »[24]. Les internautes ne sont donc plus « des spectateurs passifs cibles de publicités »[25]. Il ne s'agit plus de « vendre du temps de cerveau humain disponible », selon la formule provocante de Patrick

23 - Th. Saint-Aubin, Les nouveaux enjeux juridiques des données (big data, web sémantique et linked data) : les droits de l'opérateur de données sur son patrimoine numérique informationnel, RLDI n° 102, mars 2014, p. 94.

24 - N. Colin et H. Verdier, spéc. p. 85.

25 - *Ibid.*

Le Lay, alors PDG de TF1, mais au contraire de capter « le temps de cerveau actif »[26]. « La valeur se crée, là où les gens s'activent, font des choses »[27]. Naturellement, les contributions spontanées de chacun ne donnent lieu à aucune rémunération dans le cadre d'une convention ou contrat de travail, permettant aux entreprises à l'origine de ces apports de conserver l'intégralité de la valeur[28]. Les internautes anonymes contributeurs seraient irrépressiblement gentils[29] ! Mais d'aucuns considèrent qu' « il est difficile pour les organisations de rémunérer systématiquement l'activité de la multitude. Si l'on tentait de le faire, on détruirait en effet instantanément la valeur qu'elle crée. Car ce que les individus font pour la beauté du geste, ils refusent de le faire pour de l'argent » [30]. Une telle affirmation se discute car la rémunération serait juste et équitable et on ne peut présupposer que les contributeurs y renoncent nécessairement. La question mérite en tout état de cause d'être posée. En revanche, si on poursuit un objectif d'équité, on devrait aussi envisager de faire payer *a contrario* la multitude dont l'activité spontanée a été facilitée par les organisations, d'une part, et qui a profité de l'apport des autres, d'autre part. On voit clairement ici qu'envisager un paiement tuerait l'activité et la valeur à très court terme, rendant vaine la question de la rémunération. Ce dernier argument est finalement plus convaincant pour exclure toute rémunération, d'un côté comme de l'autre. Il convient toutefois de ne pas avoir une vision naïve du non marchand[31] ou d'une gratuité trompeuse[32], au risque d'une compréhension faussée de la réalité.

Les contributions moins conscientes : la collecte des données personnelles. - La collecte des données personnelles, informations ou traces laissées par les individus peut être vue

26 - C. Biagini, *L'emprise numérique : comment internet et les nouvelles technologies ont colonisé nos vies*, éd. L'échappée, 2012, spéc. p. 299.

27 - N. Colin et H. Verdier, *op. cit.*, spéc. p. 104.

28 - *Ibid.*, spéc. p. 87 : « une lecture optimiste se réjouira de ce monde de pair-à-pair qui libère la puissance créative des individus et clôt une séquence économique fondée sur la passivité des consommateurs. Une lecture pessimiste s'inquiètera de cette captation de la créativité, de l'identité, voir de l'intimité des mêmes individus. Il est en tout cas essentiel de cerner le nouvel ordre économique qui s'instaure, pour mieux y identifier les ressorts de la création de valeur ».

29 - Voir la conférence Ted de Jonathan Zittrain : *the kindness of strangers*.

30 - N. Colin et H. Verdier, *op. cit.*, spéc. p. 89.

31 - *Ibid.*, spéc. p. 91. Ces auteurs relèvent le brouillage des frontières entre marchand et non marchand, aussi ne paraît pas très pertinent d'avoir une vision tranchée de ce qui doit faire l'objet d'une rémunération ou non.

32 - Sur ce thème, voir : N. Martial-Braz et C. Zolynski, *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, LGDJ Lextenso éditions, 2013.

comme une « contribution » à la création de valeur[33] d'une autre nature puisque l'internaute n'en a pas nécessairement conscience[34]. La question du consentement à la captation des données se pose sérieusement. Même si l'acceptation des conditions générales d'utilisation des sites de services fait naître un contrat, l'information est souvent incomplète et peu précise sur les finalités envisagées ou sur les destinataires des données. En outre, la loi applicable, telle que prévue au contrat, est la plupart du temps celle de l'Etat de Californie qui n'a pas adopté de texte général de protection des données personnelles. Le responsable de traitement étant établi en dehors de l'Union européenne, l'application de la directive 95/46/CE est exclue[35] et le *safe harbor* dont le niveau de protection a été jugé adéquat par la Commission européenne est aujourd'hui contesté. Or, une grande part de l'économie numérique repose sur le marché des données personnelles et ces nouveaux services en sont avides pour générer de la valeur, soit pour être revendues, soit pour personnaliser les services proposés aux clients selon leurs goûts et habitudes. Au demeurant, la revente et la circulation des données sont encouragées par une économie du *big data* où les données sont des biens non rivaux[36] et reproductibles à un coût marginal[37] proche de zéro[38]. La valeur monétaire des données personnelles fait naître des revendications et pose la question de leur qualification juridique. Des voix s'élèvent aujourd'hui pour considérer ces données comme des « biens » susceptibles d'appropriation. Reste à déterminer qui serait « propriétaire » ou titulaire de droits sur ces données. Les personnes concernées elles-mêmes mais aussi les exploitants revendiquent

33 - N. Colin et H. Verdier, *op. cit.*, spéc. p. 98 : « la vie même des individus, avec son pendant numérique, représente l'une des principales externalités dans lesquelles puisent – quasiment gratuitement – les géants de l'internet ».

34 - *Ibid.*, p. 98 : « ces ressources considérables ne se limitent pas à l'activité créatrice consciente des individus. Elles englobent même les empreintes de leurs existences ». Pour des exemples des empreintes laissées sur l'internet par des activités humaines et prisées par les fournisseurs de services, voir p. 99.

35 - Si la Cour de justice a fait preuve d'une audace remarquable dans l'arrêt Google Spain c/Costeja en appliquant la directive à la filiale espagnole de Google, alors que la société mère google inc. est située aux Etats-Unis, grâce à une interprétation économique large des activités de Google, il serait temps de sécuriser l'application du régime européen de protection des données aux acteurs de l'internet qui opèrent en Europe par l'adoption de la proposition de règlement du 25 janvier 2012 qui devrait réformer la matière. L'article 3§2 de ce texte prévoit d'étendre son champ d'application territorial aux activités de traitement de données à caractère personnel appartenant à des personnes concernées dans l'Union par un responsable du traitement ou sous-traitant qui n'est pas établi dans l'Union, lorsque les activités de traitement sont liées : a) à l'offre de biens ou de services à ces personnes concernées dans l'Union ; ou b) à l'observation de leur comportement.

36 - Un bien non rival est un bien qui peut être utilisé et partagé à plusieurs agents sans enlever de l'utilité à chacun d'eux.

37 - Le coût marginal est le coût de production d'une unité supplémentaire.

38 - J. Rifkin, La nouvelle société du coût marginal zéro : l'internet des objets, l'émergence des communaux collaboratifs et l'éclipse du capitalisme, LLL Les liens qui libèrent, 2014.

cette qualité pour disposer librement des données et décider de vendre ou non telles ou telles informations. Ces thèses propriétaires s'opposent à la thèse personnaliste[39], selon laquelle la protection des données personnelles est liée aux droits de la personnalité fondant l'approche française. Il est vrai que la directive 95/46/CE a insufflé un premier infléchissement de perspective dans son titre révélant la poursuite de deux objectifs contradictoires : la protection des personnes et la libre circulation des données dans une logique de marché intérieur. En tout état de cause, les données personnelles génèrent de la valeur utile aux services d'intermédiation, ce qui est facteur de risques pour la vie privée et les libertés fondamentales des internautes. Le développement à venir de l'internet des objets[40] va accroître encore les menaces.

L' « économie de la contribution ». – La « contribution » apparaît dans ce contexte comme une nouvelle forme de rapports économiques qui supplante l'échange marchand ou le don qui appelle un contre-don différé. Elle est réalisée spontanément sans rémunération et suppose un partage. Le mouvement du logiciel libre se situe au paroxysme de cette logique. Les apports de chaque internaute font naître une « économie de la contribution », où chacun y trouve son compte et crée une multitude de rapports d'allégeance et d'amitié[41]. Un « donnant-donnant » résulte du fait qu'incorporer une partie de soi-même à un bien ou service soit valorisant et que chacun puisse profiter de l'apport des autres. Mais si on peut estimer que la captation de telles contributions est consciente et tacitement acceptée par les internautes dans ces hypothèses, cette volonté fait défaut quand il s'agit de collecter des données personnelles à l'insu de ces derniers. La contribution n'est pas active et consciente mais dérobée. La notion de « contribution » est alors trompeuse.

L' « économie de l'expérience ». – Pour d'aucuns, la valeur des activités humaines sur l'internet est telle que l'on peut parler d'une véritable « économie de l'expérience » qui repose sur « un monde où la vie de chaque individu a une valeur marchande »[42]. Il devient alors plus important pour les individus de vivre des expériences plutôt que de posséder des biens, ce qui nous ferait passer de la production industrielle à la production culturelle[43]. Cette expérience serait

39 - Voir la très convaincante contribution du professeur Judith Rochfeld.

40 - D. Mullenex, Les objets connectés : une législation déconnectée de l'avenir industriel ?, JCP 2014, 1764.

41 - N. Colin et H. Verdier, *op. cit.*, spéc. p. 107.

42 - J. Rifkin, L'âge de l'accès, *op. cit.*, spéc. p. 15.

43 - *Ibid.*, p. 14.

renforcée par l'usage du mobile qui permet d'entrer davantage encore dans l'intimité des individus. Ces derniers ont un fort investissement avec leur *smartphone*[44] : temporel (tout le temps avec soi), ergonomique (utilisable dans toutes les positions !), spatial (utilisable en tous lieux sous réserve d'une connexion), individuel (objet personnel) et sensoriel (objet que l'on écoute, touche, regarde) qui les encourage à livrer largement leurs informations.

D'autres acteurs professionnels peuvent aussi contribuer à apporter de la valeur aux services d'intermédiation de l'internet dans un échange *a priori* plus équilibré.

§ 2 : Les professionnels publics et privés, contributeurs de valeur

L'accès et la valorisation des données publiques : les politiques d'*open data.* - Les entités publiques sont également en mesure de fournir des données rendues accessibles grâce à une politique d'*open data* encouragée par la directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil concernant la réutilisation des informations du secteur public (« directive PSI »), révisée par la directive 2013/37/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013[45] qui doit être transposée en 2015. L'*open data* des données publiques encourage l'innovation et les contenus en ligne grâce à la numérisation de ces données[46]. L'ouverture des données est de nature à faire naître de nouveaux services au profit d'opérateurs privés[47] utilisant de puissants algorithmes pour trier, valoriser et rendre plus compréhensibles les données. L'information retravaillée sera alors revendue. L'*open data* pourrait donc entraîner un transfert de valeur des entités publiques vers les sociétés privées. D'aucuns estiment que l'ouverture des données publiques contribue à transformer les services publics et fait naître un partenariat propice

44 - N. Colin et H. Verdier, *op. cit.*, spéc. p. 105.

45 - V. L. Teresi, Observations sur la directive n° 2013-37/UE du 26 juin 2013 sur la réutilisation de l'information du secteur public, JCP A 2014, n° 2039.

46 - Voir Gilles J. Guglielmi, Numérisation des données publiques et données publiques numériques, *in La communication numérique, un droit des droits*, dir. B. Teyssié, ed. Panthéon-Assas, 2012.

47 - Voir J. Marchand, *op. cit.*, spéc. n° 29 : « nous assistons au développement de services d'intérêt général (localisation des services publics, transports publics, trafic, informations environnementales...) portés par des acteurs privés sur la base d'informations fournies par les administrations publiques ». J.-B. Auby, La réutilisation des données publiques, Dr. Adm. 2011, repère 8 : « Les deux facteurs combinés, révolution numérique et mise à disposition d'une grande part des données publiques, modifient la distribution des rôles entre public et privé. Concrètement, cela permet à des acteurs privés de développer des activités qui autrefois auraient été typiquement des activités de la puissance publique ».

à la co-innovation[48]. À l'évidence, les rôles des acteurs publics et privés sont redéfinis sous l'impulsion de la valorisation d'un patrimoine informationnel numérique des personnes publiques[49]. Dans la mesure où les services d'intermédiation se nourrissent des informations d'autrui, il y a fort à parier qu'ils seront les premiers utilisateurs de ces données publiques.

Les plateformes, capteurs de la valeur des acteurs privés. – Les acteurs privés peuvent également fournir des données aux services d'intermédiation, grâce à la captation générée par les plateformes. Ainsi par exemple, *Amazon* a pu asseoir sa position dominante en passant d'une application (le site web amazon.com) à une plateforme par l'ouverture de ses ressources logicielles mises à la disposition du marché dans une démarche de co-création (aws.amazon.com ou Amazon Web Services). Elle est devenue particulièrement performante, notamment en matière d'hébergement de données, d'applications, de gestion de notification en temps réel, d'envoi de messages électroniques à grande échelle, de calculs sur de grandes masses de données[50]. Par ailleurs, toute l'infrastructure d'*Amazon*, initialement utilisée par *Amazon* pour ses propres besoins, est désormais ouverte au reste du marché pour des services de *cloud computing* (aws.amazon.com/fr/s3). Au final, devenir une plateforme permet de séduire un large marché grâce aux initiatives et efforts d'innovation réalisés par d'autres : « en attirant de potentiels concurrents sur sa plateforme, une entreprise va améliorer ses rendements et capter des ressources nouvelles, en particulier des données, issues de l'activité de maintes applications »[51]. Et c'est bien là tout l'intérêt d'ouvrir ses ressources logicielles pour encourager

48 - D. Bourcier et P. de Filippi, « Vers un nouveau modèle de service commun entre l'administration et les communautés numériques », *in Génération Y et gestion publique : quels enjeux ?*, dir. N. Matyjasik, P. Mazuel, 2012 : les personnes publiques « fournissent la possibilité aux membres de la société civile de répondre à leurs propres besoins, par l'intermédiaire d'applications développées de façon communautaire et par le biais d'initiatives privées. L'ouverture des données publiques ne doit pas être vue comme une perte de contrôle de la part des administrations, mais plutôt comme une opportunité de collaboration entre l'administration publique, la société civile, et le secteur privé ». Voir également J. Marchand, *op. cit.*, spéc. n° 29 : « Le contrat de partenariat appliqué aux données publiques permettrait en effet de sortir de la logique « appropriation publique/privatisation » en proposant des services collectifs mobilisant le savoir-faire du secteur privé ».

49 - J. Marchand, *op. cit.*, n° 29 : « les collectivités publiques ne sont pas actrices mais fournisseurs. Elles doivent accepter d'abandonner leur monopole de création des services d'intérêt général pour incarner une image de stratège intéressé à l'édification d'un écosystème pourvoyeur de croissance ». Bernard Stiegler va plus loin : « L'intelligence collective est devenue la principale valeur économique. Les meilleures idées naissent dans ces terreaux fertiles qui n'ont pas nécessairement de modèle immédiatement rentable. C'est le rôle de la puissance publique de favoriser, pourquoi pas dans le cadre de partenariats public-privé, la création d'espaces capables de les valoriser. C'est ce que l'on pourrait appeler le développement de 'capabilités' », Intervention à la journée d'étude « L'open data et nous, et nous, et nous ? Imaginons le monde de l'abondance des données », 17 mars 2011.

50 - *Ibid.*, spéc. p. 140.

51 - *Ibid.*, spéc. p. 145.

le partage. L'accès aux données revient à capter la valeur créée à l'extérieur de l'organisation. La plateforme est donc l'instrument au service de cette finalité et permet de renforcer la position dominante du titulaire de la plateforme.

En résumé, les services d'intermédiation vont s'alimenter en données fournies par autrui et vont les valoriser. Mais pour optimiser la captation de la valeur, les services d'intermédiation doivent aussi se montrer innovants.

Section II - Une offre de services attractive grâce à des fonctionnalités innovantes

Les tensions sur le marché des services d'intermédiation de l'internet sont d'autant plus fortes que tous ces géants se sont développés grâce à des ruptures technologiques majeures : la recherche pour *Google*, le hardware pour *Apple*, le social pour *Facebook* et le e-commerce pour *Amazon*. Mais le marché est très concurrentiel et l'équilibre des forces qui s'est actuellement instauré ne peut certainement pas être stable, chacun cherchant à empiéter sur les parts de marché des autres et à diversifier ses services par une agrégation d'outils. La valeur de l'économie numérique se trouve précisément dans la fourniture d'outils et d'applications, exigeants des innovations permanentes. Ces dernières vont être stimulées par une stratégie d'appropriation par la propriété intellectuelle (§ 1) et d'alliances, ponctuelles ou permanentes, entre les acteurs (§ 2).

§ 1 : La stratégie d'appropriation de l'innovation par la propriété intellectuelle

L'appropriation de l'ensemble de la chaîne de valeur des services : une stratégie de verticalisation. – La guerre des brevets entre *Samsung* et *Apple* montre l'importance de la propriété intellectuelle auprès des équipementiers pour renforcer leur position dominante. Le brevet permet de s'approprier des biens matériels mais aussi immatériels. Il constitue un moyen indirect de rendre les services incontournables et de s'attacher la clientèle pour surpasser le problème de sa volatilité. Les brevets permettront alors l'appropriation des services innovants. Plus précisément encore, l'appropriation portera sur les outils et applications qui concentrent la valeur aujourd'hui et répondent à une multitude de besoins au sein d'une plateforme unique. Des écosystèmes se mettent en place au sein de ces plateformes, afin d'agréger des matériels (comme l'*Iphone*), des logiciels, des applications pour des services d'accès à l'information (pages d'accueils, moteurs de recherche),

des systèmes d'exploitation et des serveurs de contenus. Toute une chaîne de valeur est mobilisée pour accéder aux applications directement utiles à l'utilisateur[52]. La notion de résogiciels rend compte de ce système unifié des services, réseaux et terminaux[53]. La chaîne de valeur verticale n'est pas imposée par l'infrastructure de l'internet mais mise en œuvre par et pour les géants de l'internet qui la développe (*Google, Yahoo !, Microsoft*). Pour renforcer leur position, ces derniers vont instrumentaliser le droit de la propriété intellectuelle en imposant des formats comme norme technique. La concurrence de l'internet n'est pas pure et parfaite et certaines entreprises sont en capacité d'imposer leurs normes. En outre, l'internet mobile se structure de plus en plus autour d'applications fermées[54]. L'innovation et son appropriation par les brevets sont alors essentielles au contrôle du marché et à la survie de l'avantage compétitif des entreprises dominantes.

L'appropriation par les plateformes de services : quid de la neutralité de l'internet et de la loyauté des acteurs ? – Naturellement, de telles appropriations ne sont pas sans risques pour le fonctionnement de l'internet. Ce dernier s'organise traditionnellement autour de protocoles ouverts et neutres et ces stratégies risquent de remettre en cause l'ouverture et la neutralité de l'internet. Aujourd'hui, la question de la neutralité se pose pour les opérateurs de communications électroniques mais aussi pour les plateformes de services. Le Conseil d'Etat, dans son étude annuelle parue en septembre 2014 sur « Les libertés fondamentales et le numérique »[55], met l'accent sur le rôle des plateformes et propose de leur appliquer un principe de loyauté qui serait le pendant du principe de neutralité des opérateurs de communications électroniques. Le Conseil National du Numérique s'est également prononcé en ce sens[56]. Si l'on en croit les annonces faites par la secrétaire d'Etat chargée du numérique Axelle Lemaire[57], la future loi sur le numérique, attendue pour 2015, devrait corroborer ces propositions. Pour tenir compte des risques d'atteinte à la concurrence, il s'agirait d'imposer aux plateformes le respect du principe de loyauté et de proposer un nouveau statut pour encadrer

52 - G. DangNguyen et S. Dejean, *Le numérique : économie du partage et des transactions*, Economica, 2014, p. 159.

53 - P. Bellanger, *La souveraineté numérique*, Stock, 2014, p. 43.

54 - A. Bourdin, *op. cit.*, spéc. p. 143.

55 - http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000541/0000.pdf.

56 - Rapport sur la *Neutralité des plateformes : réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable*, mai 2014. http://www.cnnumerique.fr/plateformes.

57 - Videos.assemblee-nationale.fr/video.6264.1ere-seance--questions-au-gouvernement--debat-d-orientation-pour-la-strategie-numerique-de-la-fran-14-janvier-2015.

leur activité, jusqu'à présent assimilée à celle des hébergeurs bénéficiant de l'irresponsabilité conditionnelle prévue aux articles 12 à 14 de la directive 2000/31/CE, transposés à l'article 6.I. de la loi pour la confiance en l'économie numérique (LCEN).

L'articulation entre le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle. - Le brevet confère un monopole qui peut permettre d'asseoir une position dominante. Si seul l'abus d'une position dominante est sanctionné en droit de la concurrence, il arrive que le brevet soit instrumentalisé à des fins de domination abusive du marché. La théorie des facilités essentielles peut permettre de débloquer cet usage abusif du brevet en obligeant les fournisseurs de services à donner accès aux concurrents à la facilité essentielle, telle qu'un format ou une norme technique. Mais cette remise en cause du droit exclusif suppose une décision judiciaire qui risque d'être longue à obtenir, ce qui s'accommode mal avec la rapidité d'évolution de la technologie numérique. Ce garde fou jurisprudentiel risque donc de se révéler insuffisant pour empêcher un usage abusif du brevet.
À l'évidence, le droit de la concurrence peine à garantir une bonne régulation du marché.

§ 2 : Les stratégies d'alliance entre acteurs dans un objectif d'innovation

La course à l'innovation entraîne des jeux permanents d'alliances entre acteurs, soit entre grands et petits, soit même entre grands.

Le rachat de start-up par les géants de l'internet : la croissance externe. – La technologie passe trop vite pour compter uniquement sur des ressources internes et oblige à une croissance externe[58]. La stratégie de rachat continu[59] d'un nombre impressionnant de start-up par les géants de l'internet, tels *Google* ou *FaceBoo*k, révèle une volonté d'appropriation de l'innovation mais aussi de la main d'œuvre. L'objectif n'est pas tant de récupérer les produits que les équipes. En effet, l'innovation passe vite et les géants de l'internet ont l'obligation d'innover en permanence pour garder leur avantage concurrentiel, aussi s'appuient-ils sur des compétences et non pas seulement sur une technologie par nature temporaire. Cette stratégie permet de renforcer l'hégémonie, d'éliminer la concurrence et

58 - Notons que ce modèle économique est encouragé par l'organisation de l'économie numérique américaine au sein de la Sillicon Valley, permettant à tous les acteurs de se connaître, se rencontrer et de jauger les innovations des uns et des autres.

59 - En moyenne une entreprise par mois en 2012 a été rachetée par Google. Il en est de même pour Facebook.

surtout d'acquérir une technologie. Bien que dominant le marché, ces entreprises sont en position de faiblesse, condamnées pour survivre à toujours innover et à se remettre constamment en cause.

Les alliances provisoires entre géants de l'internet : la coopétition. – La coopétition suppose que les acteurs de l'internet puissent conclure des accords ponctuels entre eux tout en restant en compétition. Il en résulte une certaine ambivalence dans leur comportement puisque l'alliance sera peu sincère et toujours provisoire, le plus souvent pour se donner le temps de développer ses propres services. Ainsi par exemple, *Google* et *Twitter* ont passé un accord en octobre 2009 par lesquels *Google* référençait les *tweets* en temps réel. Cet accord a pris fin dès le lancement de *Google+*, service de messagerie courte. D'autres types d'alliances peuvent violer le principe de neutralité de l'internet en privilégiant tel ou tel contenu d'un partenaire commercial. Cela peut se manifester par un blocage de contenus de concurrents du partenaire. Ainsi par exemple, en août 2012, *Twitter* a bloqué la fonction d'import avec *Tumblr* pour éviter la concurrence de ce site, particulièrement vive aux Etats-Unis.

Les alliances et le respect du droit de la concurrence. – De telles alliances sont susceptibles de constituer des ententes illicites et on voit là encore clairement que ces acteurs n'hésiteront pas à fausser la concurrence pour conserver leur domination sur le marché. La difficulté est toutefois de mettre en œuvre les règles du droit de la concurrence sur des marchés sans concurrence pure et parfaite, dominés par de grands acteurs sur des secteurs ciblés. La position dominante est pratiquement la règle sur les services de l'internet, ce qui met les acteurs dominants en situation d'imposer de fait leur technologie et mode de fonctionnement.
En outre, les procédures du droit de la concurrence sont longues, comme l'atteste l'enquête de la Commission européenne ouverte contre *Google* depuis plus de 4 ans ! Elles ne permettent pas d'apporter une réponse satisfaisante pour sanctionner les atteintes à la concurrence.
Au final, la valeur générée par ces nouvelles activités numériques « ne peut ni être décrite dans les cadres traditionnels de la propriété intellectuelle, ni faire l'objet d'une relation contractuelle éclairée »[60]. Les règles classiques de propriété et propriété intellectuelle, droit des contrats, concurrence et comptabilité peinent à rendre compte des caractéristiques de cette économie et surtout à l'encadrer. La

60 - N. Colin et H. Verdier, spéc. p. 89.

régulation est fragile, tant en raison des difficultés de chiffrer la valeur selon des règles comptables classiques que de préserver le marché d'une forte pression concurrentielle, marquée par des pratiques très agressives. Il est temps de mieux encadrer ces services pour mieux garantir une libre concurrence et un juste partage des richesses, ainsi que la protection des données personnelles des internautes.

Conclusion

Les services numériques génèrent des ruptures économiques, sociales et juridiques. Ces nouvelles activités bousculent les modèles économiques classiques et échappent amplement à la réglementation nationale et européenne. Or, les services numériques n'en sont qu'à leurs prémisses. La captation de masses des données ne fait que commencer et va s'avérer de plus en plus intime et précise par la généralisation des objets connectés[61]. Il est temps que les juristes prennent la mesure du bouleversement du numérique qui remet en cause les paradigmes et pertinences de nombreuses règles de droit. Un vaste champ de réflexion s'ouvre à nous.

61 - *Ibid.* p. 99 : « le développement de l' « internet des objets » contribue à déployer un réseau de plus en plus dense d'objets marqués par des puces à communication sans contact. Coordonnées avec ces dernières données, les empreintes des activités humaines sont rapidement intégrées dans une masse d'informations encore plus précises, contextualisées et utiles aux analystes ».

CONTRE L'HYPOTHÈSE DE LA QUALIFICATION DES DONNÉES PERSONNELLES COMME DES BIENS[1]

Judith Rochfeld,
Ecole de droit de la Sorbonne, Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1), IRJS

1. La question de la réification des données se fait aujourd'hui pressante : peuvent-elles circuler et se monnayer comme des biens ordinaires ? Il faut dire que les données engendrent des valeurs considérables. Même si les chiffres sont impossibles à vérifier et varient considérablement, Viviane Reding, la vice-présidente de la précédente Commission européenne, chiffrait cette valeur, en ce qui concerne les données des européens, à quelque 315 milliards d'euros en 2011 ; elle prédisait que celle-ci pourrait représenter 1 trillion en 2020[2]. Le journal Le Monde affichait quant à lui, dans un article d'avril 2014 destiné à alerter le grand public sur ce gisement, un chiffre d'affaires mondial de 102 milliards de dollars pour 2013[3].

Ces chiffres colossaux peuvent surprendre et il faut donc comprendre comment l'on transforme les données en valeur.
Au préalable, on précisera que l'on s'attachera spécifiquement aux données à caractère personnel (par opposition aux données administratives, publiques, etc.[4]), définies par les textes français et européens (à quelques différence près) comme « *toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable* », précision étant faite qu'est réputée « *identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale* »[5]. On remarquera également que, aujourd'hui, on peut identifier une personne à partir

1 - Le titre est un clin d'œil à l'article de A. A. Casilli, Contre l'hypothèse de la «fin de la vie privée», Revue française des sciences de l'information et de la communication, n° 3, 2013, article qui sera sollicité par la suite, v. *infra*.

2 - http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-788_en.htm.

3 - Le Monde, 10 avril 2014, « Comment notre ordinateur nous manipule » ; v. également http://www.atlantico.fr/decryptage/protection-donnees-personnelles-etat-ou-marche-est-plus-efficace-et-digne-confiance-vie-privee-big-data-erwan-noan-1052272.html#iGXKFcTDfBHwvz0B.99

4 - Pour plus de discussions, v. J. Eynard, *Les données personnelles : quelle définition pour une protection efficace ?,* Michalon, 2013. V. égal. G29, Avis n° 4/2007 du 20 juin 2007, sur le concept de données à caractère personnel.

5 - Art. 2, a), directive n° 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ; art. 2, loi n° 78-17 du 6 janv. 1978 ; art. 4, Proposition du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, 25 janv. 2012, COM(2012) 11 final.

de ses nom(s) et prénoms, numéro de téléphone, ou adresse, c'est-à-dire de données « classiques ». Mais on le peut également à partir de données laissées sur la réseau ou sur un objet connecté : tout est devenu donnée personnelle tant il est par exemple possible, à partir d'une photographie, de remonter, *via* un logiciel de reconnaissance faciale et/ou par croisement avec une autre donnée, à l'identité de la personne ; tant on peut, à partir de la navigation d'une personne dans un moteur de recherche (c'est-à-dire des *search logs* ou mots-clés qu'elle utilise) l'identifier par recoupement de ses centres d'intérêt et de ses requêtes, ou encore de son adresse IP. Les graves erreurs commises par AOL avait permis de le vérifier dès 2006, à grande échelle : lâchant dans la nature numérique quelque 20 millions de données censément anonymes, qui relataient les requêtes de 658 000 utilisateurs de son moteur de recherche pendant trois mois, l'entreprise a permis aux fins limiers du *New York Times*, ainsi qu'à d'autres blogueurs, de remonter la piste de leur « propriétaire » et d'identifier un nombre considérable d'utilisateurs.

2. Ces précisions étant données, il faut s'immerger dans l'économie souterraine du ciblage et de la prédictibilité qui s'est installée sur les faces cachées de nos ordinateurs et saisir où s'effectue la création de valeur.
Par le biais de témoins ou *cookies* de connexion ou de navigation, c'est-à-dire de petites suites de codes qui viennent s'installer sur le disque dur d'un ordinateur au fur et à mesure des visites qu'effectue son utilisateur, se trouvent stockées des informations sur les préférences et préoccupations de l'internaute. Ces informations sont, par la suite, activées lors de la navigation de l'individu de site en site : ces *cookies*, gérés par des régies publicitaires spécialisées, livrent à des partenaires qui le leur demandent et ont conclu des accords en ce sens, les détails de ces visites ; les régies les analysent et permettent d'adapter extrêmement rapidement (en centièmes de seconde) la publicité qui sera tout spécialement destinée à la personne ciblée[6]. Un commerçant ou un prestataire de service (ou plus exactement la régie qui s'occupe de son compte) devient ainsi capable de proposer, dans un laps de temps très court, des produits et des services en rapport avec les précédents visites et centres d'intérêt de l'internaute. Qui n'a pas fait l'expérience, à l'occasion d'une navigation sur internet, de voir s'afficher (sous la forme d'une bannière défilante ou d'un lien commercial par exemple) des offres en rapport direct avec une page web antérieurement consultée ? J'effectue une recherche sur Google pour trouver le vol

6 - Sur les différentes techniques de publicité ciblée, v. Conseil d'Etat, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Rapport pour l'année 2014, La Documentation française, p. 60 et s.

le moins cher entre Paris et New York et, lors de mes navigations ultérieures sur la toile, je vois apparaître des publicités relatives à des produits et services en lien avec cette requête : pour des billets d'avion, des hôtels à New York, un guide touristique, etc. Pour donner l'ordre de grandeur de cette activité, on peut revenir sur les chiffres que livrait Le Monde dernièrement, dans son article précité : en trois clics sur Priceminister, plus de 100 cookies sont collectés : 44 cookies le sont dès la page d'accueil, provenant de 14 agences spécialisées ; 22 nouveaux cookies le sont, si vous visitez la page d'un téléphone attirant ; 42 cookies sont encore collectés si vous cliquez sur la photo du produit convoité, provenant de 28 sources différentes.... En dehors de la publicité par ailleurs, des algorithmes sophistiqués analysent de grandes quantités de données (*Big data*) pour parvenir à proposer à chacun d'entre nous des recommandations issues de l'analyse des préférences de ceux qui partagent certains de nos centres d'intérêts (musiques, films, lectures).

En outre, nous n'avons fait allusion, pour l'instant, qu'à internet et aux navigations *via* des ordinateurs (ou tablettes). Il ne faut pourtant pas oublier que la réalité physique est de plus en plus connectée et numériquement tracée. La géolocalisation des détenteurs de *smartphones*, qu'elles reposent sur l'utilisation de puces RFID ou consistent en l'indexation de contenus échangés par le biais de bornes Wi-Fi, permet de suivre les mouvements et parcours de leurs porteurs et d'adapter, également, la publicité ou les offres de produits ou services en fonction de l'endroit où ceux-ci se trouvent : « à 5 mètres de vous, le magasin X vous propose une remise de 10% ! » La connexion des objets du quotidien le permettra encore davantage : qu'ignorera-t-on de nous quand tous nos frigos seront connectés et surveilleront que nous avons toujours du lait en quantité suffisante en fonction de la taille et des occupants de notre foyer ? Quand les inhalateurs des vaporisateurs contre les allergies et l'asthme dessinent déjà, sur fond de données partagées, la carte des endroits que les asthmatiques doivent éviter ? Quand se généraliseront les fourchettes qui vous signalent que vous mâchez trop vite, ou encore les brosses à dents qui vous indiquent que vous n'insistez pas assez sur les molaires. Ces objets seront bientôt dans toutes les maisons et donneront des indications que tous commerçants (assureurs, employeurs, ou *Big Brothers* en tous genres) souhaiteront pouvoir exploiter. Inutile de préciser que l'on paiera tous, bientôt, avec des téléphones ou des cartes de paiement sans contact, qui diront tout de nos achats, habitudes et envies (comme le font déjà nos comptes bancaires, moins accessibles normalement, même s'ils connaissent de plus en plus des failles de sécurité).

3. Pour soutenir ces écosystèmes, les données sont donc monétisées, cédées, revendues, transférées et sous-traitées dans et hors de l'Union européenne, tandis que de « nouveaux » acteurs — les *dataminers, databrokers,* analyseurs, algorithmeurs — sont devenus centraux dans l'économie numérique. La valeur des données se constate donc dans la pratique[7] et se trouve, en l'état, capitalisée par tous les opérateurs de grands services dits gratuits, au fil des navigations qui se déroulent sur leurs sites : la donnée alimente leur fonctionnement ainsi que l'ensemble du microcosme de la publicité ciblée et des activités de prédiction qui se sont spécialisées dans leur analyse et leur exploitation ; elle est vendue entre partenaires. La valeur des données ne profite en conséquence pas à tous ceux qui s'en trouvent à l'origine, à savoir les internautes et utilisateurs d'objets connectés... La plupart d'entre eux n'ont pas même conscience, d'ailleurs, qu'ici réside la véritable contrepartie de la gratuité de la vie sociale dont ils sont, par ailleurs, devenus les captifs consentants[8]. Tenter, en tant qu'adolescents, de ne pas exister sur Facebook — ou celui qui prendrait bientôt sa place — revient à se couper d'un monde où tous les autres s'invitent et s'informent. Et combien de fois avez-vous accepté, sans les lire, des conditions générales qui précisaient que vous donniez à l'opérateur concerné la main sur vos données parce que le service proposé vous semblait tout à fait indispensable dans la seconde où votre consentement était requis ?

4. Mais doit-on se contenter de la situation actuelle, c'est-à-dire d'une valorisation le plus souvent occulte d'un matériau livré, consciemment ou non, par les utilisateurs ? Certes, ceux-ci en retirent un avantage : l'utilisation « gratuite » des divers services proposés. Certes, l'état du droit positif se veut plus équilibré que ne le laisse accroire cette valorisation tous azimuts : des garde-fous y sont organisés, en termes d'information, de recueil de consentement, de droits octroyés[9]. Néanmoins, de ce déséquilibre, sont nées de nouvelles revendications : celles que les internautes et usagers puissent se réapproprier la valeur de leurs données, sur fond de proclamation d'une « propriété » de ces dernières[10]. Pour autant,

7 - Pour asseoir cette circulation, certaines conditions générales d'utilisation de grands opérateurs octroient la « propriété » des données à l'opérateur et/ou expliquent ouvertement les cessions entre entreprises ; des tables de valeur circulent. Certains doutent néanmoins de l'efficacité des publicités ciblées et augurent de l'explosion d'une nouvelle « bulle » spéculative.

8 - Sur cette ambiguïté, cf. J. Farchy, C. Méadel, G. Sire, *La gratuité, à quel prix ? Circulation et échanges de biens culturels sur Internet*, Rapport, septembre 2014 ; cf., pour une dénonciation récente, Commission des clauses abusives, Recommandation n° 2014-02 relative aux contrats proposés par les fournisseurs de services de réseaux sociaux, n° 14, disponible sur le site de la Commission des clauses abusives.

9 - Cf. *infra* n° 14.

10 - P. Bellanger, *La souveraineté numérique*, PUF, 2014, qui a néanmoins changé d'avis par la suite ; G. Babinet, *L'ère numérique. Un nouvel âge de l'Humanité*, Le Passeur, 2014.

s'arrêter à cette question de valeur serait ne voir qu'une partie des problèmes soulevés.

En premier lieu, en effet, dès lors qu'il devient possible, au vu des données que nous laissons volontairement ou non sur la toile (ou par le biais d'objets connectés), de prédire nos comportements, il est également possible de les orienter : de nouveaux modes d'influence se développent dont nous n'avons pas toujours pleinement conscience. Chacun sait-il, par exemple, que les résultats livrés par un célèbre moteur de recherche ne sont pas les mêmes en fonction des individus car ils dépendent des précédentes recherches, des mots-clés utilisés, du profil de l'internaute, etc. ? Se posent donc des questions relatives aux libertés individuelles et au libre arbitre.
En deuxième lieu, ces virtualités induisent de possibles discriminations et sélections tant il est évident que ces capacités de prédictions intéressent grandement l'assureur, l'employeur, le banquier,... Un sondage mené auprès de recruteurs de Toronto faisait ainsi apparaître qu'un nombre non négligeable de candidats avait été écarté à l'analyse de leur profil Facebook mais sans qu'aucun d'entre eux ne sache qu'il était, par ce biais, victime d'une sélection.
En troisième lieu, on connaît — parce que ce sont certainement les plus visibles — les enjeux de vie privée et de réputation. La spectaculaire décision dite « *Google Spain* » de la Cour de Justice de l'Union européenne, du 13 mai 2014, a fait beaucoup pour les mettre sur le devant de la scène juridique : elle a consacré un « droit à l'oubli », ou plus exactement un droit à déréférencement, au profit d'un Monsieur Costeja Gonzalves, mécontent de voir surgir dans les résultats de recherche de Google le concernant, la relation d'une saisie de ses biens pour non paiement de ses dettes de sécurité sociale, datant de 12 ans[11].

5. En définitive, si l'on veut affronter l'ensemble de ces questions, il devient nécessaire de déterminer si les données sont des biens — et, dans ce cas, quels en seraient les propriétaires — ou s'il faut les ranger sous d'autres qualifications. Les textes actuellement applicables — c'est-à-dire la loi du 6 janvier 1978 dite « Informatique et Libertés » en France et la directive 95/46 du 24 octobre 1995 dans l'Union européenne (cette dernière devant être remplacée par un règlement européen uniforme dont le projet, en date du 25 janvier 2012,

11 - CJUE, 13 mai 2014, aff. C-131/12, Google Spain SL, Google Inc. c/ Agencia Espanola de Proteccion de Datos e. a, JCP E 2014. 1326, note M. Griguer et 2014. 1327, note G. Busseuil ; JCP G 2014. 768, note L. Marino ; D. 2014. 1476, note V.-L. Benabou et J. Rochfeld (responsable de traitement) et 1481, note N. Martial-Braz et J. Rochfeld (droit à l'oubli) ; CCE 2014. étude 23, A. Debet ; RLDI 2014, n° 106, Dossier spécial, D. Forrest ; Ibid, n° 109, R. Perray et P. Salen ; D. 2014. Pan. 2324, obs. P. Tréfigny ; AJDA 2014. 1147, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; RTD eur. 2014. 283, édito. J.-P. Jacqué ; Constitutions 2014. 218s, chr. D. de Bellescize.

provoque des discussions plus que houleuses[12]) — n'en disent rien. Si l'on considère leur contenu pour tenter de trouver les indices d'une orientation, on constate qu'ils posent des régimes de circulation des données — les assimilant plutôt aux biens — tout en organisant un cadre de protection de la personne[13]. Il se pose donc aujourd'hui une question majeure, que les textes ne tranchent pas expressément : quelle est la qualification des données ? Sont-elles, dans une vision réaliste, des biens pouvant faire l'objet d'une appropriation (section I) ou relèvent-elles, dans une vision personnaliste, d'un régime de protection des personnes (section II) ?

Section I - L'approche réaliste

6. D'un côté, on peut concevoir les données personnelles dans une vision « réaliste », comme des objets d'appropriation : la donnée serait un bien, un élément de valeur, à l'égard duquel le droit reconnaîtrait un droit de propriété[14], ou du moins un mode d'appropriation par une personne.

Cela ne voudrait pas forcément dire que toute collecte (et autres traitements[15]) ou commerce juridique seraient admis à leur égard, puisqu'il peut exister des limites, en droit, posées à la création et à la circulation d'éléments de valeur. La qualification de choses « hors commerce » s'applique par exemple à des éléments dangereux ou entretenant un lien particulier avec la personne qui en est à l'origine (la valorisation ou la circulation juridique est interdite pour les armes ou la drogue notamment ainsi que, en principe, pour le corps humain). Mais, de principe et sous réserve d'un encadrement et de limitations spécifiques (ce qui se constaterait à la présence du régime spécial évoqué, posé par les textes en vigueur), la collecte, la circulation et le commerce des données seraient admis.

12 - A. Debet, Informatique et libertés : faut-il aujourd'hui réviser la directive 95/46/CE relative à la protection des données personnelles ?, D. 2011. 1034 ; N. Metallinos et N. Botchorichvili, Réforme du cadre européen de la protection des données à caractère personnel : où en est-on ?, *RLDI* 2013. Tribune, n° 99 ; N. Martial-Braz, J. Rochfeld et E. Gattone, Quel avenir pour la protection des données à caractère personnel en Europe ?, D. 2013. chr. 2788.

13 - Cf. not. art. 1er, loi « Informatique et Libertés » : l'informatique « ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ».

14 - P. Bellanger, *La souveraineté numérique*, *op. cit.* ; G. Babinet, *L'ère numérique, op. cit.*

15 - Définis par l'article 2, b), de la directive 95/46 comme « toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction ».

Certes, mais l'on n'a pratiquement rien réglé par une telle conclusion : au profit de qui reconnaître une propriété des données ? Sont-ce ceux qui s'en trouvent à l'origine qui doivent en recueillir la valeur — nous tous qui disséminons nos données — ou bien ceux qui les stockent, les traitent et leur insufflent, précisément, cette valeur ? Qui en devient propriétaire et doit bénéficier de la richesse qu'elles représentent ? La question est épineuse car il faut bien se rendre compte que si une donnée ou un ensemble de données relatif à un internaute isolé peut avoir une valeur — pour soutenir une publicité ciblée qui lui soit spécifique, par exemple —, c'est qu'un écosystème complexe et coûteux s'est mis en place, à l'initiative des agents économiques présentés. Surtout, les données acquièrent bien davantage leur valeur lorsqu'elles sont collectivement traitées (on évalue d'ailleurs la valeur des données d'une seule personne à un très faible prix[16]) : les spécialistes évoquent le « graphe », le « réseau » ou le croisement de données, celles d'un individu renseignant grandement sur d'autres personnes et les croisements permettant de les mettre en relation et de bâtir des algorithmes performants pour en tirer toutes formes d'indications[17]. Le *Big data*, le *Big analysis,* tendances lourdes de l'économie numérique actuelle, attirent précisément l'attention sur cette mise en relation ainsi que sur le traitement et le re-traitement de gigantesques quantités de données. C'est pourquoi en réalité, dans cette veine réaliste, il faut analyser quatre positions différentes : deux versions strictes de la propriété (§ 1) et deux versions plus nuancées (§ 2).

§ 1 : Les versions strictes

La première position tient en la défense de la propriété de chaque internaute sur ses données : chacun serait propriétaire de ses données et pourrait, auprès d'un opérateur, en décider du traitement, en revendiquer et en administrer les usages, ainsi que la disposition et la valeur.

Les avantages de cette position paraissent indéniables : elle aurait le mérite de permettre une protection des personnes et de fonder une juste redistribution de la valeur[18].

Elle n'en a pas moins des inconvénients tout aussi indéniables :

16 - « De l'ordre de quelques centimes ou de quelques dizaines de centimes », rappelait le Conseil d'Etat dans son Rapport préc., p. 265.

17 - Cf. P. Bellanger, « Principes et pratiques des données personnelles en réseau », Contribution au *Rapport du Conseil d'Etat pour l'année 2014,* disponible en ligne : http://pierrebellanger.skyrock.com/3231110655-Principes-et-pratiques-des-donnees-personnelles-en-reseau.html, évoquant les algorithmes de corrélation, à savoir les « programmes informatiques qui permettent de déduire, par probabilité, des informations par le traitement prédictif de masse de données sans rapport direct avec l'information inférée », ce qui fait « que chaque donnée personnelle renseigne indirectement sur autrui », ainsi que « l'effet réseau », c'est-à-dire le fait que la valeur d'une donnée soit « proportionnelle au carré du nombre de données auxquelles elle est reliée », chaque donnée prenant sa pleine signification dans un contexte et avec des données supplémentaires.

18 - P. Bellanger, *op. cit.*, avant, rappelons-le, que l'auteur revienne sur cette position.

d'une part, elle occulte la valorisation des données par leur mise en relation collective ; d'autre part, pour la protection de la personne, elle ne serait que très partiellement efficace. Le Conseil national du numérique, dans son avis de mai 2014, a très bien résumé les principales failles de cette direction[19] : « *elle renvoie à l'individu la responsabilité de gérer et protéger ses données* » ; elle « *renforce l'individualisme et nie le rapport de force entre consommateurs et entreprises* » ; « *elle ne pourrait que générer des revenus anecdotiques pour les usagers et susciter à l'inverse un marché de la gestion protectrice des données numériques* ». En définitive, « *elle déboucherait sur un renforcement des inégalités entre citoyens en capacité de gérer, protéger et monétiser leurs données et ceux qui, par manque de littératie, de temps, d'argent ou autre, abandonneraient ces fonctions au marché* ». Le Conseil d'État, dans son rapport pour l'année 2014, a rappelé ces critiques : « *Même si le prix des données de chaque individu est appelé à croitre de manière considérable au cours des années à venir (jusqu'à quelques euros), la valeur de l'actif que la reconnaissance du droit de propriété confèrerait à chaque individu restera dérisoire* » ; par ailleurs, « *les acteurs du numérique rédigeraient leurs contrats comme la fourniture d'un service en échange de la cession de droits d'utilisation des données, ce dont nombre de conditions générales d'utilisation se rapprochent déjà beaucoup ; le rapport de forces entre l'individu, consommateur isolé et l'entreprise, resterait marqué par un déséquilibre structurel* »[20].

7. Prenant en considération l'apport des opérateurs, une deuxième réponse a également été avancée : les données seraient des *res nullius* ; sans maître, elles n'appartiendraient à personne tant qu'elles ne seraient pas captées ; ce serait en conséquence les acteurs de l'économie numérique, en tant que premiers occupants, qui se les approprieraient et pourraient les utiliser et les valoriser à leur guise[21]. Dans cette même veine, on pourrait également convoquer l'article 571 du Code civil : si l'apport de l'industrie dépasse celui de la matière première, la propriété revient à celui qui apporte son travail, sous réserve pour ce dernier de dédommager l'apporteur de ressource de la valeur de cette dernière[22]. À notre sens, néanmoins, la thèse revient à faire la part (trop) belle aux opérateurs

19 - CNN, Avis 2014-2 sur la neutralité des plateformes : réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable, p. 37. V. également V. Peugeot, Données personnelles : sortir des injonctions contradictoires, site de Vecam, juillet 2014.

20 - CE, Rapport préc., pp. 265-266.

21 - P. Bellanger, *op. cit.*

22 - Art. 571, c. civ. : « Si, cependant, la main-d'œuvre était tellement importante qu'elle surpassât de beaucoup la valeur de la matière employée, l'industrie serait alors réputée la partie principale, et l'ouvrier aurait le droit de retenir la chose travaillée, en remboursant au propriétaire le prix de la matière, estimée à la date du remboursement ».

et à ignorer dangereusement le lien des données avec la personne qui les engendre ; elle implique d'abandonner toute protection de cette dernière contre les risques qui ont été mentionnés et à se concentrer uniquement sur des problématiques de valorisation des données qui, à une échelle individuelle et ainsi que nous l'avons vu, resteront minimes.

§ 2 : Les versions nuancées

8. Pour tenter alors une conciliation de ces visions — de celle de la propriété des internautes et de celle de la propriété des opérateurs — une troisième position propose de réintégrer le rôle de la personne « source », tout en conservant l'idée de propriété : la donnée serait un bien mais d'une texture tout à fait particulière en raison du lien qu'elle entretient avec la personne qui s'en trouve à l'origine ; dans un parallèle avec la propriété intellectuelle, elle serait une création de l'internaute[23].

En conséquence, et au titre des avantages, ce dernier en serait propriétaire et, à l'instar de tout auteur, devrait être consulté sur les utilisations de ses « œuvres » et rémunéré pour ces dernières. D'aucuns avancent même l'idée que cette rémunération puisse, toujours selon ce même parallèle, être collectée par des sociétés de perception et de répartition des valeurs engrangées[24].
Au titre des obstacles à cette conception, cependant, on peut douter que la donnée soit une « création » originale de l'internaute, d'une part ; à la valeur de laquelle ne participerait pas d'autres, que ce soit les usagers également concernés par les traitements ou les opérateurs, d'autre part[25].

9. Enfin, au sein de ces visions qui appréhendent les données comme des « biens », il ne faut pas ignorer une quatrième position consistant à les saisir comme des biens communs[26].

Cette qualification présente un certain nombre d'avantages : elle entend signifier que les données peuvent/devraient revêtir une

23 - L. Chemla, « Nous sommes tous des ayants droit », Mediapart, 23 octobre 2013.

24 - L. Chemla, préc.

25 - Cf. *supra*.

26 - V. Peugeot, préc. ; C. Argenton et J. Prüfer, "Search Engine Competition With Network Externalities", http://ideas.repec.org/p/dgr/kubtil/2011024.html, pour les données issues des historiques de recherche ; S. Mercier, « Biens communs et données personnelles : il faut réinventer ! », blog Bibliobsession, 12 mars 2014 : http://www.bibliobsession.net/2014/03/12/biens-communs-et-donnees-personnelles-il-nous-faut-inventer/ ; CNN, Avis 2014-2, précité, p. 39, pour les données publiques, les données conditionnant les libertés d'information, d'expression ou d'innovation ; L. Merzeau, L'intelligence des traces, Intellectica, n° 59, proposant la construction d'*Identity commons*.

destination collective et que leur usage devrait être le plus ouvert possible, ce afin que toute personne puisse les utiliser (que ce soit pour s'informer, pour innover ou pour créer), ainsi que les pouvoirs publics (dans des finalités collectives) ; elle entend également attirer le régime des données vers la nécessité d'une gouvernance collective, dans des intérêts généraux définis consensuellement ; elle veut, par là, les soustraire à la seule mainmise des grands opérateurs privés et aux enfermements monopolistiques, ainsi qu'à des gestions qui s'effectuent uniquement dans des intérêts commerciaux et non en faveur d'impératifs collectifs (information, innovation, création ; mais aussi, possiblement et en fonction des informations, pour servir la santé ou assurer la sécurité). Au rebours de la situation actuelle, on attirerait donc leur régime vers une gestion collective, dans l'intérêt de tous.

Pour autant, même si la défense de la thèse des biens communs porte en elle des velléités de protection individuelle et collective que nous partageons, il n'en faut pas moins relever un certain nombre d'inconvénients. D'une part, elle se fonde toujours sur une qualification de bien qui occulte par trop, à notre sens, le lien avec la personne. Elle convient mieux, en conséquence, à des données publiques, non personnelles. D'autre part, la qualification de bien commun implique que l'on puisse contraindre la volonté du « propriétaire » afin qu'il accepte de soumettre les utilités de son bien aux destinations collectives admises. Par exemple, le propriétaire d'un monument historique, monument reconnu tel en raison de l'intérêt historique qu'il présente, subit un certain nombre de contraintes dans l'intérêt de la préservation du patrimoine culturel et historique auquel son bien participe (en matière de restauration, de conservation et de destruction). Cette orientation ne nous paraît pas souhaitable en matière de données personnelles, où la protection des choix de l'individu concerné devrait à l'inverse se trouver renforcée. Or, pour atteindre ce but, c'est une approche personnaliste qu'il faut à notre sens promouvoir.

Section II - L'approche personnaliste

10. Parler de « bien », d'« appropriation » et de valeur, revient en réalité à faire trop peu de cas, quant à la texture de la donnée, de la composante d'identité et de personnalité de chacun que celle-ci renferme. La thèse occulte par ailleurs, quant aux risques engendrés par les utilisations rappelées, ceux de manipulations des comportements que les traitements peuvent engendrer ainsi que de révélations non souhaitées : on ne défend pas qu'un avoir, qu'une valeur économique, en défendant ses données personnelles ; on protège la personne, dans sa liberté d'agir et la conduite de sa

vie privée, dans la maîtrise de ses composantes d'identité. Seule une vision personnaliste des données nous semble donc à même de traduire la texture de la donnée personnelle et de porter ces impératifs de protection[27]. On se rattachera, en conséquence, à une conception de la donnée comme relevant de la personne de l'internaute et l'on plaidera pour attraire son régime vers celui de la personne et de sa protection : les données personnelles sont des éléments de personnalité de chacun ; elles émanent des individus, révèlent leur identité et participent de leurs comportements (§ 1). On le fera sans ignorer, par ailleurs, la nécessaire dimension collective que doit comporter cette protection : il n'est plus possible — et il le sera encore moins à l'avenir où tous nos objets seront connectés[28] — de se prononcer individuellement relativement à tous les traitements (§ 2).

§ 1 : Le lien avec la personne

11. En premier lieu, il faut affirmer la position personnaliste. Mais à quel titre rattacher la donnée à la personne ? On peut, tout d'abord, dans un parallèle avec ce qu'a forgé la Cour constitutionnelle allemande dès 1983[29], plaider pour la reconnaissance d'un droit fondamental à l'autodétermination informationnelle : chacun devrait avoir le contrôle de tous les traitements relatifs à ses données (collecte, recueils de tous ordres) ; pouvoir garder le pouvoir sur les usages qui en sont faits, les administrer[30], ce pendant toute la durée des traitements (et donc décider d'accepter des changements de finalité, par exemple, grande question posée par le *Big data* mais très difficile à appliquer). C'est la thèse qu'a soutenue le Conseil d'Etat dans son rapport pour l'année 2014[31] ainsi que celle que retient l'avant-projet de loi numérique du 26 septembre 2015. C'est également le fondement de certaines expériences menées, en Grande-Bretagne et en France, pour redonner aux usagers le contrôle des données que des opérateurs détiennent sur eux

27 - Dans le même sens, CE, Rapport préc., pp. 264 et s.

28 - Dans le même sens, P. Bellanger, art. préc.

29 - Cour constitutionnelle fédérale de l'Allemagne, 15 déc. 1983, relativement à une loi sur le recensement : le principe fut déduit des articles 1er (dignité de l'homme) et 2 (droit au libre développement de sa personnalité) de la Loi fondamentale et implique que « la Constitution garantit en principe la capacité de l'individu à décider de la communication et de l'utilisation de ses données à caractère personnel ». V. Y. Poullet et A. Rouvroy, Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie, *in* K. Benyekhlef & P. Trudel (dir.), *État de droit et virtualité,* Montréal : Thémis, 2009.

30 - Décider des copies, des modifications, des transferts, et des disparitions, cf. P. Bellanger, art. préc.

31 - CE, Rapport préc., p. 267.

(projets « Mydatas »[32] et « Mes infos »[33]). L'approche a le mérite de se faire positive et offensive, au sens où, redonnant aux intéressés le pouvoir sur leurs données, elle leur ouvre de nouveaux champs d'utilisation, dans des buts individuels (les soumettre à ses propres traitements et en tirer des corrélations, par exemple) ou collectifs (décider qu'elles doivent servir à une étude de santé publique par exemple) ; elle ne s'en tient donc pas à une approche défensive[34], en seuls termes de protection contre des agressions.

Un parallèle pourrait en outre être effectué pour graduer l'intensité de ce droit à autodétermination. Les juristes sont depuis longtemps plongés, en effet, dans des interrogations analogues, en termes de pouvoirs et d'usages, relativement au corps humain et à ses éléments, ainsi que concernant les éléments de personnalité (vie privée, image et nom, notamment). Les principes du droit positif de la matière — ceux d'indisponibilité et de non-patrimonialité — n'ont pas complètement résisté dès lors qu'il a été techniquement possible de détacher de la personne les éléments de son corps, et socialement recherché d'exploiter les éléments de sa personnalité. Certes, le corps lui-même demeure soumis au principe de non-patrimonialisation, posé en 1994 (à l'article 16-5 du code civil). Mais des transformations de régime touchent ses éléments : ceux-ci alimentent des circuits de valeur ; ils sont marqués par une patrimonialisation graduelle au sens où, plus ils sont transformés et leur lien avec la personne dilué, plus leur circulation est aisée ; cette valeur ne revient pas aux personnes « sources » (dans le cas, par exemple, de l'élaboration de médicaments brevetables à partir d'échantillons biologiques prélevés sur des patients). Par exemple, le sang ne peut faire l'objet que d'un don lorsqu'il est prélevé, mais les médicaments composés de produits sanguins, issus de sa transformation, peuvent quant à eux être cédés à titre onéreux entre professionnels[35]. Quant aux éléments de personnalité, ils ont, eux, subi une patrimonialisation directe, qui a abouti à ce qu'un individu puisse désormais, par contrat, octroyer à des tiers le droit d'utiliser ces éléments.

Dans l'application du principe d'autodétermination, il pourrait donc être intéressant de faire un parallèle avec ces mouvements de patrimonialisation graduelle. On considèrerait alors, d'une part, que la personne peut accepter, au titre des décisions relatives à

32 - Projet lancé par le Gouvernement de David Cameron en 2011 et visant à ce que les entreprises acceptent de partager, avec leurs clients, toutes les informations personnelles qu'elles détiennent sur eux.

33 - Projet mené par la Fondation Internet Nouvelle génération (FING), v. le site : Mesinfos.fing.org.

34 - Dans le même sens, CE, Rapport préc., p. 268.

35 - Art. L. 1211-1 à L. 1274-3 puis L. 1243-1, code de la santé publique.

l'usage de ses données, certaines patrimonialisations (à condition que les termes de l'échange soient libres et clairs, ce qu'ils ne sont pas toujours actuellement, c'est-à-dire que l'usager sache que, pour bénéficier d'un service, il livre en échange ses données ; les textes sont pourtant déjà en ce sens qui insiste sur la loyauté du traitement, la transparence). D'autre part, on pourrait considérer que plus les données portent de liens avec la personne et permettent de la révéler, plus elles doivent être traitées dans l'orbite de la protection de cette dernière (on vise ici la collecte initiale et les utilisations qui conservent un lien fort avec un internaute) ; inversement, plus elles seront transformées et le lien avec la personne effacé, moins elles devraient être traitées comme un élément de personnalité (on vise là les traitements avec anonymisation irréversibles par exemple, sous réserve que l'irréversibilité puisse véritablement exister ; les utilisations de données sous forme de statistiques[36] ; les propositions de triple chiffrement cryptographique, propre à garantir l'absence d'identification des personnes et à maîtriser les accès et usages qui en sont faits par des tiers[37]). Reste que des difficultés non négligeables consistent à précisément tracer ces stades de détachement. Par ailleurs, ces choix ne pourront s'effectuer qu'à une échelle collective.

§ 2 : La dimension collective

12. En second lieu en effet, il faut intégrer dans l'approche personnaliste une dimension collective. Il le faut d'un point de vue substantiel tout d'abord, au sens où les données d'un individu ne prennent pas leur valeur seules, nous l'avons vu, mais mises en réseaux avec d'autres, dans un traitement collectif et selon des flux incessants. Le consentement des uns influe donc sur le traitement des données des autres ; le consentement individuel ne pourra être efficacement convoqué dans un monde de traitement continu de données. Il est également nécessaire d'intégrer cette dimension collective d'un point de vue d'efficacité, ensuite. À l'instar d'autres domaines de consommation de masse, il faut, par le groupe, contrer le déséquilibre des forces entre utilisateurs d'internet ou d'objets connectés et acteurs des traitements. Pour beaucoup, ces derniers ont su se rendre indispensables, voire ont acquis une position de monopole ou de domination économique.

36 - Dans le même sens, CE, Rapport préc.

37 - P. Bellanger, art. préc.

Mais quelles sont ces réponses collectives ? D'aucuns plaident pour l'institution d'une autorité publique en la matière[38]. En raison des collusions entre public et privé que nous avons connues en matière d'espionnage, on proposerait plus volontiers des techniques de représentations collectives, d'une part. On suivra ici Antonio Casilli pour soutenir un nouveau modèle de « *privacy* en tant que négociation »[39] : il faut pouvoir négocier collectivement, auprès des grands opérateurs, les usages autorisés des données. On entend d'ailleurs un écho identique, venu d'outre-Atlantique, où Melanie Swan incite les internautes américains à devenir des sujets actifs : « *Quand nous laissons une entreprise s'emparer de nos données personnelles* », explique-t-elle, « *nous effectuons une transaction, nous livrons une matière première qui a de la valeur. Or, nous n'avons aucun pouvoir de négociation, nous acceptons les conditions imposées par l'industrie*. » Et de tracer le même chemin que celui proposé par Antonio Casilli : « *Je pense que les internautes vont s'unir et s'organiser pour défendre leurs intérêts en tant que fournisseurs de données. Pour cela, ils vont s'inspirer des associations de défense des consommateurs, ou même des syndicats ouvriers. Seule une réponse collective et solidaire pourra rétablir l'équilibre*. ».
D'autre part, il faut promouvoir des actions collectives. Sans surprise, à une échelle individuelle, peu d'internautes ont manifesté de l'intérêt en justice pour ce matériau qu'ils génèrent (exceptons Maximilian Schrems, cet étudiant autrichien, devenu avocat, qui mène des actions multiples contre Facebook). C'est que les intérêts en jeu dans ces litiges sont trop faibles pour justifier le coût d'une action (remarquons par ailleurs que les autorités de contrôle se sont, pour beaucoup d'entre elles dont la CNIL française, imposées comme des recours gratuits et efficaces). Il est évident que le terrain est plus propice pour les actions collectives. Pour l'heure, la loi française relative à la consommation dite « Hamon », du 17 mars 2014, ne les permet pas, qui circonscrit le domaine de ce type d'actions aux dommages matériels (avec toutes les ambiguïtés que le qualificatif recouvrerait ici). Il faut donc plaider pour une ouverture de ces actions à la matière.

13. Terminons alors synthétiquement par les ressources qu'offre le droit positif, quitte à insister sur les révisions qu'il faudrait lui apporter pour atteindre les objectifs tracés (les discussions relatives à ces réformes étant en cours et provoquant des débats troublés). La direction personnaliste n'y est pas dépourvue de soutiens. Si l'on

38 - V. P. Bellanger, art. préc., appelant à l'intronisation d'une « agence des données », compétente pour garantir l'exercice des droits individuels, ainsi que pour statuer sur la légitimité d'utilisations à finalité collective, voire pour obliger à des mutualisations d'usage.

39 - A. Casilli, Contre l'hypothèse de la «fin de la vie privée», art. préc. ; V. Peugeot, préc.

se réfère à quelques marqueurs pertinents, on remarquera que les textes européens et français font une place : au consentement de la personne concernée par l'utilisation de ses données ; à l'information sur les traitements (sur les données impliquées, sur leurs finalités et leur durée) ; aux divers droits dont l'individu bénéficie à l'égard des traitements qui sont effectués (d'information, d'accès, d'opposition, de rectification). La proposition de règlement du 25 janvier 2012, amendée par le Parlement européen, re-pose d'ailleurs les grands principes de la matière (en son article 5) : les données doivent être traitées de manière licite, loyale, et transparente ; pour des finalités déterminées, explicites et légitimes ; en respectant des principes d'adéquation et de minimisation (on en traite le minimum, celles nécessaires pour servir la finalité considérée, ce pendant la durée appropriée), ainsi que d'exactitude de ces dernières. Elle renouvelle, au titre des conditions de licéité du traitement, la légitimation par le consentement de la personne concernée. Par ailleurs, la proposition de règlement renforce l'effectivité des droits reconnus au bénéfice des personnes concernées (droits d'information, d'accès, de rectification, de suppression), par exemple en posant une obligation de proposer des procédures et mécanismes pour leur exercice (articles 11 à 14). Elle promeut également un droit à la portabilité des données, c'est-à-dire une possibilité de les reprendre et d'en disposer librement en cas de changement de prestataires ou d'outils. La mesure est particulièrement appropriée aujourd'hui que se généralise le stockage des données à l'extérieur des ordinateurs et tablettes et est à même de participer à une reprise de contrôle par les personnes. La proposition avance aussi un « droit à l'oubli numérique » (article 17), devenu un droit « à l'effacement » dans la seconde version du texte, censé permettre à l'internaute de demander l'effacement ou l'invisibilité de données qu'il voudrait voir disparaître, parce que gênantes dans la construction de ses identités numérique et réelle[40]. Notons enfin le renforcement important, si le texte était voté en l'état, des amendes que les autorités de contrôle pourraient prononcer : à l'heure actuelle, la CNIL française peut aller jusqu'à 150 000 euros pour un premier manquement (300 000 sinon) ; on passerait à des taux de 250 000 à 1 000 000 euros, ou de 0,5 à 2 % du chiffre d'affaires annuel consolidé[41].

40 - En réalité, dans sa seconde version, le texte se contente de rappeler qu'une personne peut faire sanctionner des traitements illicites (quand les données traitées sont inadéquates ; s'il y a eu retrait du consentement ou exercice du droit d'opposition ; plus généralement en cas d'illicéité du traitement). C'est donc bien davantage la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui consacre ce droit, cf. *supra*.

41 - Art. 79, 4 et 5, prop. de règlement préc.

Les textes ne vont cependant pas assez loin dans l'adoption de l'approche personnaliste. Pour ne s'en tenir qu'à quelques traits saillants, de nouveau, il faut relever que le consentement demeure (même dans le règlement) une cause de légitimation du traitement parmi d'autres (six dans la proposition[42]), dont la très problématique poursuite des « intérêts légitimes (du) responsable du traitement »[43] ; que les transferts de données hors Union européenne, s'ils restent soumis à un principe d'interdiction, s'entourent de procédures d'habilitation plus souples (le nouveau texte promeut un système de *Binding Corporate Rules* notamment, ouvrant la possibilité de lier des groupes distincts de sociétés et permettant de ne plus demander, pour chaque transfert, une autorisation de l'autorité de contrôle nationale) ; que le choix procédural d'un « guichet unique », c'est-à-dire l'octroi de la compétence du contrôle à une seule autorité nationale (« chef de file ») qui concentrera toutes les demandes contre un opérateur dès lors que ce dernier aurait son établissement principal sur le territoire d'un Etat membre, peut apparaître très favorable aux responsables de traitement et à leur activité[44] ; que l'action collective, tout juste évoquée, n'y retient pas une attention suffisante[45]. L'équilibre est en voie de reconstruction et les discussions sont acharnées... nous vivons un moment de choix cruciaux à l'égard desquels il est nécessaire et urgent de se positionner.

Janvier 2015

42 - L'existence d'une obligation légale à la charge du responsable du traitement ; la nécessité pour la sauvegarde de la vie de la personne concernée ; l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou encore l'exécution d'une mission d'intérêt général.

43 - N'est-il pas légitime, pour un opérateur commercial, de rechercher son intérêt économique par le biais des traitements de données à caractère personnel de ses utilisateurs ? Selon l'interprétation qui sera donnée de cette disposition, la protection se fera donc plus ou moins efficace.

44 - Il leur donne en effet la souplesse de se positionner dans un environnement qu'ils jugent le plus favorable à leurs intérêts et présente un risque de *Forum Shopping* étant donné les niveaux de protection divergents dans les différents Etats à l'heure actuelle. Schématiquement, les opérateurs auraient tout intérêt à éviter de s'implanter — ils le font déjà d'ailleurs (*adde* les raisons fiscales) — en France, en Allemagne ou en Espagne et à continuer de privilégier l'Irlande, par exemple. Cette orientation pourrait cependant être remise en question car, dans la deuxième version du texte, des critères de rattachement ont été ajoutés qui limitent quelque peu cette faculté (une autorité nationale pourrait être compétente dès lors que l'opérateur ciblerait les résidents de son Etat, pour ses offres de biens ou de services ou pour analyser leurs comportements).

45 - Le texte en appelle à une possibilité de représentation collective, voire d'actions collectives, sa dernière version évoquant l'action de « tout organisme, organisation ou association qui agit dans l'intérêt public », sans préciser toutefois si les résultats de l'action seraient au bénéfice d'une collectivité de consommateurs.

TABLE DES MATIÈRES

Liste des contributions 3

Introduction
par Emmanuel Netter et Aurore Chaigneau 5

PREMIÈRE PARTIE : QUELLE COHÉRENCE ?

Propriété et souveraineté de l'internet : la maitrise d'une infrastructure
par Aurore Chaigneau 17
Section I - Internet versus les nouvelles propriétés 19
§ 1 : Un usager sans statut et sans maîtrise des choses 19
§ 2 : La maîtrise économique du net passe par celle du réseau 20
- Développement d'un droit de péage 21
- ...contre un passage non discriminant 22
§ 3 : L'émergence de nouveaux réseaux privilégiés 23
Section II - La souveraineté en miroir de la propriété du réseau 24
§ 1 : Extension de la loi applicables et enjeux de souveraineté économique 26
§ 2 : Les entreprises, relais d'une surveillance accrue des usages illicites 28

Bitcoins et autres cryptomonnaies : enjeux et défis juridiques
par Caroline Laverdet 33
Section I – La nature juridique du Bitcoin 34
Section II – L'encadrement légal du Bitcoin 36
Conclusion 39

La protection de la neutralité de l'internet : pour un accès neutre aux biens numériques
par Jean Cattan 41
Section I – La protection de la neutralité de l'internet aux Etats-Unis : une question de compétence 44
§1 : L'incompétence de la FCC pour protéger la neutralité de l'internet sur le fondement du titre I du Communications Act de 1934 46
A. Les premières décisions de la FCC en faveur de la neutralité de l'internet 46

B. L'annulation de la décision *Comcast* 48
§2 : L'incompétence de la FCC pour édicter les règles d'un Internet ouvert sur le fondement de la section 706 du Telecommunications Act de 1996 49
A. L'adoption de l'Open Internet Order de 2010..... 49
B. L'annulation de l'Open Internet Order de 2010 et ses suites..... 50
§3 : L'ultime action de la FCC sur le fondement du titre II du Communications Act de 1934 51
Section II – La protection de la neutralité de l'internet dans l'Union européenne : l'avancée de la tortue-dragon..... 53
§1 : La surveillance technique de la neutralité de l'internet opérée en France depuis 2010..... 53
A. Les dispositions adoptées en droit de l'Union européenne en 2009..... 54
B. L'action de l'ARCEP en faveur de la neutralité de l'internet..... 56
1) Des pouvoirs nouveau issus de la transposition du paquet télécom tel que révisé en 2009 56
2) L'adoption par l'ARCEP de décisions de collecte de données 57
§2 : L'affirmation législative de la protection de la neutralité de l'internet 60
A. Dans les Etats membres de l'Union..... 61
1) Aux Pays-Bas 61
2) En Slovénie..... 62
B. En France..... 62
1) Une première proposition de loi en faveur de la neutralité de l'internet 62
2) Une inscription dans la loi envisagée 64
§3 : L'adoption du règlement européen sur l'internet ouvert..... 65
A. La procédure d'adoption du règlement sur l'internet ouvert 65
B. Les mesures portées par le règlement sur l'internet ouvert 66

Le livre numérique en bibliothèque : une mutation juridique laborieuse
par Lionel Maurel 69
Section I - De la tolérance de fait à la licence légale pour le prêt public de livres..... 70
§ 1 : L'activité de prêt en bibliothèque, un « droit de glanage culturel » multiséculaire..... 70

§ 2 : Une persistance encore très large de la tolérance de fait 71
§ 3 : La licence légale pour le droit de prêt public des livres 73
Section II - Développement et limites de l'approche contractuelle pour l'instauration du prêt numérique en bibliothèque 74
§ 1 : L'adaptation délicate de la licence légale au prêt de livres numériques et les premiers pas de l'offre contractuelle 74
§ 2 : Le contraste avec la situation aux Etats-Unis 77
§ 3 : La volonté de structurer une offre contractuelle au niveau national en France 78
Section III - Quelles perspectives d'évolution aux niveaux européen et mondial ? 80
§ 1 : L'introduction d'une exception dédiée dans la directive européenne sur le droit d'auteur 80
§ 2 : L'extension du mécanisme de l'épuisement des droits à l'activité de prêt numérique en bibliothèque 82
§ 3 : La piste d'un traité sur les bibliothèques à l'OMPI 83

DEUXIÈME PARTIE : QUELLES FINALITÉS ?

Réflexions sur l'éducation des internautes au respect du droit d'auteur
par Manon Dalle 87
Section I - Le dispositif de sensibilisation des internautes au respect du droit d'auteur 91
§ 1 : Le mouvement institutionnel 92
§ 2 : Le mouvement informel 97
Section II - Les effets du dispositif de sensibilisation des internautes au respect du droit d'auteur 100
§ 1 : Une réception mitigée 100
§ 2 : Des améliorations envisageables 104

La circulation des œuvres numériques
par Valérie Varnerot 109
Section I - La circulation de l'œuvre à l'identique 113
§1 : La numérisation encouragée 114
A. L'adaptation du droit moral 114
B. Les aménagements des droits d'exploitation 115
§2 : La circulation numérique favorisée 117
A. Les libertés numériques du public 117
1) La liberté d'accès à internet 117
2) La liberté de navigation 118

3) La liberté de lier 120
B. Les libertés économiques des opérateurs..... 122
Section II : La circulation de l'œuvre modifiée 125
§1 : Le droit positif des exceptions transformatives..... 127
A. L'inéligibilité des pratiques transformatives à l'exception de courte citation 128
B. L'inéligibilité des pratiques transformatives à l'exception de parodie 129
§2 : Le droit prospectif des exceptions transformatives .. 130
A. La prospective d'extension de l'exception de courte citation 131
B. La prospective d'exception d'innovation en faveur des usages transformatifs..... 133

Le « vol » d'un bien numérique : vers la suppression des guillemets
par Morgane Daury-Fauveau..... 137
Section I - La genèse de la nouvelle incrimination 139
§ 1 : La vaine abondance des incriminations pénales..... 139
§ 2 : Le vol et le recel de données..... 142
Section II - Les conséquences de la nouvelle incrimination..... 144
§ 1 : Les hésitations dans le choix de la qualification 144
§ 2 : La répression de l'espionnage industriel par piratage informatique 145

Le logiciel dématérialisé
par Emmanuel Netter..... 149
Section I - Enjeux..... 154
§ 1 : Lors de l'acquisition du logiciel dématérialisé..... 154
A. Avant la loi Hamon..... 154
B. Depuis la loi Hamon..... 157
§ 2 : Lors de la revente du logiciel dématérialisé 159
A. Le principe : une interdiction contractuelle de cession..... 159
B. Le tempérament : l'épuisement du droit de distribution..... 162
Section II – Perspectives..... 167
§ 1 : L'évolution de la qualification : un effacement des droits réels 167
A. L'impact de la dématérialisation 168
B. L'impact des mesures techniques de protection..... 171
§ 2 : L'évolution du régime : le règne de la liberté contractuelle ? 174
A. La puissance des géants du logiciel..... 174
B. Les réactions du droit 177

TROISIÈME PARTIE : QUELLE PERTINENCE ?

L'œuvre numérique : un élément iconoclaste au sein du droit de la propriété
par Mélanie Clément-Fontaine 183
Section I - L'œuvre numérique et la propriété 184
Section II - L'œuvre numérique et les communs 187
Section III - Pour une coexistence pacifique 189

Les noms de domaine des biens numériques pas comme les autres ?
par Eugénie Chaumont 193
Qu'est-ce qu'un nom de domaine ? 193
Un peu d'histoire 193
Composition des noms de domaine 194
Les attributs du nom de domaine 194
La définition des biens numériques 196
L'aspect numérique 197
L'absence de définition des noms de domaine 197
Un acte manqué ? Les articles L45 et suivants du Code des Postes et Communications Electroniques (CPCE) 197
La consécration par la jurisprudence 198
Marques et noms de domaine : les faux jumeaux 199
Les différences notables 199
Un point commun : l'exigence de distinctivité 199
Le nom de domaine, un signe distinctif nécessitant une exploitation publique pour être protégé en tant que tel 199
L'avenir incertain des noms de domaine 200
Les new gTLDs 200
Les moteurs de recherche comme Google® 200

Des biens aux services numériques : de l'ère de la propriété à l'âge de l'accès
par Céline Castets-Renard 203
Section I - Une offre de services attractive grâce à la captation d'une multitude de données 210
§ 1 : Les internautes, contributeurs de valeur 210
§ 2 : Les professionnels publics et privés, contributeurs de valeur 214
Section II - Une offre de services attractive grâce à des fonctionnalités innovantes 216
§ 1 : La stratégie d'appropriation de l'innovation par la propriété intellectuelle 216

§ 2 : Les stratégies d'alliance entre acteurs dans un objectif d'innovation 218
Conclusion 220

Contre l'hypothèse de la qualification des données personnelles comme des biens
par Judith Rochfeld 221
Section I - L'approche réaliste 226
§ 1 : Les versions strictes 227
§ 2 : Les versions nuancées 229
Section II - L'approche personnaliste 230
§ 1 : Le lien avec la personne 231
§ 2 : La dimension collective 233

Table des matières 237