

# Les outils d'appropriation au service des communs numériques

par

Alain Strowel,

Professeur à l'Université Saint-Louis, Bruxelles, UCLouvain, KUL, Munich Intellectual Property Law Centre, avocat

Les « communs » peuvent assurément s'inscrire dans le mouvement de transition vers un autre modèle d'organisation des échanges, parfois qualifié de « post-capitaliste ».

*Omnia sunt communia* : sous cette formule latine, que l'on peut traduire « toutes choses sont destinées à être détenues en commun », paraissait en 2017 un livre de Massimo De Angelis, dont le sous-titre souligne le lien entre communs et transition<sup>1</sup> : *On the Commons and the Transformation to Postcapitalism*<sup>2</sup>. Depuis plusieurs années, la réflexion sur les communs n'est plus l'apanage d'universitaires, notamment d'économistes, dont le prix Nobel Elinor Ostrom ou, en France, Benjamin Coriat, de sociologues-philosophes, comme Pierre Dardot et Christian Laval, ou de juristes par exemple Stefano Rodotà en Italie<sup>3</sup>. De nombreux acteurs sociaux et des mouvements alternatifs<sup>4</sup> se sont emparés de la question des communs qui s'articule davantage autour d'un programme politique<sup>5</sup> qui entend dépasser le modèle du marché et le paradigme de la propriété privée. En France, la notion a connu « une popularité croissante »<sup>6</sup>, qui s'est par exemple traduite dans les programmes des candidats de gauche à l'élection présidentielle de 2017. Aujourd'hui, c'est sous la bannière des communs que se rassemblent penseurs de l'après-capitalisme et défenseurs de politiques alternatives. Certains des partisans des communs sont clairement attirés par une conception « communiste », sans doute à l'origine de l'expression *Omnia sunt communia*<sup>7</sup>. Cette formule latine est, on le notera au passage, également utilisée par des groupements alternatifs qui défendent l'approche dite du *copyleft* en matière de logiciels libres<sup>8</sup> (voir *infra*).

Les communs numériques, lesquels incluent les communs de logiciels, « constituent

---

<sup>1</sup> A titre d'exemples parmi d'autres : *Les communs, outils de transition* était le titre d'un séminaire à Paris en 2017 (voy. Institut Tribune Socialiste. Des idées pour le XXI<sup>e</sup> siècle ? : <http://www.institut-tribune-socialiste.fr/2017/05/10/communs-outils-de-transition/> (consulté le 25 octobre 2018) ; le *European Commons Assembly* vise à construire un mouvement pour les biens communs en Europe et propose un nouveau paradigme politique autour des biens communs : <https://europeancommonsassembly.eu>, ainsi que <http://www.remixthecommons.org/> (consultés le 25 octobre 2018)

<sup>2</sup> Edité par Zedbooks, 2017 (voir <https://www.zedbooks.net/shop/book/omnia-sunt-communia/>, consulté le 25 juillet 2017). Dans une interview de l'auteur, on lui demande en quoi sa vision des communs dépasse celle des économistes ou des juristes, davantage intéressés par les *biens communs* : « *We tend to think of the commons as resources or goods. How is your conception different ?* ». La réponse de l'auteur révèle la veine éminemment politique de son concept : « *I understand the commons as social systems in which common goods are one element. The other elements are the commoners and the social relations comprising the community, and the doing in common, or commoning. These are the activities that constitute the living forces of the commons.* ». Le « *commoning* » (le « faire en commun ») et les relations sociales nouées autour des communs sont centrales dans cette approche holistique et politique, pas les biens ou ressources à partager.

<sup>3</sup> Citons quelques jalons dans la littérature (francophone ou traduite en français) : E. OSTROM, *Gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck, 2010 ; B. CORIAT (sous dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Les Liens qui Libèrent, 2015 et N. ALIX, J.-L. BANCEL, B. CORIAT et F. SULTAN, *Vers une république des biens communs?*, Les Liens qui Libèrent, 2018 ; P. DARDOT et C. LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au XXI<sup>e</sup> siècle*, La Découverte/Poche, 2015 ; F. OST, *La Nature hors la loi : l'écologie à l'épreuve du droit*, La Découverte, 2003.

<sup>4</sup> Le mouvement Utopia qui se définit comme une coopérative politique d'éducation populaire visant à élaborer un projet de société solidaire et convivial dans une perspective de dépassement du capitalisme a par exemple publié un petit fascicule : *Propriété et communs, idées reçues et propositions*, les éditions Utopia, 2017.

<sup>5</sup> La dimension politique du/des commun(s) est déjà manifeste dans l'ouvrage de référence de P. DARDOT et C. LAVAL (*op. cit.*, p. 11 et s. l'introduction intitulée : « Le commun, un principe politique », les auteurs faisant le lien à la « Commune », comme forme politique de l'autogouvernement local (p. 19)).

<sup>6</sup> Comme le rappelle un article du journal *Le Monde* (C. LEGROS, « L'avenir en communs », *Cahier Idées*, 22 avril 2017), le candidat Benoît HAMON a préconisé de constitutionnaliser les « biens communs » (comme l'eau, l'air, la biodiversité) tandis que Jean-Luc MELANÇON évoquait des « communs universels » (tels la monnaie et la santé).

<sup>7</sup> Elle aurait été utilisée par Thomas Müntzer, ce pasteur radical qui menait la révolte des paysans dans l'Allemagne du début du XVI<sup>e</sup> siècle et en qui Engels et Marx verront un des premiers communistes. C'est dans sa dernière confession (obtenue sous la torture en 1525) que Thomas Müntzer aurait affirmé que l'objectif de son mouvement est de professer que « toutes choses sont destinées à être détenues en commun ». Voir l'article français consacré à Thomas MÜNTZER sur Wikipédia (consulté le 25 juillet 2017). Il est aussi probable que ce sont ses géoliers qui lui aient attribué cette affirmation, justifiant par là son châtement, c'est en tout cas ce que suggère la version anglaise de l'article Wikipédia consacré à MÜNTZER.

<sup>8</sup> Voir [https://procomun.wordpress.com/2012/02/18/maps\\_with\\_r\\_1/](https://procomun.wordpress.com/2012/02/18/maps_with_r_1/) (consulté le 20 déc. 2018).

certainement une des formes majeures des nouveaux communs »<sup>9</sup>. C'est cette forme de communs qui est examinée dans la présente contribution.

La première partie offrira un aperçu de ce que l'on a coutume de ranger parmi les communs numériques. A l'entame de cette première partie, on reviendra sur la définition d'un commun et on se posera la question de savoir si des distinctions sont à faire entre les communs désignés par les auteurs comme les « communs numériques », les « communs informationnels » ou encore les « communs de la connaissance ». On se demandera ensuite si l'Internet peut être considéré comme un commun, ce qui obligera notamment à contester l'idée que certaines ressources soient *par nature* communes. Dans la foulée, on s'interrogera sur la nature des plateformes numériques, dont le rôle ne cesse d'augmenter dans la nouvelle économie. Les plateformes de l'économie collaborative constituent-elles des communs ? Ladite « sharing economy » ne vise-t-elle pas le partage et la mise en commun de ressources ? Puis on passera en revue les communs de logiciels, c'est-à-dire les logiciels dits libres, ainsi que le modèle des « creative commons » et Wikipédia pour le partage de contenus.

Ce périple à travers les communs numériques permettra d'enrichir la définition de commun utilisée à l'entame de l'article. Il permettra surtout de mieux saisir les mécanismes juridiques de droit privé sur lesquels repose la dépropriation liée aux communs. La présentation et l'analyse de ces mécanismes est l'objet de la deuxième partie de la contribution (partie A). Sans rentrer dans le détail à ce stade, considérons que la dépropriation est le processus, reposant notamment sur l'usage d'instruments juridiques, par lequel l'accès à une ressource est organisé et facilité au profit des membres d'une communauté. Ce processus fonctionne en sens inverse du processus d'appropriation, lequel renforce le contrôle d'une personne sur une ressource. Ces deux processus passent par des usages combinés de trois outils : les droits de propriété, les contrats et les dispositifs technico-pratiques.

Tout ceci permettra de démontrer l'ambiguïté tant des communs que du modèle propriétaire. Ce dernier est habituellement opposé au mode de production et de consommation fondé sur les communs. En réalité, les communs, et notamment les communs logiciels ou créatifs, intègrent les outils de la maîtrise et du contrôle d'accès qu'ils utilisent à rebours pour libérer l'usage. La possibilité d'exploiter à des fins d'ouverture des institutions juridiques comme les droits de propriété et les contrats est inscrite dans les gènes de ces outils juridiques. Pour arriver à des communs, on peut s'appuyer sur des outils de contrôle privé, en les détournant au profit du partage étendu. On ne peut donc penser les communs contre la propriété. Sinon on risque d'oblitérer le rôle instituant de cet instrument juridique.

Mais, de la même manière, on ne peut ignorer le rôle déterminant des instruments de droit public pour les communs : les outils de droit privé ne suffisent pas. Les processus d'appropriation, ou à l'inverse de dépropriation sont aussi tributaires de la législation ou de la jurisprudence dont le rôle est de constamment redimensionner les droits de propriété et l'emprise des contrats. Le rôle des autorités publiques dans la constitution et la préservation des communs n'est envisagée que très marginalement dans la présente contribution (voir la partie II, B). Non pas que ces outils du droit public soient inaptes à initier ou renforcer les communs, mais parce que, s'agissant des communs numériques, l'ouverture des ressources repose davantage sur les mécanismes du droit privé et les interactions entre acteurs que pour les communs naturels, fonciers et environnementaux (pour ces derniers, de nombreux outils du droit public sont utilisés pour créer ou maintenir des communs).

## I. Les communs numériques

**Un foisonnement d'illustrations.** La littérature sur les communs distingue habituellement les communs naturels (fonciers ou environnementaux) des communs informationnels ou de la connaissance<sup>10</sup>. On parle aussi des « communs numériques » pour désigner ces derniers, mais personne ne s'aventure dans une typologie ou une définition. À titre d'illustration, on cite habituellement l'encyclopédie Wikipédia ou les communautés de logiciels libres. Certains proposent d'autres exemples de biens informationnels susceptibles de générer des communs : les résultats de la recherche

<sup>9</sup> O. WEINSTEIN, *La place du travail dans les communs : quelques questions*, in N. ALIX, J.-L. BANCEL, B. CORIAT et F. SULTAN, *Vers une république des biens communs?*, Les Liens qui Libèrent, 2018, p. 27.

<sup>10</sup> Voir par ex. B. CORIAT, « Introduction. Propriété, exclusivité et communs : le temps des dépassements », *op cit.*, p. 13 et s. (qui assimile les « communs informationnels » aux « *knowledge commons* » selon la terminologie de C. HESS et E. OSTROM), ainsi que le chapitre de C. HESS, « Communs de la connaissance, communs globaux et connaissance des communs », aux p. 259 et s. de cet ouvrage dirigé par B. Coriat.

scientifique (l'*Open Access*), les plateformes d'échanges *peer-to-peer*, l'authentique *sharing economy* (ou économie collaborative)<sup>11</sup>, la cybersécurité sur les réseaux, les savoirs traditionnels, la base de données cartographique *OpenStreetMap*, les *hackerspaces*, l'Internet lui-même, etc.<sup>12</sup>. Difficile de trouver l'appellation juste pour qualifier ces intangibles variés mais qui, par nature, semblent tous destinés au partage (ce qui n'empêche pas qu'ils puissent aussi faire l'objet de stratégies d'appropriation, comme on le verra). La place de ces communs, et le rôle de la propriété intellectuelle pour ces communs, peut aussi se déduire du nombre et de la diversité des « entrées » (ou verbos) dans le *Dictionnaire des biens communs* (2017)<sup>13</sup>. Citons dans une liste d'entrées « à la Prévert » : accès ouvert, appellation d'origine contrôlée, archives ouvertes, base de données, biens communs informationnels, brevet (ouvert), certificat d'obtention végétale, code source ouvert, communs de la connaissance/informationnels/scientifiques, *copyleft*, *copyright*, *creative commons*, design ouvert (open design), domaine public immatériel, données ouvertes, enclosure de la connaissance, exception et limitations en propriété intellectuelle, gestion collective de la propriété intellectuelle, indication géographique, innovation ouverte, Internet, invention, licence, Linux, logiciels libres, mesures techniques de protection, musique libre, œuvre (indispensable, libre), partage à l'identique des connaissances, *patent thicket*, patrimoine culturel immatériel, science ouverte, wiki, Wikipédia, etc.

On reviendra ci-dessous sur quelques-unes de ces notions associées aux communs numériques, après avoir passé en revue la terminologie utilisée.

**Définir un commun.** Revenons un instant sur le travail de définition de ce qu'est un commun, une tâche complexe comme l'illustre encore le débat qui a eu lieu fin 2018 en France autour de la question de savoir si le mouvement des gilets jaunes, avec occupation des ronds-points et manifestations communes, pouvait être tenu pour un commun. Cette question a notamment animé la. Certains participants à la discussion (sur la liste de distribution @bienscommuns.org), dont Pierre Dardot et Christian Laval (déjà cités), étaient enclins à répondre positivement, même s'ils reconnaissaient fin 2018 que rien n'était joué<sup>14</sup>. D'autres, parmi lesquels Lionel Maurel et Sébastien Broca, étaient plus réservés et soulignaient que « les communs ont besoin à la fois d'une action collective démocratique et d'arrangements institutionnels à même de les pérenniser ». Le faire en commun (ou *commoning*) est une composante essentielle, liée à une sociabilité particulière (démocratique, égalitaire, etc.), mais la notion de communs renvoie aussi à celle de biens ou de ressources communes. C'est sous ce second aspect que la présente contribution envisage les communs.

L'économiste Benjamin Coriat, suivant l'approche d'Elinor Ostrom, a défini les communs comme « des ensembles de ressources collectivement gouvernées, au moyen d'une structure de gouvernance assurant une distribution des droits entre les partenaires participant au commun (*commoners*) et visant à l'exploitation ordonnée de la ressource, permettant sa reproduction à long terme »<sup>15</sup>. Ce qui revient à mettre en avant le mode de gouvernance ou l'arrangement institutionnel autour des communs. Comme le notait Sébastien Broca<sup>16</sup>, « déterminer à quoi peuvent, ou pourraient, ressembler ces arrangements institutionnels ouvre (...) sur des discussions plus compliquées et sans doute plus sujettes à controverses. Quels outils juridiques (licences *copyleft*, licences à réciprocité, etc.) voulons-nous privilégier pour défendre l'ouverture et l'accessibilité des communs en tant que ressources? Quelles structures socio-économiques (coopératives, communautés appuyées sur des fondations, etc.) sont à créer pour développer une économie des communs permettant à leurs contributeurs d'en vivre? Quel est l'échelon politique (local, national, européen...) pertinent pour agir en faveur des communs? Quel est le rapport entre les communs et l'État social, et notamment avec les formes existantes (bien que

---

<sup>11</sup> À ce propos, voir M. BAUWENS, *Sauver le monde, Vers une économie post-capitaliste avec le peer-to-peer*, Les liens qui libèrent, 2015.

<sup>12</sup> Cette liste de communs informationnels reprend largement celle proposée par C. HESS, *op. cit.*, p. 260-261.

<sup>13</sup> M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (sous dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017.

<sup>14</sup> Dans une carte blanche publiée sur Médiapart (sous le titre : « Avec les gilets jaunes : contre la représentation, pour la démocratie », P. Dardot et C. Laval (co-auteurs du « livre classique » précité *Commun. Essai sur la révolution au XXIème siècle*) voyaient dans ce mouvement l'amorce d'une possible « voie démocratique, écologique et égalitaire, qui s'est affirmée depuis plusieurs décennies dans toutes les luttes sociales et les résistances au néolibéralisme, dans l'altermondialisme, dans le mouvement des places, dans les multiples laboratoires des communs » (voir <https://blogs.mediapart.fr/les-invites-de-mediapart/blog/121218/avec-les-gilets-jaunes-contre-la-representation-pour-la-democratie> consulté le 31 déc. 2018). L'évolution du mouvement ne semble pas leur avoir donné raison.

<sup>15</sup> B. CORIAT, « Communs fonciers, communs intellectuels. Comment définir un commun ? », in B. CORIAT (sous dir.), *Le retour des communs*, *op cit.*, p. 38-39.

<sup>16</sup> Dans un échange fin décembre 2018 sur la liste @bienscommuns.org.

mises à mal) de protection historiquement associées au salariat? ». Dans la présente contribution consacrée aux ressources numériques, pour lesquelles l'accès dépend moins de l'Etat que des dispositifs mis en place par les acteurs privés, les droits de propriété et les contrats sont au cœur de l'arrangement institutionnel.

### **A. Communs numériques, informationnels, de la connaissance : des distinctions à faire ?**

**Tout commun est de connaissance.** Si l'on suit certains auteurs, par exemple Charlotte Hess, « en un sens, tous les communs sont des communs de connaissance »<sup>17</sup>, même les communs naturels. S'appuyant sur les travaux d'E. Ostrom (avec qui elle a collaboré), C. Hess met en lumière que « le partage de la connaissance et de l'information est essentiel à la réussite et à la pérennité de tous les types de communs »<sup>18</sup>. En effet, pas de communs sans gouvernance, et la gouvernance par une communauté suppose d'échanger des informations afin de prendre de bonnes décisions quant à l'usage des ressources. Un commun est donc avant tout un partage de connaissances en vue d'assurer une bonne gouvernance – mais ce partage intellectuel peut affecter l'accès à des biens variés.

Cette vision qui place la connaissance ou l'information au cœur de tout commun fait apparaître une importante analogie entre communs et propriété. Si l'on se départit de la conception erronée consistant à associer la propriété avec le bien physique, on peut considérer la propriété comme « un morceau d'information expliquant à qui le bien appartient »<sup>19</sup>. En réalité, tout système de propriété n'est rien d'autre que de l'information : à propos de *qui* peut faire *quoi* avec *quelle* ressource pendant *quelle* durée. Les règles sur la propriété sont des règles condensant l'information de façon à ce que la propriété puisse circuler aisément entre les parties intéressées<sup>20</sup>. Des économistes comme A. Alchian et H. Demsetz remarquent: « It is not the resource itself which is owned » ; « in its original meaning, property referred solely to a right, title, or interest »<sup>21</sup>. Cette vision des systèmes de propriété comme des bases de données ou des registres de « titres de propriété » est utile à la compréhension des rapports complexes entre communs et propriété.

**Communs naturels et communs numériques : des finalités différentes.** Si tout commun repose sur des échanges de connaissances, il faut toutefois introduire des distinctions selon les ressources sur lesquelles porte le commun. Ainsi convient-il de distinguer les communs naturels (ou environnementaux) dont l'objectif en termes de gouvernance est la préservation (à travers des pratiques et savoirs assurant la durabilité) et les communs informationnels ou de la connaissance dont l'objectif est non pas la préservation, mais la croissance (à travers des pratiques favorisant la création et la diffusion partagée). Reste que la littérature est très vague quant à la définition et la délimitation de ces communs informationnels ou de la connaissance.

**Objets des communs numériques : des données aux informations et aux connaissances.** Peut-on utilement introduire des distinctions parmi les communs numériques (ou intellectuels) selon la « matière intellectuelle »<sup>22</sup> en cause ? Les ressources intellectuelles connaissent un niveau d'organisation et d'intelligibilité qui varie : en bas de la pyramide, on trouve les données résultant de l'occurrence de faits ; de ces données, on peut extraire des informations ; enfin un travail plus conséquent encore sur le plan intellectuel permet de distiller des connaissances à partir des informations.

Étymologiquement, les « *data* » dérivent du latin « *dare* ». Selon cette étymologie, les *data* seraient des éléments bruts qui pourraient être abstraits des phénomènes, comme s'ils étaient « donnés » par ces derniers<sup>23</sup>. En réalité, les données sont « prises » (du latin « *capere* ») ou extraites des phénomènes grâce à des instruments de mesure et d'observation. Par exemple, le météorologue utilise divers outils, thermomètre, pluviomètre, images satellites, etc. pour extraire certains faits du

<sup>17</sup> C. HESS, *op. cit.*, p. 261. Cette fondatrice de la *Digital Library of the Commons* a publié l'ouvrage classique sur les communs de la connaissance : *Understanding Knowledge as a Commons : From Theory to Practice*, The MIT Press, 2007.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 262.

<sup>19</sup> J. A.T. FAIRFIELD, *Owned. Property, Privacy, and the New Digital Serfdom*, Cambridge, UP, 2017, p. 23 (la propriété est « a piece of information saying who owns the good ») et le chapitre 6 intitulé « Property as Information ».

<sup>20</sup> *Idem*, p. 135 (voir aussi la définition d'un « droit de propriété » par F. COHEN (*Dialogue on Private Property*, 9 Rutgers L. Rev. 357, 361 (1954)) comme « a sector of space in time and no more tangible than a song »).

<sup>21</sup> A. ALCHIAN et H. DEMSETZ, « The Property Rights Paradigm », 33 *J. of Economic History* 16, 17 (1973).

<sup>22</sup> L'expression est paradoxale, il est en effet difficile de parler d'un objet sans se référer à quelque chose de tangible, de matériel.

<sup>23</sup> Nous suivons ici les réflexions de R. KITCHIN, *The Data Revolution, Big Data, Open Data, Data Infrastructures & Their Consequences*, SAGE, 2014, p. 2.

phénomène météorologique. Les « *data* » seraient toujours des « *capta* » – les technologies permettant leur capture sont donc décisives pour les faire exister. Dans cette représentation, les données précèdent l'information et la connaissance.

Définir ce qu'est une information est plus délicat encore. L'information résulte d'un processus de distillation nécessitant de réduire, traiter, analyser, organiser, interpréter, etc. des données. Quand on passe des données à l'information, on ajoute de l'organisation, mais aussi de la valeur et du sens aux données collectées. Par exemple, le journal météo va distiller des informations sur la météo en classant les types de temps et de risque à partir des données récoltées, etc. Ce faisant, il y a valeur ajoutée en termes d'intelligibilité et la valeur d'usage augmente<sup>24</sup>.

Ces informations peuvent elles-mêmes nourrir des connaissances, qui peuvent déboucher sur des opérations ou instructions utiles. Par exemple l'information météorologique sera utile pour la prise de décision par des agriculteurs ou des pêcheurs en mer. La connaissance, en tout cas des réalités physiques, est de l'information opératoire qui peut se traduire dans des processus. Pour emprunter une image<sup>25</sup>, la connaissance est comme la recette qui transforme des informations sur des ingrédients en pain, alors que les données seraient comme les atomes qui constituent la farine et la levure.

Sur fond de cette typologie données-informations-connaissances, on comprend qu'il soit difficile de distinguer les communs informationnels des communs de la connaissance, tant la frontière est fine. De son côté, le troisième terme utilisé dans la littérature<sup>26</sup>, celui de communs numériques, est très large: aujourd'hui l'information et la connaissance mais aussi les données sont numérisées, et tous les régimes de partage d'informations et de connaissances rentrent donc a priori dans les communs numériques, lesquels incluent aussi les « communs créatifs » et les communs logiciels.

On est en droit de se demander si la dénomination de communs numériques n'est pas trop vaste pour être opérationnelle, mais à défaut d'autres notions disponibles, il faut sans doute s'en contenter. Plus important est d'examiner de manière critique ce que l'on range habituellement sous ces communs numériques, et ce qui assure leur partage par une communauté.

## **B. Examen de quelques communs numériques**

### **1. L'Internet : un commun ?**

**Pas de commun par essence : l'Internet n'est plus le commun rêvé par certains.** Dans un entretien intitulé *Le communisme de la connaissance*, André Gorz, un autre penseur de l'après-capitalisme (ou de l'écologie politique), remarquait que « la connaissance, l'information sont par essence des biens communs, qui donc ne peuvent devenir propriété privée et marchandise, sans être mutilés dans leur utilité »<sup>27</sup>. Y a-t-il des biens communs *par essence* ? On peut en douter. C'est vrai que les connaissances et informations sont sans doute faites pour être partagées (c'est leur utilité principale), mais elles peuvent aussi remplir une autre utilité si elles sont subordonnées à des visées de contrôle et d'appropriation. Ceux qui s'imaginent que la connaissance et l'information sont pures et éthérées, comme les idées de Platon, peuvent défendre le point de vue d'une « communalité » par essence. En réalité, la connaissance et l'information nécessitent, pour être accessibles, des médiations, par exemple des livres, journaux, liseuses électroniques ou des serveurs, et ces objets dans lesquels s'inscrivent de manière structurée des connaissances et informations sont le lieu de multiples formes d'appropriation (y compris par les droits intellectuels). Même s'il n'y a pas de droit intellectuel sur la connaissance (non technique), sur les informations ou sur les données elles-mêmes, il y a des possibilités de contrôler l'accès à celles-ci dès lors qu'il passe nécessairement par des portes d'accès et des supports matériels sur lesquels des contrôles peuvent être exercés.

**Vers une appropriation de l'Internet ?** L'Internet était censé nous délivrer des contraintes et

---

<sup>24</sup> Ainsi peut-on considérer que les informations retravaillées par la presse ont plus de valeur que les données de base éventuellement saisies par des témoins ou appareils (photos d'un événement pris par la caméra d'un téléphone portable). Parfois, c'est l'inverse : la captation de l'événement réel fait l'essentiel de la valeur (et le reste n'est que commentaire accessoire).

<sup>25</sup> Voir R. KITCHIN, *op. cit.*, p. 11 qui cite D. WEINBERGER, *Too Big to Know*, Basic Books, 2011, lui-même s'appuyant sur M. ZELANY, *Management support systems: towards integrated knowledge management*, Human Systems Management, 1987.

<sup>26</sup> Les appellations « communs numériques », ainsi que « communs de la connaissance » et « communs informationnels », sont reprises comme entrées dans le *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*

<sup>27</sup> A. GORZ, « Le communisme de la connaissance », *Revue Ecorev' (Revue Critique d'Ecologie Politique)*, août 2011, propos recueillis pour le n° 21 de la revue, disponible sur <http://ecorev.org/spip.php?article980> (consulté le 25 octobre 2018).

contrôles liés aux supports matériels. Considérons l'Internet comme le réseau mondial de communication basé sur l'interconnexion de différents réseaux autonomes par le biais de protocoles ouverts<sup>28</sup>. En dépit de ce que la couche infrastructure de l'Internet (réseaux de fibre optique, câbles, serveurs, routeurs, etc.) appartienne la plupart du temps à des opérateurs privés (entreprises de télécommunication), « Internet est souvent considéré comme un (bien) commun, voire comme un (bien) commun global »<sup>29</sup>. Il est vrai que l'architecture de base est ouverte, en ce qu'elle repose sur des standards ouverts (non propriétaires), notamment les protocoles techniques du TCP/IP<sup>30</sup> ayant permis l'agrégation de nombreux réseaux et le développement d'applications et de contenus variés aux extrémités du réseau mondial.

Même si de nombreuses ressources intellectuelles sont désormais accessibles sur l'Internet qui démultiplie les possibilités d'échanges, ce dernier ne fait pas exception au tropisme de l'appropriation. Le changement de support ou médium, du papier vers des supports numériques ou des supports offline vers le numérique en ligne (l'Internet), ne modifie pas fondamentalement la possibilité d'appropriation : si une entreprise offre un accès gratuit à l'Internet moyennant une entrée obligée, l'Internet lui-même devient pour partie une ressource appropriée par le *gatekeeper* (gardien). Ce scénario d'appropriation n'est pas théorique, il correspond à l'offre d'accès Internet sur mobile appelée « Free Basics » que Facebook envisageait de déployer notamment en Inde pour toucher les usagers modestes. L'accès gratuit de base (le « Free Basics ») passait par une app pour smartphone configurée par Facebook avec priorité pour certains contenus (dont son réseau social et le moteur de recherche Bing). Cette app est un exemple de dispositif technique de contrôle qui permet une certaine appropriation (voir infra partie II). En Inde, cette offre a été interdite pour violation du principe de la neutralité de l'Internet<sup>31</sup>.

Donc, l'accessibilité aux contenus sur l'Internet, même si elle est de loin plus étendue qu'avec d'autres médias, peut être freinée par le développement de nouvelles technologies et modes d'organisation de l'accès qui donnent la possibilité aux opérateurs de réorienter, ou « prioriser » certaines données. L'économie (capitaliste) a étendu ses rets invisibles pour saisir et exploiter les nouvelles ressources disponibles sur l'Internet, en dépit de ce que l'économie de la connaissance, pour reprendre les termes d'André Gorz, a « vocation à être une économie de la mise en commun et de la gratuité, c'est-à-dire le contraire d'une économie »<sup>32</sup>.

Comme le reconnaissent d'ailleurs beaucoup de partisans des communs, un bien n'est pas commun par nature, mais uniquement par son usage. L'usage définit le type d'appropriation ou de partage. Il n'est en quelque sorte de commun que *par destination*. Et l'usage et la destination d'une ressource peuvent évoluer avec le temps. Ainsi, l'Internet du milieu des années 1990 était davantage un « commun » que celui d'aujourd'hui qui passe par des portails ou portiers, les *gatekeepers* que sont Google et Facebook par exemple. Selon les termes de Tim Wu: « *Once a commons that fostered the amateur eccentric in every area of interest, the web, by 2015, was thoroughly overrun by commercial junk* »<sup>33</sup>. Certes, Wikipédia et d'autres sites de partage (notamment les pages des communautés

---

<sup>28</sup> Voir la définition de l'Internet sur Wikipédia (consulté le 26 déc. 2018) et dans M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (sous dir.), *op. cit.*, 2017.

<sup>29</sup> Voir S. BROCA, « Internet (approche sociologique) », in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (sous dir.), *op. cit.*, p. 703.

<sup>30</sup> Le TCP (Transmission Control Protocol) organise la division initiale des messages en paquets et leur reconstitution à l'arrivée, tandis que le protocole IP (Internet Protocol) organise essentiellement le routage.

<sup>31</sup> Voir: <https://www.theguardian.com/technology/2016/feb/08/india-facebook-free-basics-net-neutrality-row> (consulté 25 déc. 2018). Le principe de la neutralité de l'Internet qui a été beaucoup débattu notamment en Europe et aux Etats-Unis (ou la règle de neutralité adoptée sous la présidence Obama a été plus récemment écartée) a été défini par l'Office des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE ou BEREC en anglais) comme « *le principe selon lequel toutes les communications électroniques passant par un réseau sont traitées de manière égale. Toutes les communications sont traitées de manière égale signifie qu'elles sont traitées indépendamment (i) de leur contenu, (ii) de leur application, (iii) du service, (iv) de l'équipement, (v) de l'adresse de l'expéditeur, et (vi) de l'adresse du destinataire.* » (BEREC, Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe, BoR (10) 42, 30 septembre 2010, p. 2-3). A ce propos, voir: F. JONGEN et A. STROWEL, en collaboration avec E. CRUYSMANS, *Droit des médias et de la communication*, Larcier, 2017, p. 771 et s. ; R. QUECK et M. PIRON, *La neutralité d'Internet: la gestion du trafic et les services gérés: à la recherche de définitions*, in A. STROWEL (sous dir.), *Net Neutrality in Europe - La neutralité de l'Internet en Europe*, Bruylant, 2013, p. 111-139.

<sup>32</sup> A. GORZ, *op. cit.*. Ce dernier ajoute: « C'est cette forme de communisme qu'elle revêt spontanément dans le milieu scientifique. La "valeur" d'une connaissance s'y mesure non en argent mais par l'intérêt qu'elle suscite, la diffusion qu'elle reçoit. Au fondement de l'économie capitaliste de la connaissance on trouve donc une anti-économie dans laquelle la marchandise, les échanges marchands, le souci de faire de l'argent n'a pas cours ».

<sup>33</sup> T. WU, *The Attention Merchants*, Alfred Knopf, 2016, p. 322. Même constat fait par l'un des créateurs du web, Tim Berners-Lee, qui écrivait en mars 2018 : « What was once a rich selection of blogs and websites has been compressed under the powerful weight of a few dominant platforms. This concentration of power creates a new set of gatekeepers, allowing a handful of platforms to control which ideas and opinions are seen and shared. » (T. BERNERS-LEE, « The web is under threat. Join us and fight for it »,

scientifiques ou journalistiques) sont toujours là, mais ces lieux de savoir et d'échange sont désormais encerclés par de nombreuses « pages à clics » qui captent les attentions et propagent des publicités autour de contenus « à deux balles ». En outre, l'Internet n'est pas un commun en ce qu'il n'a pas débouché sur une gouvernance prise en charge par l'ensemble des parties intéressées de manière structurée et démocratique<sup>34</sup>.

Si l'Internet s'est donc éloigné du modèle des communs et n'a pu développer une gouvernance mondiale, il demeure toutefois à l'origine de divers communs numériques<sup>35</sup> : sans lui, on n'aurait pas connu l'essor des logiciels libres, des contenus en « creative commons », de l'encyclopédie Wikipédia, etc. En ce sens, la réponse à la question de savoir si l'Internet est ou non un commun doit être nuancée.

**Biens rares, rivaux et excluables : à distinguer.** Dans une préface à un ouvrage sur lequel on reviendra, l'ancien premier ministre français, Michel Rocard, notait : « Internet et les nouvelles techniques d'information et de communication révolutionnent les relations entre les humains. Ils font apparaître un monde, celui de l'information, où la rareté n'existe pas, puisque le fait de la vendre ou de la donner à un tiers n'implique pas sa perte pour son titulaire. Notre manière de consommer, notre mode d'usage des biens, en sont bouleversés. S'agissant de résidences de vacances, de voitures automobiles, d'équipements domestiques de tous ordres, la propriété devient archaïque et inutile. C'est l'accès pour un temps donné qui devient le problème et l'enjeu. »<sup>36</sup>. Ce texte contient des intuitions justes mais révèle en même temps des confusions courantes.

D'abord, il faut distinguer rareté et rivalité d'un bien. Un bien rival est un bien dont la consommation ou l'usage par une personne n'affecte pas son utilisation par d'autres. Ainsi en est-il d'une émission radio diffusée en ondes hertziennes : le fait que je l'écoute n'empêche pas mon voisin d'y avoir accès. Ce n'est pas le caractère rare d'un bien qui en fait un bien non-rival mais bien les modes d'accès ou d'usage de ce bien. Le caractère non rival est toujours relatif : le fait que je conduise ma voiture sur une autoroute n'empêche pas un autre conducteur d'accéder à cette infrastructure, mais, à un certain moment, l'afflux d'automobilistes va diminuer la qualité de la ressource suite aux encombrements causés par le trafic. Il en est de même d'autres infrastructures, en ce compris de l'Internet qui peut aussi être congestionné par un usage trop intensif (de la bande passante).

Ensuite, il faut distinguer rivalité et excluabilité d'un bien. L'excluabilité d'un bien (matériel) résulte de sa possession au sens de détention (avec ou sans titre juridique). La simple possession d'un bien rival permet d'exclure autrui. En revanche, il n'est en principe pas possible pour un usager de posséder un bien de nature immatérielle : un individu ne possède pas des connaissances ou des informations comme il peut posséder une montre attachée à son poignet. Il est plus difficile d'exclure autrui de l'usage des biens que l'on ne peut pas posséder. Mais ces biens peuvent toutefois être rendus excluables par d'autres moyens (que la possession) : ainsi une autoroute avec des barrières à péage ou une chaîne de télévision dont le signal est crypté sont des biens excluables. De même, une création intellectuelle peut devenir excluable par la reconnaissance d'un droit de propriété intellectuelle. Tant les biens rivaux (des champs, etc.) que les biens non-rivaux (informations, code informatique, etc.) peuvent donc être rendus excluables à l'aide de dispositifs pratiques (clôtures, code d'accès, etc.) ou de régimes juridiques (droits de propriété). L'excluabilité la plus efficace résulte de la possession ; par conséquent, les biens immatériels (ou intellectuels) sont plus difficilement excluables ; en outre, les barrières juridiques sont plus fragiles que le contrôle par la possession, notamment depuis la numérisation des œuvres et leur diffusion sur l'Internet. Néanmoins, même pour les biens numériques (composés de bits, donc de suites de 0 et 1) qui ne peuvent être saisis et possédés comme les biens matériels susceptibles de possession, des formes variées d'excluabilité peuvent être mise en place, dont la force d'exclusion dépend de la technologie et du support utilisé (il est sans doute plus aisé de rendre excluable un film sur Blue-ray que sur un autre format de disque optique (comme le DVD) ou qu'en cas de diffusion en ligne de ce même film).

De manière similaire, mais inverse, tant les biens rivaux que les biens non rivaux peuvent être régis par un régime de communs. Les biens non rivaux sont a priori plus faciles à faire rentrer sous un

---

billet du 13 mars 2018 à l'occasion du 29<sup>ème</sup> anniversaire du web, disponible sur <https://webfoundation.org/2018/03/web-birthday-29/>, consulté le 26 déc. 2018).

<sup>34</sup> L'ICANN qui gère les adresses IP et les noms de domaine et chapeaute l'Internet est une organisation privée de droit californien qui est encore contrôlée par l'Etat américain.

<sup>35</sup> S. BROCA, « Internet (approche sociologique) », in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (sous dir.), *op. cit.*, p. 704.

<sup>36</sup> M. Rocard, préface au livre de F. PELLEGRINI et S. CANEVET, *Droit des logiciels, Logiciels privatifs et logiciels libres*, PUF, 2013, p. 14-15.

régime de communs et de partage vu que l'usage de l'un n'affecte pas négativement l'usage d'un autre. Au contraire : l'augmentation de l'usage de ces biens au fur et à mesure de leur diffusion au sein d'une communauté va souvent accroître leur popularité et utilité.

Les caractères de rareté, de rivalité et d'excluabilité doivent être distingués. Ces caractères ne sont pas naturels (liés à la nature des biens) : la rareté dépend essentiellement du contexte (l'air pur respirable n'est pas rare sur terre, mais peut le devenir sous l'eau ou dans l'espace), tandis que la rivalité et l'excluabilité dépendent très largement « des choix qui sont opérés quant aux conditions d'accès à l'usage de ces biens, et plus largement d'un ensemble de règles et pratiques qui organisent leurs conditions d'usage et éventuellement de production »<sup>37</sup>. Tel est l'un des apports majeurs des travaux d'Elinor Ostrom qui a mis en évidence les formes institutionnelles et organisationnelles de gestion des ressources. Ce sont ces institutions et modes d'organisation de l'accès et du partage qui déterminent donc le type de rivalité et d'excluabilité des biens.

La remarque de Michel Rocard citée au début de cette section pointe aussi le passage d'une société de la propriété vers une société de l'accès. Cette évolution est importante pour comprendre les communs<sup>38</sup> informationnels et les nouveaux modes d'appropriation (en dehors de la propriété au sens strict du Code civil).

## 2. Les plateformes de l'économie collaborative : des communs ?

**L'appropriation à l'âge de l'accès.** Jeremy Rifkin est crédité pour avoir, dans son ouvrage *L'Âge de l'accès* (paru en 2000)<sup>39</sup>, montré l'évolution d'une société (ou une économie) fondée sur la propriété vers une société privilégiant l'accès : dans ce modèle, comme le notait Michel Rocard (voir ci-dessus), la propriété (classique) des biens n'est plus centrale, c'est l'accès pour un temps donné qui devient le problème et l'enjeu. Le développement des plateformes collaboratives (Uber, BlaBlaCar, Airbnb, Allovoisins, etc.) qui permettent aux propriétaires d'optimiser l'usage de leurs biens (ma voiture, ma maison, ma foreuse, etc.) est caractéristique de cette évolution facilitant le partage. Cette transformation (qui fait l'objet d'un article de J. Rochfeld dans le *Dictionnaire des biens communs*) est-elle le signe d'un renforcement des communs et de la transition? On peut en douter : il s'agit plutôt d'une nouvelle forme de capitalisme – on a parlé de « platform capitalism »<sup>40</sup> – qui permet d'extraire davantage de valeur des biens à travers la segmentation de leur usage dans le temps. La maîtrise conférée par la propriété est simplement mieux exploitée grâce à des outils numériques permettant de nouvelles transactions économiques conférant des droits d'accès et d'usage bien échelonnés dans le temps au profit d'autres personnes que le propriétaire. Ces transactions nouvelles sont permises par les plateformes qui offrent de nouveaux moyens de réduire substantiellement les coûts de transaction, ces moyens étant essentiellement des app activées sur smartphone. Cette évolution s'appuie sur un exercice plus rationnel et une nouvelle distribution du « faisceau de droit » (« bundle of rights ») qu'Elinor Ostrom a mis en évidence. Mais il n'y a pas nécessairement une communauté (un faire en commun) qui se forme autour de ces ressources ainsi mieux partagées dans le temps : l'optimisation permet de maximiser les revenus de la propriété, ou, sur l'autre face de la plateforme, d'accéder aux utilités d'un bien pour un temps limité et à moindre coût. Encore moins peut-on trouver du côté de ces plateformes un mode de gouvernance déterminé par les membres de la collectivité<sup>41</sup> (c'est le propriétaire qui, aidé par les outils de la plateforme, décide de démembrer son droit sur une ressource qu'il possède).

**Des plateformes capitalistes aux sites d'échanges communautaires.** Il faut toutefois être circonspect face à la nébuleuse complexe de l'économie collaborative<sup>42</sup>, encore appelée « économie du partage » ou « économie pair à pair ». En effet, certaines plateformes permettent bien entendu l'éclosion de communs et le renforcement des liens, tout dépend en définitive du modèle adopté par la

<sup>37</sup> O. WEINSTEIN, « Comment construire les communs : questions à partir d'Ostrom », in B. CORIAT (sous dir.), *Le retour des communs*, op. cit., p. 72.

<sup>38</sup> Un article de J. Rochfeld y est consacré sous l'entrée « Accès (enjeux théoriques) » dans le *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 7-12.

<sup>39</sup> Le sous-titre de la première édition de ce livre indique bien le lien avec la problématique de la transition : *The Age of Access : How the Shift from Ownership to Access is Transforming Capitalism*, Penguin, 2000 (dans sa version paperback de 2001, le sous-titre est devenu : *The New Culture of Hypercapitalism, Where all of Life is a Paid-For Experience*, qui est révélateur du lien entre le contrôle d'accès et l'hypercapitalisme).

<sup>40</sup> N. SRNICEK, *Platform Capitalism*, Polity Press, 2017.

<sup>41</sup> En ce sens, J. ROCHFELD, « Accès (enjeux théoriques) », op. cit., p. 12.

<sup>42</sup> C'est aussi ce à quoi invitent les auteurs de l'entrée « Economie collaborative » dans le *Dictionnaires des biens communs*, B. CARBALLA SMICHOVSKI ET B. CORIAT, op. cit., p. 480.



plateforme. Si la plateforme Deliveroo (ou Ubereats, etc.) est par exemple une nouvelle manifestation de l'économie capitaliste exploitant au mieux les capacités inutilisées tant des restaurateurs que des coursiers, d'autres plateformes en matière de livraison de plats peuvent encourager des partages et des liens sociaux : ainsi la société Menu Next Door, aujourd'hui liquidée, permettait de partager/vendre des plats préparés au sein d'une famille, en plus des portions prévues pour les membres de la famille, et celui qui voulait en bénéficier venait les chercher en personne après avoir passé commande, ce qui pouvait créer des liens de voisinage<sup>43</sup>. Il faut donc bien distinguer selon les modèles, et la régulation juridique doit en tenir compte : ainsi doit-elle freiner les excès des grandes plateformes (notamment dans l'exploitation de leurs travailleurs qui échappent souvent à la protection sociale des salariés) d'un côté, et encourager le développement de sites d'échanges à visée communautaire et sociale en levant certains obstacles juridiques, de l'autre<sup>44</sup>. Pas étonnant que certains penseurs de la transition, par exemple Michel Bauwens, entrevoient dans l'économie collaborative (qu'ils réduisent aux authentiques sites d'échanges) et les réseaux de pair à pair « un modèle qui nous mène vers une société post-capitaliste, où le marché doit enfin se soumettre à la logique des communs »<sup>45</sup>.

Pour distinguer les « entreprises plateformes » des « plateformes coopératives », d'autres auteurs mettent en évidence la distribution des droits de contrôle sur les actifs intangibles et les modes de gouvernance en résultant. Ainsi, les « entreprises plateformes » s'assurent un contrôle sur trois types d'actifs intangibles : d'abord, les algorithmes et applications, ensuite les bases de données sur les fournisseurs et usagers, enfin la marque et autres signes de ralliement. Ce contrôle joue au profit d'un ou plusieurs propriétaires (cas de la société par action) et l'usage de ces actifs par les dirigeants est fait en vue de dégager des profits. Si, au contraire, la propriété des actifs intangibles « est « partagée », et distribuée dans un faisceau de droits entre les participants à la plateforme, qui définissent en commun les règles qui doivent présider aux échanges comme celles qui ont trait au partage de la valeur créée »<sup>46</sup>, on est en présence d'une « plateforme coopérative » qui relève de l'économie vraiment collaborative (encore désignée comme « l'économie coopérative »)<sup>47</sup>. Cette distinction peut être illustrée par l'opposition assez tranchée entre les plateformes TaskRabbit et Loconomics<sup>48</sup> qui proposent du travail à la demande.

En définitive, comme l'Internet lui-même, les plateformes de l'économie collaborative ne sont pas des communs par essence, tout dépend des usages, de leur composante sociale, du modèle économique adopté et de l'arrangement institutionnel autour de ces plateformes. Comme l'Internet, ces plateformes sont potentiellement de formidables outils d'activation de communs – mais peuvent être tout aussi bien mises à profit par des entreprises hyper-capitalistes. A l'appropriation de l'Internet par des *gatekeepers* comme Facebook qui exploitent à fond les contenus créés et échangés par leurs usagers, ainsi que leurs données personnelles, correspond l'extraction de valeur réalisée par des plateformes numériques (comme Uber) à partir des biens (par ex. des voitures privées) des fournisseurs de services.

### 3. Les logiciels libres

---

<sup>43</sup> La nature plus communautaire de l'échange par l'entremise de la plateforme ne suffit toutefois pas à conclure à l'existence d'un commun, il faut également s'interroger sur le mode de gouvernance de l'opérateur de plateforme (dans le cas de Menu Next Door, c'était une société commerciale), de l'interaction avec des services similaires et de la concurrence éventuellement déloyale par une plateforme qui échappe potentiellement à certaines charges et obligations, etc.

<sup>44</sup> A. STROWEL ET W. VERGOTE, « Digital Platforms: To Regulate or Not to Regulate? *Message to Regulators: Get the Economics Right First, then Focus on the Right Regulation* », in B. DEVOLDER (ed.), *The Platform Economy. Unraveling the Legal Status of Online Intermediaries*, Intersentia, 2019, p. 3-30. Ainsi, les contraintes en matière sanitaire imposées par l'AFSCA en Belgique pour les aliments préparés à domicile ont pu compliquer le développement de l'entreprise Menu Next Door qui a été liquidée.

<sup>45</sup> J. LIEVENS, préface au livre de M. BAUWENS, *Sauver le monde*, op. cit., p. 19. Voir aussi M. BAUWENS, « Plan de transition vers les communs : une introduction », in B. CORIAT (sous dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, op. cit., p. 275-290. Voir aussi la plateforme sur l'économie collaborative initiée dans le cadre de diverses recherches menées à l'USL-B et à l'UCL (financements Innoviris entre autres) : [www.rosels.eu](http://www.rosels.eu).

<sup>46</sup> B. CARBALLA SMICHOVSKI ET B. CORIAT, entrée « économie collaborative » in *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 484.

<sup>47</sup> A ce propos voir T. SCHOLTZ, *Platform Cooperativism : Challenging the Corporate Sharing Economy*, Rosa Luxemburg Stiftung New York Office, 2016, 32 p. (disponible sur [http://www.rosalux-nyc.org/wp-content/files\\_mf/scholz\\_platformcoop\\_5.9.2016.pdf](http://www.rosalux-nyc.org/wp-content/files_mf/scholz_platformcoop_5.9.2016.pdf) consulté le 31 déc. 2018).

<sup>48</sup> Loconomics ([loconomics.com](http://loconomics.com)) , qui a emprunté la forme juridique d'une coopérative, offre aux travailleurs de la plateforme la possibilité de détenir des parts, donc de participer à la gouvernance ; la plateforme ne prélève aucune commission sur les transactions réalisées par son entremise, mais les offreurs de travail s'acquittent d'une cotisation annuelle ; les possibles excédents d'exploitation sont réinvestis dans la plateforme ou distribués entre les membres en fonction du nombre d'heures prestées ; le conseil d'administration est élu par les travailleurs, etc.

Au crépuscule de sa vie, Michel Rocard, penseur d'une gauche alternative, s'est fort intéressé aux régimes applicables aux logiciels<sup>49</sup>. Après avoir souligné, dans la préface déjà citée à un ouvrage consacré au droit des logiciels, que posséder n'a pas de sens si l'accès est libre, Michel Rocard précisait « La bataille du logiciel est du même ordre. La propriété, le brevet, freine l'usage et l'activité. Le libre accès les encourage. Il est compatible avec le droit d'auteur »<sup>50</sup>. Et Michel Rocard de conclure de manière sans doute prémonitrice: « A bien des titres, l'élaboration du droit des logiciels fait émerger les principes juridiques de l'organisation sociale de demain ».

En matière de logiciels, des communs ont effectivement été soigneusement mis en place. Les logiciels libres sont définis par un type de contrat : ce sont des logiciels sont régis par une licence libre, par opposition aux logiciels propriétaires ou privatifs qui sont sujets à des licences restrictives. Il faut donc examiner les termes de la licence pour savoir si on a affaire à du logiciel libre. Le contrat de licence joue en ce sens le rôle d'une « législation agile »<sup>51</sup> ou de « base constitutionnelle du commun »<sup>52</sup>. Pour être libre, la licence doit imposer à tout utilisateur quatre libertés : 1) la liberté d'exécuter le programme ; 2) la liberté d'étudier le programme (son code source est ouvert, d'où le terme « open source ») et de l'adapter à ses besoins (correction, intégration, etc.) ; 3) la liberté de copier le logiciel et de redistribuer les copies ; 4) la liberté d'adapter le programme et de publier ces modifications « pour en faire profiter toute la communauté »<sup>53</sup>. La différence entre logiciel libre et propriétaire « se situe donc dans la licence qui accompagne le développement et le code » avec son objectif d'enrichir le fond commun de ressources logicielles, ainsi que dans les relations sociales entre développeurs, a priori considérés comme des pairs, sans hiérarchie (c'est la composante égalitaire)<sup>54</sup>.

**Contradiction ou compatibilité entre logiciel libre et propriété intellectuelle ? Où il faut distinguer selon les droits intellectuels.** Il existe de nombreux droits de propriété, notamment de propriété intellectuelle, et il faut les distinguer pour comprendre les arrangements institutionnels autour des ressources logicielles. Ainsi en est-il du droit d'auteur et du droit de brevet en matière de logiciels. Le brevet peut être un frein à l'usage de logiciels, le droit d'auteur aussi, mais ce dernier est toutefois susceptible d'être utilisé pour accroître le partage des utilités (et est donc compatible avec des communs partagés).

Les inventions qui peuvent être mises en œuvre à l'aide d'un ordinateur, et en particulier les inventions incorporées dans un programme informatique (ou logiciel), peuvent être protégées par brevet i) si elles respectent des conditions de brevetabilité (principalement : nouveauté et activité inventive) et ii) à la condition de ne pas être abstraites, mais d'offrir une contribution d'ordre technique. Ainsi un algorithme est, en tant que tel, un processus abstrait non brevetable, mais la commande logicielle d'un système de freinage de voiture (par ex. un système ABS) débouche sur un résultat technique, une meilleure adhérence à la route, et peut faire l'objet d'un brevet (s'il est nouveau et inventif).

En outre, les programmes d'ordinateur, en particulier leur code source ou code objet, peuvent être protégés par le droit d'auteur, qui est harmonisé dans l'UE par la directive 2009/24/CE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur. Le droit d'auteur protège l'expression sous la forme d'une œuvre originale, telle qu'un roman, un scénario ou un article scientifique. Le droit d'auteur confère à l'auteur un ensemble de droits, y compris le droit d'empêcher la copie non autorisée de l'œuvre et le droit d'adapter l'œuvre et de créer des œuvres dérivées. Appliqué aux logiciels, le droit d'auteur protège donc le code du programme en tant qu'il s'apparente à une écriture dans un langage artificiel (le Fortran ou le C++ par ex.); en revanche, un algorithme innovant qui est exprimé dans le code ne peut être protégé par le droit d'auteur. De même, d'autres éléments fonctionnels d'un programme d'ordinateur (structures, formats de données, etc.) ne peuvent être protégés. Bien que le titulaire du droit d'auteur puisse interdire la reprise du code qui implémente un algorithme, il ne peut pas faire valoir le droit d'auteur pour empêcher des tiers d'implémenter l'algorithme dans un code différent.

Les brevets, eux, peuvent protéger l'invention tenant à la nouvelle fonctionnalité mise en œuvre

---

<sup>49</sup> En tant que député européen, Michel Rocard s'était en particulier fortement impliqué dans le débat sur la *directive concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur*, proposée en 2002 par la Commission (COM 2002) 92).

<sup>50</sup> M. Rocard, préface au livre de F. PELLEGRINI et S. CANEVET, *Droit des logiciels, Logiciels privatifs et logiciels libres*, PUF, 2013, p. 15.

<sup>51</sup> F. PELLEGRINI et S. CANEVET, *Droit des logiciels*, op. cit., p. 318.

<sup>52</sup> P.-A. MANGOLTE, « Le logiciel libre, comme commun créateur de richesses », in B. CORIAT (sous dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, op. cit., p. 114.

<sup>53</sup> La redistribution peut être payante car un logiciel libre n'est pas nécessairement gratuit (en anglais, le logiciel est donc « free » au sens de « free speech », pas de « free beer »).

<sup>54</sup> P.-A. MANGOLTE, « Logiciel libre », in *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 765.

par un ordinateur. Un brevet offre une protection plus forte que le droit d'auteur. La violation du droit d'auteur exige en effet de démontrer que le défendeur a copié le code ou l'œuvre protégée, et en ce sens, il n'y a pas de violation du droit d'auteur, donc de contrefaçon sans plagiat (entendue comme emprunt); en revanche, une violation de brevet peut exister en l'absence de toute copie ou reprise. Autrement dit, un développeur de logiciel qui a rédigé un programme de manière tout à fait indépendante peut violer un brevet. C'est ce que craignent les développeurs de logiciels libres.

**Le mouvement du logiciel libre contre les brevets de logiciels.** Les partisans des logiciels libres se sont donc activement mobilisés pour endiguer les possibilités de breveter les logiciels, notamment après que la Commission européenne ait envisagé en 2002 d'harmoniser ce domaine des brevets par une directive, laquelle sera finalement rejetée par le Parlement européen en juillet 2005, notamment suite à l'intense lobbying des partisans du libre<sup>55</sup>. La préservation du code libre contre l'appropriation des brevets est également assurée par les clauses anti-brevets insérées dans certaines licences libres, notamment dans les versions 2 et 3 de la GPL (*General Public License*)<sup>56</sup>. Ces clauses anti-brevets prennent la forme de licence implicite ou de cession expresse de brevet.

Si le commun logiciel ne fait donc pas bon ménage avec l'appropriation par brevet, il repose en revanche sur une forme de contrôle (ou d'appropriation) par le droit d'auteur.

**Paradoxe du droit d'auteur : la propriété intellectuelle au service du logiciel libre et des communs.** Beaucoup d'observateurs de la pratique de partage des logiciels dits libres ont constaté le paradoxe que le droit, et notamment le droit d'auteur et le droit des contrats, ont permis la préservation de la liberté du code informatique<sup>57</sup>.

On parle du mouvement du « *copyleft* », opposé au modèle propriétaire du copyright, mais en réalité le *copy-right* n'est pas abandonné (*left*): l'auteur *copyleft*, par licence, autorise simplement davantage d'actes d'usage que ne le fait habituellement le titulaire du droit d'auteur (approche du « *some rights reserved* » plutôt que l'habituel « *all rights reserved* »). La clause ou licence dite du *copyleft* impose la redistribution du code (qu'il soit copié ou modifié) dans les mêmes conditions que la licence d'origine, donc sous un régime de liberté. L'effet de cette clause parfois qualifiée de « virale » ou « diffusive » est l'extension et la pérennisation du commun. Ce type de licence diffusive s'appuie sur la notion d'œuvre dérivée<sup>58</sup> (ou d'adaptation), connue en droit d'auteur et désignant les œuvres tirées d'une œuvre préexistante. Les licences diffusives s'appliquent aux œuvres dérivées, par exemple à celles résultant de l'assemblage de divers modules logiciels dont l'un est libre.

Les droits d'usage des tiers sont élargis par la licence *copyleft*, mais le contrôle propriétaire est maintenu pour interdire certains usages de réappropriation au détriment de la communauté. On impose donc la liberté par un acte qui s'appuie sur le pouvoir de contrôle conféré par le droit d'auteur et la force du contrat. C'est le paradoxe souvent souligné, dont Séverine Dusollier a analysé les effets en reprenant la formule d'une activiste féministe noire, Audre Lorde : « *the master's tools will never dismantle the master's house* »<sup>59</sup>. L'imposition d'un commun par les licences libres ne peut donc dissoudre le modèle propriétaire (« *the master's house* »). Comme le résume P.-A. Mangolte, « en définitive, en s'appuyant sur le principe propriétaire contenu dans la loi sur le *copyright*, sur le droit exclusif de l'auteur de contrôler les usages de son code, la clause *copyleft* en détourne l'exercice habituel pour créer une forme de domaine public sécurisé, intégrant un principe d'extension continue du commun »<sup>60</sup>.

En outre, l'effet « erga omnes » de la propriété intellectuelle permet de dépasser la limitation des contrats qui ne valent qu'« inter partes » (en l'espèce entre donneur et preneur de licence). Or la question de l'acceptation de la licence libre par l'utilisateur du code peut parfois poser problème et mettre en cause la formation du contrat et donc l'obligation de libérer le code dérivé. Grâce à l'opposabilité du droit de propriété à l'égard de tous, la liberté du code (imposée par contrat) peut plus facilement s'étendre à tout tiers utilisateur du code libre.

---

<sup>55</sup> Voir le résumé de cette épopée législative par F. PELLEGRINI et S. CANEVET, *Droit des logiciels*, op. cit., p. 305-307.

<sup>56</sup> F. PELLEGRINI et S. CANEVET, *Droit des logiciels*, op. cit., p. 312 et s. La première version de la GPL fut proposée par Richard Stallman en 1988.

<sup>57</sup> S. DUSOLLIER, « The Master's Tools v. The Master's House : Creative Commons v. Copyright », *Columbia Journal of Law and the Arts*, 2006, p. 271-293.

<sup>58</sup> F. PELLEGRINI et S. CANEVET, *Droit des logiciels*, op. cit., p. 328 et 340.

<sup>59</sup> A. LORDE, « The Master's Tools Will Never Dismantle the Master's House », in *Sister Outsider*, 1984, p. 112, cité par S. DUSOLLIER, op. cit., p. 272 ; voir aussi p. 274 : « *the Creative Commons licensing regime clearly rests upon the proprietary regime of copyright, but seeks to exercise it differently* ».

<sup>60</sup> P.-A. MANGOLTE, « Logiciel libre », in *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 766.

Enfin, de manière annexe, le contrôle conféré par le droit d'auteur qui, selon les partisans du logiciel libre, s'applique également au texte des licences elles-mêmes, considérées dans leur écriture comme des œuvres protégées (de nature juridique), permet de préserver les clauses de ces licences et d'interdire leur modification<sup>61</sup>.

**Arrangements institutionnels et rôle de la communauté des logiciels libres.** Si le développement d'un pool de ressources logicielles libres repose essentiellement sur une cascade de licences libres et l'effet propriétaire du droit d'auteur, la gestion d'un projet autour d'un software précis et sa diffusion auprès des développeurs passe par l'établissement d'organisations structurées qui prennent souvent la forme de fondations : ainsi existent par exemple la Free Software Foundation (FSF) mise en place par R. Stallman, la fondation Apache en charge du développement du serveur web du même nom, la fondation Mozilla autour du navigateur Firefox, etc.. Ces structures juridiques vont par exemple trouver des financements, des dons monétaires venant ainsi renforcer les dons de code des développeurs. Ces organisations vont souvent générer un contrôle de type managérial et planifier le travail de développement, si bien que dans certaines communautés logicielles, des hiérarchies flexibles (sans subordination) s'installent<sup>62</sup>. Cette composante institutionnelle est importante pour pérenniser les communs logiciels.

Par ailleurs, si les pôles de logiciels libres sont confortés par l'usage des licences et du droit d'auteur et pérennisés par les systèmes de gouvernance, les modes d'organisation de la communauté permettent de déclencher des sanctions non juridiques contre ceux qui tenteraient de s'approprier les ressources libres en refusant de reverser le code développé à partir de celles-ci (parfois qualifié de « fourche », de l'anglais « fork »<sup>63</sup>): la communauté peut ainsi réagir aux pratiques de l'éditeur en restreignant les contributions et en sevrant la fourche du bénéfice de l'écosystème libre. Ce qui est comparable aux mesures pratiques de rétorsion appliquées dans les communs naturels (étudiés par E. Ostrom).

**L'attraction du logiciel libre vers le modèle du marché.** Pour les grands succès de l'open source (comme le système d'exploitation Linux), de nombreux contributeurs sont financés par des sociétés commerciales qui encouragent leurs employés à travailler sur ces projets (on a ainsi prétendu qu'IBM serait l'un des plus gros contributeurs à l'essor du logiciel libre). Des représentants des grandes sociétés dans le domaine de technologies de l'information font parfois partie des fondations (par ex. dans le conseil d'administration de la Fondation Linux)<sup>64</sup>. Ces sociétés commerciales vont parfois racheter les grands fournisseurs professionnels de logiciel libre, qui génèrent des revenus importants à travers les services et l'accompagnement des solutions libres (installation, formation, support technique etc.). Ainsi IBM a annoncé fin 2018 le rachat de Red Hat (qui distribue notamment sa version de Linux) pour 34 milliards de dollars. En juin 2018, Microsoft a racheté la plateforme collaborative GitHub, fort utilisée par les développeurs d'open source<sup>65</sup>.

Que conclure de ces développements ? Sécuriser la liberté d'accès à des ressources par des licences ne suffit donc pas pour échapper à la logique commerciale qui peut très bien s'appuyer sur des ressources libres et des communautés de créateurs. Cet adossement au marché est critiquable dans certains cas, mais souvent indispensable si l'on veut installer des communs sur une base durable : car au-delà du travail gratuit, basé sur le dévouement et la motivation désintéressée des fondateurs du commun, comment assurer que le commun se perpétue et s'étende ? Pour exister dans le temps, les communs doivent trouver un modèle économique (même s'il n'est pas nécessairement capitaliste) et une structure de gouvernance susceptible de les pérenniser.

---

<sup>61</sup> F. PELLEGRINI et S. CANEVET, *Droit des logiciels*, op. cit., p. 415. L'interdiction de modification fondée sur le droit d'auteur est rappelée dans le préambule des licences de la Free Software Foundation : «Chacun a le droit de copier et de distribuer des copies conformes de ce document de licence, mais il n'est pas autorisé de le modifier ».

<sup>62</sup> Voir la description des conduites dans les communautés Linux (une hiérarchie volontaire) et Debian (une méritocratie technique) par S. BROCA, *Utopie du logiciel libre. Du bricolage informatique à la réinvention sociale*, Le passager clandestin, 2013, p. 80-92.

<sup>63</sup> L'Association Française des Utilisateurs de Logiciels Libres (AFUL) explique les causes et risques d'une fourche dans la communauté, qui est comparée à un divorce dans un couple (<https://aful.org/ressources/fourches-forks>, consulté le 31 juillet 2019).

<sup>64</sup> Noté par O. WEINSTEIN, *La place du travail dans les communs*, op. cit., p. 28. Il suffit du reste de consulter la liste des membres de la Fondation (<https://www.linuxfoundation.org/membership/members/>), y figurent les grandes sociétés commerciales de l'informatique.

<sup>65</sup> Cet intérêt de Microsoft pour le logiciel libre s'explique par le fait que le système d'exploitation Windows ou la suite Office (qui constituent des logiciels propriétaires rivaux de solutions libres) ne sont plus au cœur du business de la société fondée par Bill Gates, mais jouent un rôle secondaire par rapport aux services de *cloud computing* (ou informatique « dans les nuages ») proposés par Microsoft (Azure).

#### 4. Wikipédia et les licences « creative commons »

Wikipédia, 6<sup>ème</sup> site le plus visité au monde (notamment grâce à son bon référencement par Google) est l'exemple de commun numérique que l'on a spontanément à l'esprit. C'est un commun de connaissances avec près de 6 millions d'articles en anglais et plus de 16.000 contributeurs actifs en français. Loin de reposer uniquement sur la spontanéité des contributeurs (comme le réseau Twitter), il est régi par des règles strictes et une organisation bien structurée.

Wikipédia a été présentée comme « une extension des valeurs du logiciel libre »<sup>66</sup>. Le message de bienvenue de Jimmy Wales, fondateur de Wikipédia en 2000, explique qu'il s'agit d'un lieu de partage de connaissances, à l'instar d'une bibliothèque – d'où le refus d'en faire une galerie commerciale ou de placer des publicités. « Nous sommes à la fois, expliquait J. Wales en 2012 au journal *Le Monde*<sup>67</sup>, un service public et un bien commun ». Les cinq principes fondateurs de cette « encyclopédie libre que chacun peut améliorer »<sup>68</sup>, à lire les pages qui y sont consacrées, restent généraux et semblent peu contraignants : encyclopédisme visant l'exactitude (et excluant opinions, expériences ou débats), neutralité de point de vue, publication sous licence libre ouverte à tous, projet collaboratif sujet à des règles de savoir-vivre et souplesse de ses règles. Ces principes cachent en réalité une organisation poussée et des règles strictes de contrôle des contenus<sup>69</sup>, qui se distingue de l'anarchie spontanée régnant sur les grands réseaux sociaux à finalité commerciale. Respecter les « règles essentielles établies par la Fondation Wikimedia » est une condition pour pouvoir publier du contenu sur l'encyclopédie<sup>70</sup>.

Les éléments constitutifs faisant de Wikipédia un commun tiennent à l'outil technologique utilisé, à l'organisation stricte de la communauté, à la gouvernance par une Fondation et à l'usage d'une licence creative commons pour les contenus.

**La technologie structurant le commun.** Les wikis, logiciels de gestion de contenu, et notamment MediaWiki, qui est un logiciel libre spécifiquement développé pour le projet Wikipédia, permettent « la création, la modification et l'illustration collaboratives de pages à l'intérieur d'un site web »<sup>71</sup>. Ces logiciels jouent un rôle considérable pour l'organisation et la structuration des communs numériques, notamment la création collective d'une base de connaissances. C. Hess et E. Ostrom<sup>72</sup> avaient déjà souligné le rôle d'autres dispositifs technologiques pour les communs.

**L'organisation très poussée de la communauté.** Les contributeurs sont pour la plupart animés par des motivations intrinsèques (passion pour l'archivage d'informations, auto-formation, défi à relever, etc.), moins par des motivations sociales (reconnaissance, interaction) ou morales (souhait de faire avancer le savoir, de vulgarisation). Ces dernières motivations jouent toutefois pour ceux qui s'impliquent davantage dans le projet<sup>73</sup>. En effet, la communauté des contributeurs est fort bien organisée<sup>74</sup> avec des statuts d'administrateur, d'arbitre, de bureaucrate (!), de révocateur (!)... Les administrateurs qui sont des contributeurs réguliers sont élus par les « membres » de Wikipédia, c'est-à-dire toutes les personnes enregistrées, puis doivent être acceptés par les « bureaucrates », des administrateurs aux pouvoirs étendus. Les administrateurs ont par exemple accès à des outils particuliers qui leur permettent de supprimer des pages, d'en protéger d'autres, de bloquer des utilisateurs, etc. Les arbitres vont essayer de retracer les historiques d'inimitiés autour d'un contenu et de résoudre les querelles<sup>75</sup>. D'autres mesures permettent de lutter contre le « vandalisme » ou les « guerres d'édition ». « A travers l'ensemble de ces dispositifs, il apparaît que le processus d'écriture ouvert, décentralisé et collaboratif qui caractérise Wikipédia est indissociable de procédures complexes de discussion, de surveillance et de sanction »<sup>76</sup> que l'on a associées à un mode de régulation

<sup>66</sup> S. BROCA, *Utopie du logiciel libre*, op. cit., p. 92.

<sup>67</sup> F. JOIGNOT, « Wikipédia, bazar libertaire », in *Le Monde*, 14 janvier 2012, cahier culture & idées.

<sup>68</sup> Voir [https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia:Principes\\_fondateurs](https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia:Principes_fondateurs) (consulté le 3 janvier 2019).

<sup>69</sup> M. FUSTER MORELL, « The Wikimedia Foundation and the governance of wikipedia's infrastructure », in G. LOVINK et N. TKACZ, *Critical Point of View. A Wikipedia Reader*, Institute of network cultures, 2011, p. 325 et s.

<sup>70</sup> Voir la présentation faite par Wikipédia : [https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia:Accueil\\_principal](https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia:Accueil_principal) (consulté le 30 juillet 2019).

<sup>71</sup> Entrée wiki sur Wikipédia : <https://fr.wikipedia.org/wiki/Wiki> (consulté le 30 juillet 2019).

<sup>72</sup> Souligné par N. JULIEN, « Wiki » in *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 1224.

<sup>73</sup> N. JULIEN, op. cit., p. 1227.

<sup>74</sup> Le modèle du « bazar libertaire » encore véhiculé par la presse (voir l'article du journal *Le Monde* précité) ne correspond pas à la réalité. N. CARR (« Questioning Wikipedia », in G. LOVINK et N. TKACZ, *Critical Point of View. A Wikipedia Reader*, Institute of network cultures, 2011, p. 191 et s.) a notamment critiqué ce mythe de l'ouverture radicale.

<sup>75</sup> S. BROCA, *Utopie du logiciel libre*, op. cit., p. 95 et s.

<sup>76</sup> *Idem*, p. 97 qui cite D. CARDON et J. LEVREL, « La vigilance participative. Une interprétation de la gouvernance de Wikipédia », *Réseaux* 2009/2, n° 154, p. 51-89.

procédurale.

**La gouvernance entre les mains d'une Fondation.** Si Wikipédia repose sur le volontariat quant au contenu et une régulation procédurale forte en coulisse, son modèle économique s'appuie essentiellement sur des dons qui financent l'infrastructure et la diffusion (le logiciel MediaWiki, serveurs, bande passante, etc.).<sup>77</sup> C'est la Wikimedia Foundation qui gère le projet avec un budget de plus de 50 millions de dollars. Le conseil d'administration de la Fondation, composé de professionnels avec des compétences pointues en informatique ou en sciences de l'information, définit la stratégie, gère la marque, les projets, etc. comme dans d'autres organisations.

**Licence « creative commons ».** Les textes publiés sur Wikipédia sont régis par la licence Creative Commons Paternité-Partage des Conditions Initiales à l'Identique 3.0 (CC-BY-SA 3.0). Cette licence autorise chacun à créer, copier, modifier et distribuer le contenu de Wikipédia qui est présenté comme « libre ». La licence est toutefois contraignante par son effet *copyleft* qui oblige à conserver la même licence (aspect SA) pour les copies conformes et les copies modifiées de son contenu. Elle oblige aussi à « créditer les auteurs originaux » (aspect paternité ou BY), ce qui est un peu étonnant vu que beaucoup de contributions sont anonymes. Les principes fondateurs ajoutent que « « Libre » ne signifie pas que chacun peut écrire ou faire ce que bon lui semble en toute liberté. Le droit d'auteur doit être respecté »<sup>78</sup>. Wikipédia révèle donc un savant dosage de libertés et de contraintes (ouverture en principe à tout contributeur, mais système complexe de cooptation, ouverture et contraintes des outils d'édition de contenu, des licences et du respect du droit d'auteur).

**Les « communs créatifs » au-delà de Wikipédia.** Le mouvement parfois appelé « du libre » (musique libre, etc.) a indéniablement permis le développement de ressources communes, qu'il s'agisse de logiciels, de photos, de textes, de musiques, etc. aisément accessibles sur l'Internet. Ces ressources peuvent être réutilisées, en tout cas pour un usage non commercial<sup>79</sup> ; elles sont aussi faciles à identifier car elles sont facilement référencées par les moteurs de recherche<sup>80</sup>. L'ingéniosité des « creative commons » (communs créatifs) ou CC tient au développement d'outils d'identification des contenus libres, puisque le modèle des CC impose i) l'usage de licences standardisées lisibles par des juristes, ii) l'application de moyens mnémotechniques, comme CC-BY-ND (Attribution – Pas de modification) ou résumé explicatif, lisibles par les humains, et, *last but not least*, iii) l'intégration dans les fichiers d'un code lisible par les robots permettant la recherche automatisée des contenus. On retrouve dans ces composants du modèle des CC les trois pôles qui assurent un partage étendu des ressources, ou une appropriation de celles-ci.

## II. Le triangle de l'appropriation-déappropriation : des jeux complexes entre droits de propriété, contrats et dispositifs pratiques

On a vu que les nouveaux régimes, par exemple ceux des logiciels libres et des communs créatifs, s'articulent à la propriété, voire se superposent à certaines propriétés intellectuelles (le droit d'auteur) pour l'infléchir vers les communs. On peut parler de déappropriation pour se référer à un usage de la propriété (notamment intellectuelle) contre l'appropriation individuelle<sup>81</sup>. Il y a donc ambivalence des droits de propriété : ils peuvent, de manière paradoxale, être utilisés pour imposer une liberté et communauté d'usage, par exemple des logiciels (libres). Cette liberté et communauté ne sont pas données, elles doivent être organisées et préservées dans le temps, d'où le rôle des règles.

### A. Interactions entre les instruments juridiques privés de l'appropriation-déappropriation

Mais le processus de déappropriation et son envers, le processus d'appropriation, utilisent d'autres outils que la propriété. Font partie de ces autres outils tant les dispositions contractuelles que les dispositifs pratiques de contrôle permis par la technologie ou servis par un mode d'organisation concrète

<sup>77</sup> N. JULIEN, « Wikipédia » in *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p. 1227.

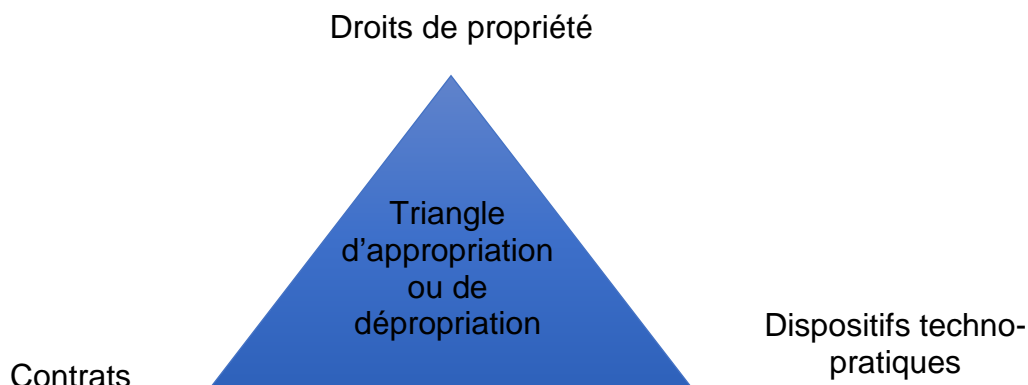
<sup>78</sup> Voir l'entrée « Wikipédia : Principes fondateurs » sur [https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikipédia:Principes\\_fondateurs](https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikipédia:Principes_fondateurs) (consulté le 30 juillet 2019).

<sup>79</sup> L'usage préféré du modèle de la licence CC-BY-NC (Attribution – Pas d'utilisation commerciale) témoigne de la réticence naturelle que nous avons à tolérer que d'autres fassent un usage commercial (et de l'argent) en réutilisant nos créations.

<sup>80</sup> Voir <https://creativecommons.org/licenses/> et <https://support.google.com/websearch/answer/29508?hl=>, consultés le 8 août 2018).

<sup>81</sup> En ce sens, F. OST, D. MISONNE et M.-S. DE CLIPPELE, « Propriété et biens communs », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 154, 2017, p. 131-172 (lorsqu'ils théorisent ces modèles alternatifs, ces auteurs utilisent d'ailleurs les termes de « transpropriation » et de « dépropriation » qui font référence au modèle propriétaire).

de l'accès. En définitive, les possibilités de s'approprier une ressource, ou d'en assurer un usage commun, reposent sur trois piliers : les droits de propriété, les contrats et les dispositifs technico-pratiques.



Pour bien saisir l'étendue du modèle propriétaire, et ses facultés négligées d'assurer la dépropriation, on ne peut donc se contenter d'étudier les droits et les règles de la propriété, il faut examiner ses interactions avec les contrats et les dispositifs technico-pratiques de réservation *de facto*.

### 1. L'appropriation-dépropriation par les contrats

Les contrats, dont les licences dites libres, sont l'outil central de constitution et de préservation des communs numériques (voir supra). Mais bien entendu, les contrats peuvent aussi servir à renforcer le contrôle sur les ressources, et c'est à cette fin qu'ils sont habituellement utilisés sur les marchés, facilitant ainsi l'extraction de valeur. Comme les droits de propriété, les contrats peuvent être utilisés pour des objectifs d'appropriation ou, à l'inverse, de dépropriation. Le jeu entre droits de propriété et contrats est complexe : souvent les contrats vont renforcer l'effet de contrôle des droits de propriété. Ainsi, des dispositions restrictives dans les contrats (dits parfois propriétaires) en matière de logiciels vont renforcer le contrôle que les droits de propriété intellectuelle sur le code (droit d'auteur) ou sur les fonctionnalités techniques (brevet) peuvent conférer à l'éditeur de logiciels. Et la protection juridique par ces droits et ces contrats est elle-même renforcée par des pratiques, la non-divulgaration des sources du logiciel et les dispositifs concrets visant à préserver leur confidentialité au sein de l'entreprise. A l'inverse, les contrats en matière de logiciels libres renforcent un exercice permissif du droit d'auteur (le *copyleft*), et s'accompagnent d'exigences en termes de mise à disposition des codes sources. Pour d'autres contenus protégeables par le droit d'auteur, les licences « creative commons », comme on l'a vu, s'appuient sur le régime du droit d'auteur, mais subvertissent son usage courant.

Parfois, il y a dissociation entre l'effet des droits de propriété et celui des contrats, en ce sens que l'un de ces mécanismes peut limiter l'effet d'appropriation réalisé par l'autre outil. Un régime de propriété, s'il est adéquatement assorti d'exceptions impératives, peut par exemple ouvrir l'accès aux ressources qui serait sinon cadenassé par contrat. C'est le paradoxe d'un droit de propriété : bien calibré, il peut libérer l'accès à une ressource en interdisant l'appropriation contractuelle.

**Paradoxe de la propriété c. l'appropriation par contrat: exemple en matière de base de données.** Ce paradoxe est tout d'abord bien illustré par une affaire *Ryanair c. PR Aviation* qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de base de données<sup>82</sup>. Il s'agissait en l'occurrence de savoir si PR Aviation, qui offrait un service de comparaison de (prix de) vols, pouvait bénéficier d'une exception au régime de protection des bases de données pour s'opposer à Ryanair qui lui reprochait de pratiquer le moissonnage (*scrapping*) des données de vols sur son site.

Le régime de protection des bases de données institué par la directive 96/9/CE crée un nouveau droit intellectuel, appelé droit sui generis, au profit du fabricant d'une base de données. En conférant un droit d'interdire l'extraction ou la réutilisation de l'intégralité ou des parties substantielles d'une base de

<sup>82</sup> C.J.U.E., 15 janvier 2015, *Ryanair c. PR Aviation*, C-30/14, ECLI:EU:C:2015:10.

données (art. 7 de la directive), ce droit renforce en principe les possibilités d'appropriation déjà offertes par le droit d'auteur. La création de ce nouveau droit intellectuel sur mesure avait été justifiée par les lacunes du droit d'auteur, qui ne peut protéger les bases de données exhaustives (sans sélection originale du contenu) ou arrangées de manière banale (avec par exemple une classification chronologique des données). Ce renforcement de la protection risque indirectement de créer un droit sur les données elles-mêmes, ce qui a fait l'objet de nombreuses critiques dans la doctrine. Le régime des bases de données impose toutefois des exceptions au profit de l'utilisateur légitime d'une base de données lesquels ne peuvent être écartées par contrat (art. 6, 8 et 15 de la directive). Ces exceptions sont prévues s'il existe une protection par le droit d'auteur ou par un droit sui generis puisqu'elles limitent ces droits. La question posée dans le cas d'espèce était de savoir si PR Aviation pouvait néanmoins invoquer cette exception en l'absence de ces droits intellectuels. La Cour de justice a répondu que la directive « n'est pas applicable à une base de données qui n'est protégée ni par le droit d'auteur ni par le droit sui generis (...), si bien que les articles 6, paragraphe 1, 8 et 15 de ladite directive ne font pas obstacle à ce que le créateur d'une telle base de données établisse des limitations contractuelles à l'utilisation de celle-ci par des tiers » (dispositif de la décision de la Cour de justice).

En d'autres termes, il n'existe pas de régime de protection de l'accès des utilisateurs légitimes aux données en dehors du régime propriétaire. Par conséquent, il n'y a pas non plus de restriction aux limitations contractuelles que Ryanair peut imposer à ceux qui souhaitent utiliser ses données de vols. Et Ryanair interdisait précisément leur réutilisation dans les conditions générales (*Terms of Use*) de son site<sup>83</sup>. Plus généralement, la liberté assurée par les exceptions impératives au régime propriétaire (ici aux droits intellectuels sur la base de données) n'existe pas en dehors de ce régime, et la liberté contractuelle (sous réserve toutefois de ses propres limitations) permet de contrôler et d'interdire ce que la propriété ne permet pas de réserver.

**Paradoxe de la propriété c. l'appropriation par contrat: exemple du *licensing* généralisé sur les objets intelligents et biens numériques.** Le paradoxe de la propriété qui peut libérer l'accès en limitant l'appropriation d'une ressource par contrat est également illustré par les tensions entre la propriété d'un acquéreur d'un objet intelligent ou d'un titulaire de biens numériques et la généralisation du *licensing* comme mode de contrôle sur ces objets intelligents et biens numériques<sup>84</sup>. Par objet intelligent relevant de l'Internet des Objets (IoT pour Internet of Things), on vise les objets qui incorporent des technologies de l'information (en particulier des logiciels) et collectent des données, tels un smartphone, une smart télévision, un thermostat intelligent ou un tracteur connecté (voire autonome). Les biens numériques couvrent les actifs purement immatériels qui sont ou non protégés par un droit intellectuel, et revêtent une valeur pour celui qui en bénéficie ou y a accès : tel est le cas d'un nom de domaine, d'un jeu en ligne, d'un Bitcoin ou d'un compte Facebook (n'intégrant pas un signe protégé comme marque). Il n'y a par exemple aucune vraie propriété sur un compte Facebook puisque les droits d'usage d'une personne qui a ouvert un tel compte sont déterminés par les conditions d'utilisation du service qui doivent être acceptées avant de l'ouvrir.

Pour les « smart things », il y a souvent des contrats sans propriété, au sens que l'acheteur de ces objets devient un preneur de licence (sur les composants logiciels intégrés à l'objet intelligent) et, souvent également, un donneur de licence (sur les données que son usage va générer et qui profitent au fabricant ou à l'opérateur en ligne pour le développement de services complémentaires ou pour des revenus publicitaires). Celui qui achète l'objet intelligent n'est plus plein propriétaire car ses droits sur l'objet sont amputés par le contrat avec le producteur<sup>85</sup>. Lorsque des conditions contractuelles restrictives sont imposés aux consommateurs par des producteurs, ce qui est le cas avec de nombreux objets intelligents, la libération des ressources peut passer par la reconnaissance de véritables « propriétés numériques »<sup>86</sup>.

Prenons l'exemple du tracteur intelligent, peut-être un nouveau terrain de la lutte pour des communs

---

<sup>83</sup> Les droits d'accès sont donc protégés dans le cadre du régime propriétaire, mais pas en son absence, ce qui est paradoxal et a été critiqué. Pour une critique quant à l'absence de protection du « domaine public », si ce n'est en creux ou en négatif de la propriété: S. DUSOLLIER, « Pour un régime positif du domaine public », *op. cit.*

<sup>84</sup>A.T. FAIRFIELD, *Owned. Property, Privacy, and the New Digital Serfdom*, *op. cit.*, p. 20: à propos du conflit entre le modèle libre de la propriété ('freedom' model of property) et le modèle féodal, cet auteur écrit : « if we do not win this war, a few companies will own large tracts of digital assets and everyone else will be a digital peasant. Licensing is the new infeudation ». Voir aussi A. STROWEL, « Le *licensing* d'actifs immatériels à la lumière de la théorie des contrats relationnels », *R.I.E.J.*, 2016, n° 76, p. 147-168.

<sup>85</sup> Lequel s'apparente à un contrat relationnel au sens de Ian R. MACNEIL (« Relational Contract : What we Do and Do Not Know », *Wisconsin Law Review*, 1985, pp. 483-525): voir A. STROWEL, « Le *licensing* d'actifs immatériels », *op. cit.*

<sup>86</sup> J. A.T. FAIRFIELD, *Owned. Property, Privacy, and the New Digital Serfdom*, *op. cit.*, p. 51-56, 71-76.



« sur les champs » parce que c'est aussi un bon exemple d'un objet gouverné par les logiciels<sup>87</sup>. Aujourd'hui, certains constructeurs revendiquent la propriété des logiciels intégrés aux tracteurs vendus pour s'opposer à leur modification, voire à leur revente ; demain, la généralisation des licences propriétaires pourrait aboutir à des revendications s'étendant aux données générées par ces machines et utiles pour les récoltes, notamment si elles sont partagées entre agriculteurs<sup>88</sup>. La revendication de propriété (par ex. d'un paysan sur les composantes immatérielles du tracteur intelligent qu'il a acquis et des données qu'il génère) et sa consécration par la loi pourrait libérer du « joug » imposé par le contrat (et par l'usage d'un dispositif technique intégré au tracteur). En Europe, c'est sans doute du côté du droit des consommateurs ou des pratiques déloyales que ce nouveau « droit de propriété » peut être configuré. Face à la force des contrats imposés par les producteurs, la consécration par le législateur de nouveaux droits de propriété permettant à l'acquéreur d'être restauré dans son contrôle de l'objet acquis impliquerait par exemple de lui reconnaître, en dépit des limitations contractuelles, un droit à revendre l'objet<sup>89</sup>, un droit à exécuter certains logiciels (par ex sur un smartphone), un droit à exclure l'intrusion à travers la collecte de données à partir de ces objets (nonobstant des dispositions contractuelles contraires), etc.

## 2. L'appropriation-déappropriation par les dispositifs technico-pratiques et l'effet des droits de propriété

Les dispositifs pratiques visant à renforcer l'appropriation prennent des formes très variées: si on s'intéresse aux domaines fonciers, les « enclosures », c'est-à-dire les actions d'enclaver un terrain à l'aide de haies, murs ou barrières, ont permis l'appropriation. Et cette enclosure des pâturages aurait, selon la vision de Garret Hardin, exposée il y a 50 ans, permis d'éviter « la tragédie des communs »<sup>90</sup>. Sur le terrain du numérique, des dispositifs logiciels, avec clé d'accès ou contrôle conditionnel, sont couramment utilisés pour contrôler l'accès, et ainsi segmenter l'offre et extraire de la valeur. Ainsi, le système de « zonage des DVD » par exemple, ne permet pas de lire les DVDs confectionnés pour une zone géographique sur des appareils de lecture prévus pour une autre zone. Les mesures techniques de protection, parfois appelées systèmes de DRM (pour « Digital Rights Management»), portent aujourd'hui moins sur des œuvres individuelles (tel ou tel film retranscrit sur un disque Blue-ray), mais incluent les dispositifs de contrôle d'accès à des services de vidéos en *streaming* comme Netflix ou Amazon Prime. Le droit d'auteur est venu renforcer cette protection technique *de facto* en instituant d'abord au niveau international, puis au niveau européen, une « protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces »<sup>91</sup>. Cette protection *de iure* instaure une troisième couche de protection, tandis que les mesures techniques offrent une seconde couche de protection s'ajoutant à la couche primaire, purement juridique, du droit de propriété intellectuelle. Cette troisième couche de protection, liée à l'application de sanctions spécifiques pour des actes spécifiques de contournement des mesures de protection, institue ce que l'on doit désigner, suivant la typologie utilisée ici, un droit de propriété nouveau (en plus du droit de propriété qu'est le droit d'auteur). La protection juridique des mesures techniques de protection du droit d'auteur, avec le jeu complexe qui s'instaure entre les deux protections juridiques (et leurs exceptions respectives<sup>92</sup>) et la protection *de facto* (par la technique), constitue une belle illustration des interactions entre les trois pôles du modèle d'appropriation qui tendent à se superposer.

Ces interactions ont été bien aperçues par Elinor Ostrom pour documenter les mises en commun de ressources naturelles. Avec Edella Schlager, la récipiendaire du prix Nobel d'économie a utilisé la

---

<sup>87</sup> L. SYDELL, « DIY Tractor Repair Runs Afoul of Copyright Law », NPR (17 août 2015) disponible sur <https://www.npr.org/sections/alltechconsidered/2015/08/17/432601480/diy-tractor-repair-runs-afoul-of-copyright-law?t=1564762598568> consulté le 31 juillet 2019.

<sup>88</sup> Voir K. WIENS, « We can't let John Deere destroy the very idea of ownership », *Wired*, 21 avril 2015, <https://www.wired.com/2015/04/dmca-ownership-john-deere/>, consulté la dernière fois le 30 octobre 2018). Voir aussi D. COYLE, « How the digital age cuts through notions of material ownership », *Financial Times*, 29 sept. 2016, <https://www.ft.com/content/d24bd5dc-83c8-11e6-a29c-6e7d9515ad15> (consulté la dernière fois le 30 octobre 2018).

<sup>89</sup> Une extension de la règle de l'épuisement des droits intellectuels et en particulier du droit d'auteur sur le software intégré à l'objet pourrait y contribuer.

<sup>90</sup> G. HARDIN, « The Tragedy of Commons », *Science*, 1968, 162 (3859), p. 1243–1248.

<sup>91</sup> Article 11 du Traité OMPI sur le droit d'auteur transposé à l'article 6 de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information.

<sup>92</sup> Voir l'article 6(4)(4) de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur qui vise à préserver les exceptions au droit d'auteur (1<sup>ère</sup> couche) en dépit de la protection juridique (3<sup>ème</sup> couche) des mesures techniques (2<sup>ème</sup> couche) qui, elles, compte tenu de leur automaticité ou caractère « non réfléchi », ne peuvent distinguer un usage illicite d'un usage autorisé au titre de la copie privée ou de la citation par exemple.

notion de « faisceau de droits de propriété » (« *bundle of property rights* ») pour caractériser les arrangements institutionnels adoptés par diverses communautés locales pour préserver des ressources rivales et difficilement excluables (par exemple dans le domaine de la pêche). Leur article commun, souvent repris dans la littérature française sur les communs<sup>93</sup>, *Property-Rights Regimes and Natural Resources : A Conceptual Analysis*, souligne que différents « faisceaux de droits de propriété » affectent les actions individuelles et le mode de gestion des ressources naturelles<sup>94</sup>. Selon E. Ostrom et E. Schlager, les *property rights* sont soit *de jure* (lorsqu'établis par un législateur), soit *de facto* (lorsque résultant de la pratique et de la coopération entre les usagers des ressources). Pour ces auteurs, les « *de facto property systems* » sont importants<sup>95</sup>. Ces « régimes propriétaires de facto » sont souvent négligés par ceux qui étudient la régulation (de la pêche par exemple), alors que ce sont ces régimes de règles *de facto* qui « réduisent sensiblement les incitants à surinvestir » pour récolter les produits naturels (de la pêche). Ces arrangements des *property rights* résultant d'un choix collectif produisent des règles effectives quant aux ressources, bien adaptées aux situations particulières. Comme « la régulation de ces régimes propriétaires *de facto* » est réalisée par les destinataires (par ex. les pêcheurs), cette internalisation des coûts de surveillance et de mise en œuvre réduit les coûts et inefficacités du système. La notion de *property rights*, considérée de manière très large par ces auteurs, inclut donc les dispositifs pratico-techniques qui assurent un contrôle de facto, éventuellement au bénéfice d'une gouvernance soutenable. Si l'on adopte cette notion (large) de *property rights*, incluant des « régimes propriétaires *de facto* », on doit conclure avec S. Broca que « de nombreux communs sont tributaires de formes juridiques propriétaires quand bien même ils délaissent la propriété privée exclusive »<sup>96</sup> (les communs de pêche analysés par E. Ostrom et E. Schlager en sont une bonne illustration).

Plutôt que d'utiliser la notion de *property rights* retenue par Elinor Ostrom, qui recouvre les divers instruments du processus d'appropriation-déappropriation, il semble préférable, dans une perspective qui tienne plus sérieusement compte du point de vue juridique, de distinguer les trois angles (voir supra) et, parmi eux, les deux outils juridiques intégrés au mécanisme général d'appropriation-déappropriation.

## B. L'appropriation-déappropriation assurée par les outils législatifs ou jurisprudentiels

Même si la construction des communs numériques par l'action publique reste en dehors du propos de cette contribution, il est clair que l'intervention du législateur peut s'avérer décisive pour leur éclosion et déploiement. Pour les communs numériques, la délimitation par le législateur des exceptions à la propriété intellectuelle est décisive, en tout cas lorsque les exceptions sont considérées comme impératives, ce qui permet d'éviter l'appropriation induite par contrat<sup>97</sup>. Illustrons cela par deux exemples de projets législatifs relatifs à l'appropriation des données<sup>98</sup>, respectivement en droit européen et français, le premier ayant abouti à une ouverture partielle de l'accès aux données, le second, plus ambitieux, ayant échoué.

### 1. Exception aux droits de propriété intellectuelle pour la « fouille de textes et données » (2016-2019)

Le débat européen sur l'étendue de l'exception pour la « fouille de textes et données » (*text and data mining* ou TDM) en droit d'auteur montre. L'opération de TDM a été définie comme « un ensemble de traitements automatisés consistant à extraire des connaissances dans un ensemble de contenus numériques, qui peuvent inclure des textes, des données, des sons, des images ou d'autres éléments,

<sup>93</sup> Voir B. CORIAT, « Communs fonciers, communs intellectuels. Comment définir un commun ? », in *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, op. cit., p. 32-36 et F. ORSI, « Revisiter la propriété pour construire les communs », in *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, op. cit., p. 58-61.

<sup>94</sup> Ces auteurs écrivent : « different bundles of property rights, whether they are de facto or de jure, affect the incentives individuals face, the types of action they take, and the outcomes they achieve » (E. SCHLAGER et E. OSTROM, « Property-Rights Regimes and Natural Resources : A Conceptual Analysis », *Lands Economics*, vol. 68, août 1992, n° 3, p. 249-262 à la p. 256, accessible sur <http://www.jstor.org/stable/3146375>, consulté le 25 octobre 2018).

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 255.

<sup>96</sup> S. BROCA, « Les communs contre la propriété ? Enjeux d'une opposition trompeuse », *Sociologies*, Dossiers. Des communs au commun : un nouvel horizon sociologique ?, § 8 ; accessible sur <http://sociologies.revues.org/5662> (consulté le 28 juillet 2019).

<sup>97</sup> Sous réserve qu'en l'absence de droits de propriété, comme examiné ci-dessus (avec l'affaire *Ryanair c. PR Aviation*), les contrats, voire les mesures techniques, peuvent contourner les limites aux droits de propriété fixées par le législateur.

<sup>98</sup> Sur les multiples voies d'appropriation des données, voir A. STROWEL, « Data and Data Appropriation in the EU », in T. APLIN (ed.), *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, Edward Elgar, 2019, à paraître.

ou une combinaison de ceux-ci. Elle permet d'analyser parallèlement de vastes quantités de données selon un critère de nouveauté ou de similarité, et ainsi de dégager des conclusions difficiles à appréhender par la simple lecture cursive »<sup>99</sup>. Ces traitements automatisés peuvent porter sur des *œuvres protégées* (par ex. si on analyse les occurrences de certains mots dans des corpus littéraires) et incluent des *reproductions*, fussent-elles temporaires et partielles, au sens du droit d'auteur<sup>100</sup>. En effet, quand l'outil de TDM exécute l'analyse, il copie tout ou partie de l'œuvre (par exemple, en assurant la conversion d'un fichier PDF vers un autre format). Ainsi, ces opérations - qui sont des étapes nécessaires du processus de TDM - relèvent en principe du droit d'auteur (ou du droit sui generis sur la base de données). Les éditeurs de monographies ou de revues considèrent donc que les recherches menées dans les corpus numérisés requièrent leur autorisation au titre du droit de reproduction. A défaut d'une délimitation adéquate de l'étendue du droit de propriété intellectuelle par les juges, ce qui résoudrait le problème<sup>101</sup>, le législateur doit prévoir une exception au droit de reproduction pour le TDM vu le risque de violation du droit d'auteur et l'insécurité qui en résulte. La directive 2019/790 du 17 avril 2019 *sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique* a introduit cette nouvelle exception<sup>102</sup> qui avait été proposée par la Commission dans sa proposition de directive datant de septembre 2016. La nouvelle exception, qui exonère les reproductions (et les extractions<sup>103</sup>) « effectuées par des organismes de recherche et des institutions du patrimoine culturel, en vue de procéder, à des fins de recherche scientifique, à une fouille de textes et de données sur des œuvres ou autres objets protégés auxquels ils ont accès de manière licite » (art. 3(1) de la directive 2019/790) va plus loin que celle, générale, existant au profit de la recherche scientifique, et, surtout, elle ne peut pas être contournée par des dispositions contractuelles qui interdiraient le TDM (art. 7(1)). L'adoption d'une exception est un mécanisme législatif classique permettant de rééquilibrer les droits de propriété et, si l'exception est impérative, de limiter l'appropriation par contrat.

Cependant, les débats législatifs entre le dépôt de la proposition de directive en septembre 2016 et avril 2019 ont fait apparaître l'étroitesse de l'exception proposée au départ par la Commission dans la mesure où l'exception obligatoire prévue pour le TDM à des fins de recherche scientifique (art. 3) ne peut pas bénéficier aux chercheurs indépendants (non affiliés à un organisme de recherche), aux journalistes (par ex. pour réaliser du fact-checking) ou aux associations de consommateurs (par ex. pour comparer des conditions générales en ligne), et qu'elle exclut les fouilles réalisées à des fins commerciales, ce qui pourrait entraver le travail de certains *data scientists* vu la limite poreuse entre recherche scientifique et commerciale. Au terme du processus législatif, le Parlement et le Conseil ont adopté une exception complémentaire, valant en dehors du contexte de la recherche (art. 4 de la directive 2019/790). Toutefois, contrairement à l'exception pour le TDM à finalité scientifique, cette dernière exception ne vaut qu'à condition que l'utilisation des éléments protégés « n'ait pas été expressément réservée par leurs titulaires de droits de manière appropriée, notamment par des procédés lisibles par machine » (art. 4(3)). Autrement dit, l'application d'un dispositif technique (par ex. la balise robot.txt d'exclusion automatique des outils de recherche en ligne sur une page web) permet en pratique de neutraliser l'ouverture des données réalisée par l'exception (a priori, une plateforme en ligne pourrait donc empêcher par un dispositif technique qu'un système automatisé de comparaison

<sup>99</sup> Conseil National du Numérique, Document sur le projet de loi pour une République numérique. La fouille de textes et de données, accessible sur [https://cnumerique.fr/wp-content/uploads/2015/11/CNNum\\_Fiche\\_TDM.pdf](https://cnumerique.fr/wp-content/uploads/2015/11/CNNum_Fiche_TDM.pdf) (consulté le 7 octobre 2017).

<sup>100</sup> Si l'on suit l'interprétation très large de la notion de « reproduction » selon la Cour de justice de l'UE : arrêt du 16 juillet 2009, C-5/08, *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*, ECLI:EU:C:2009:465.

<sup>101</sup> Cette interprétation jurisprudentielle trop extensive du droit de reproduction à l'ère de l'Internet et du numérique est critiquable et mériterait d'être revue à la lumière des finalités du droit d'auteur (pour une analyse critique de cette jurisprudence, voir A. STROWEL, *Reconstructing the Reproduction and the Communication to the Public Rights: How to Align Copyright with Its Fundamentals*, in B. HUGENHOLTZ (ed.), *Copyright Reconstructed, Rethinking Copyright's Economic Rights in a Time of Highly Dynamic Technological and Economic Change*, Wolters Kluwer, 2018, p. 203-240). A défaut d'une interprétation plus restrictive de l'étendue du droit, il faut à tout le moins prévoir une exception suffisamment large pour le TDM (et pour d'autres reproductions de nature technique).

<sup>102</sup> La directive définit la « fouille de textes et de données » comme « toute technique d'analyse automatisée visant à analyser des textes et des données sous forme numérique afin d'en dégager des informations ce qui comprend, à titre non exhaustif, des constantes, des tendances et des corrélations » (art. 2(2) de la directive 2019/790). Le considérant 8 de la directive précise : « Cette fouille de textes et de données rend possible le traitement de grandes quantités d'informations en vue d'acquérir de nouvelles connaissances et de découvrir de nouvelles tendances. Les technologies de fouille de textes et de données sont très répandues dans l'ensemble de l'économie numérique; toutefois, il est largement reconnu que la fouille de textes et de données peut être en particulier profitable à la communauté des chercheurs, et ainsi soutenir l'innovation. Ces technologies bénéficient aux universités et à d'autres organismes de recherche, de même qu'aux institutions du patrimoine culturel, étant donné qu'elles pourraient également effectuer des recherches dans le cadre de leurs activités principales. Cependant, dans l'Union, ces organismes et institutions sont confrontés à une insécurité juridique, ne sachant pas dans quelle mesure il leur est possible d'effectuer une fouille de textes et de données sur des contenus ».

<sup>103</sup> Sont donc visées certaines « reproductions » au sens du droit d'auteur ainsi que certaines « extractions » couvertes par le droit dit sui generis au profit du producteur de bases de données (au sens de l'article 7 de la directive 96/9/CE *sur la protection juridique des bases de données*). Ce sont donc deux droits de propriété (le droit d'auteur et le droit sui generis sur les bases de données) qui sont affectés par ce réajustement des limites.

des conditions générales soit mis en place par des consommateurs). En ce qui concerne le TDM non scientifique, les facultés d'appropriation sont d'autant plus préservées que des dispositions contractuelles peuvent par ailleurs interdire le TDM ou l'assujettir à des conditions restrictives<sup>104</sup>. Même si la directive impose une ouverture du droit d'auteur, la délimitation du pouvoir de contrôler la fouille de textes et données et donc de s'approprier ces ressources numérisées reste imparfaite et sujette à critiques, notamment par rapport à la mise en place de procédés de divulgation automatisée et intelligente (les « smart disclosure systems »<sup>105</sup>) en faveur des consommateurs<sup>106</sup>.

## 2. Rejet en France du « domaine commun informationnel » (2014-2016)

Un autre débat législatif, celui mené en France, autour de la création du « domaine commun informationnel », mérite d'être relaté, c'est l'histoire d'un « échec législatif » des communs pour reprendre l'expression de Lionel Maurel qui cherche à en tirer des enseignements<sup>107</sup>. Cette histoire commence avec un rapport paru en 2013 de la mission dite Lescure, chargée de faire des propositions pour réformer le droit d'auteur. Est ainsi suggérée une mesure n° 74 afin de « renforcer la protection du domaine public dans l'univers numérique : établir dans le Code de la propriété intellectuelle une définition positive du domaine public »<sup>108</sup>. Ce « domaine public », notion qui est reconnue par la doctrine et la jurisprudence (pas par le législateur), se définit en effet négativement, en creux du droit d'auteur : relève de ce domaine, ce qui n'est plus ou pas protégé par la propriété littéraire ou artistique. Par des dispositions contractuelles ou des dispositifs pratiques, on peut toutefois potentiellement s'approprier ce qui n'est pas dans l'orbite d'un droit de propriété (comme rappelé avec l'affaire *Ryanair c. PR Aviation* ; voir supra). Ces éléments du domaine public restent donc sujets à divers modes d'appropriation et à l'extension des propriétés intellectuelles par des stratégies diverses (telles qu'une nouvelle traduction d'une œuvre du domaine public<sup>109</sup>). Sollicité par le gouvernement français, un groupe de juristes et d'associations a alors proposé une nouvelle notion, inconnue en droit, celle de « domaine commun informationnel » qui visait à déterminer un régime commun pour les œuvres au terme de la protection, ainsi que pour les faits, idées ou informations qui demeurent en principe en dehors du droit d'auteur et pour les données publiques. Il en résultera la proposition d'un article 8 qui était libellé comme suit :

### « Définition du domaine commun informationnel

Relèvent du domaine commun informationnel :

1° Les informations, faits, idées, principes, méthodes, découvertes, données, dès lors qu'ils ont fait l'objet d'une divulgation publique dans le respect des lois et règlements en vigueur et qu'ils ne sont pas protégés par un droit spécifique ;

2° Les objets protégés par un droit de propriété intellectuelle, ou par un autre droit exclusif, dont la durée de protection légale a expiré ;

3° Les informations issues des documents administratifs diffusés publiquement [...]

Les choses qui composent le domaine commun informationnel sont des choses communes au sens de l'article 714 du Code civil. Elles ne peuvent, en tant que telles, faire l'objet d'une exclusivité, ni d'une restriction de l'usage commun à tous.

Les associations ayant pour objet la défense des choses communes ont qualité pour agir aux fins de faire cesser toute atteinte au domaine commun informationnel et pour engager une action en responsabilité. »

<sup>104</sup> En effet, l'exception pour TDM de l'article 4, contrairement à celle de l'article 3, peut être écartée par une disposition contractuelle contraire (voir art. 7(1)).

<sup>105</sup> La divulgation intelligente désigne « the timely release of complex information and data in standardised, machine readable formats in ways that enable consumers to make informed decisions » (C. SUNSTEIN, « Informing consumers through smart disclosure », <https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/2012/03/30/informing-consumers-through-smart-disclosure>, consulté le 28 juillet 2019).

<sup>106</sup> Voir R. DUCATO et A. STROWEL, « Limitations to Text and Data Mining and Consumer Empowerment: Making the Case for a Right to "Machine Legibility" », *IIC*, 2019, Volume 50/6, p. 649-684.

<sup>107</sup> L. MAUREL, « La reconnaissance du « domaine commun informationnel » : tirer les enseignements d'un échec législatif », in N. ALIX, J.-L. BANCEL, B. CORIAT et F. SULTAN, *Vers une république des biens communs?*, op. cit., p. 133-141.

<sup>108</sup> Mission « Acte II de l'exception culturelle » : contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique, Rapport pour la Présidence de la République et le Ministère de la culture et de la communication, mai 2013, p. 478, disponible sur <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/134000278/index.shtml> (consulté le 30 juillet 2019).

<sup>109</sup> Sur les stratégies temporelles en matière de propriété intellectuelle, qui visent tantôt à prolonger les droits, tantôt à jouer avec l'écoulement du temps (pour une appropriation des personnages du folklore par ex.), voir I. RANDRIANIRINA, « Les stratégies temporelles en droit de la propriété intellectuelle », in A. QUIQUEREZ (sous la coord.), *Stratégies internationales et propriété intellectuelle*, Larcier, 2019, p. 39-59.

Le choix avait été fait de repartir de l'article 714 du Code civil et de la notion de « choses communes »<sup>110</sup> qui renvoie aux choses matérielles naturellement partagées, comme l'air ou la lumière. C'était sans doute un mauvais départ car l'idée de *res communes* repose sur une vision « naturalisante » tendant à occulter que « les communs sont des ressources volontairement instituées par une communauté pour faire l'objet d'un usage partagé »<sup>111</sup>. Même si les biens numériques semblent, par leur relative abondance, proches des traditionnelles *res communes*, l'idée de la naturalité de leur partage masque les multiples décisions et dispositifs qui l'assurent. La disposition proposée ajoutait un élément décisif par rapport à l'approche de l'article 714 : la consécration d'un droit à agir pour les associations capables de représenter l'intérêt des choses communes, ce qui revenait à ajouter un élément de gouvernance du commun décrété par la loi. Lors du processus législatif, le texte sera d'abord amendé d'une façon qui annihile l'effet de dépropriation législative puisque la seconde version de ce texte inséré dans la « loi pour une République numérique » précisait que les éléments repris à l'alinéa 1<sup>er</sup> (les informations, idées, etc.) n'appartiennent au domaine commun que s'ils « ne sont pas protégés par un droit spécifique, *tel qu'un droit de propriété ou une obligation contractuelle ou extracontractuelle* », ce qui d'un côté était tautologique, et, de l'autre, ouvrait la voie à l'appropriation par contrat. Suite aux réactions, notamment des sociétés de gestion collective des droits d'auteur, la disposition sera finalement retirée du texte avant le débat au Parlement.

Le débat français révèle la nécessité d'avancer par petits pas, car le concept de commun informationnel n'est pas encore mûr ni bien délimité. Ouvrir une brèche radicale dans le dispositif juridique risque de remettre en cause certaines pratiques économiques légitimes et d'exacerber des rapports de force. Des mesures plus ponctuelles et concrètes, à l'instar de ce que le Conseil national du numérique avait préconisé en 2014 pour soutenir les logiciels libres, l'ouverture des données publiques (Open Data) ou le libre accès aux données scientifiques (Open Access)<sup>112</sup>, sont susceptibles de davantage faire bouger les pratiques (et la loi pour une République numérique promulguée le 7 octobre 2016 en retiendra certaines).

## Conclusions

### Ambivalence des droits de propriété et des contrats : entre appropriation et dépropriation.

S'interroger sur les ressorts des communs numériques (appelé parfois le « communisme immatériel »<sup>113</sup>) oblige à repenser le rôle du droit, en particulier des droits de propriété intellectuelle et des contrats. Si les communs semblent s'opposer au modèle propriétaire, certains défenseurs et acteurs des communs ont aperçu l'ambivalence des droits de propriété. M. Bauwens oppose par exemple « la propriété intellectuelle fermée » au modèle concurrent « qui s'appuie sur la propriété intellectuelle ouverte et les contributions libres »<sup>114</sup>. L'usage ouvert d'une ressource numérique repose d'abord sur un système de droits et obligations: les logiciels libres, Wikipédia et les « communs créatifs » existent grâce à des usages et pratiques qui sont largement déterminés par les droits intellectuels et les dispositions contractuelles relatifs à ces droits. En outre, des dispositifs concrets (comme la mise à disposition en ligne du code ou la facilité de recherche d'un contenu faisant partie du commun créatif) facilitent l'usage partagé de la ressource numérique. L'article a présenté les trois instruments principaux de la dépropriation, qui se réalise à travers un usage à rebours des modes habituels d'appropriation des ressources. Cette lecture du « libre » réhabilite pour partie les instruments juridiques de la propriété et de la maîtrise, puisqu'ils offrent la matrice pour mettre en place et en marche des communs<sup>115</sup>.

---

<sup>110</sup> Cet article commun aux Codes civils français et belge énonce que : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir. »

<sup>111</sup> L. MAUREL, *op. cit.*, p. 137.

<sup>112</sup> CNum, *Ambition numérique. Pour une politique française et européenne de la transition numérique*, Rapport remis au Premier Ministre, juin 2015, disponible sur <https://cnumnumerique.fr/files/2017-10/CNNum--rapport-ambition-numerique.pdf> (consulté le 30 juillet 2019). Ces propositions de mesures ont été rappelées par L. MAUREL, *op. cit.*, p. 136.

<sup>113</sup> M. BAUWENS, *Sauver le monde*, *op. cit.*, p. 38 (ce penseur essaie de dénouer les liens entre ce « communisme immatériel » et le capitalisme matériel).

<sup>114</sup> *Idem*, p. 36.

<sup>115</sup> Comme souligné par Sébastien Broca, cette ambiguïté, trop souvent délaissée dans la réflexion sur les communs, se retrouve par exemple dans le discours des mouvements sociaux se réclamant des communs. Ainsi, des militants en faveur de la ZAD (Zone à défendre) de Notre-Dame des Landes en France évoquent la création de « communaux » qui sont présentés comme une forme de « propriété collective » (ZAD de Notre-Dame des Landes, « De la ZAD aux communaux », Lundi matin, n° 25, <https://lundi.am/De-la-ZAD-aux-Communaux-Partie-I>) (cité par S. BROCA, « Les communs contre la propriété ? Enjeux d'une opposition trompeuse », *op. cit.*, § 4). On pourrait sans doute multiplier les exemples où revendications de communs et désirs de réappropriation se mêlent, l'organisation et la répartition de la maîtrise entre les membres de la communauté faisant toute la différence.

**Au-delà : les modes de gouvernance.** Si un commun suppose une ressource partagée et un système de droits et obligations, il se définit aussi par une gouvernance collective qui pérennise le commun. Ellinor Ostrom et son équipe de chercheurs ont bien aperçu que des droits de propriété<sup>116</sup>, notamment le droit d'exclure, sont nécessaires pour une bonne gouvernance des communs<sup>117</sup>. Ils ne sont pas suffisants pour autant car il faut encore déterminer les cadres de l'action collective des producteurs du commun, ces cadres étant adossés à des structures juridiques diverses (par ex. des associations, fondations, sociétés coopératives ou commerciales)<sup>118</sup>. Le volet gouvernance qui a une composante juridique lui aussi n'a pas été étudié ici, même si on l'a effleuré en complément à l'analyse des logiciels libres, de Wikipédia et des communs créatifs. La difficulté principale de ces modes qui tient à la « titularité (ou communauté) diffuse » des prérogatives<sup>119</sup> n'a pas été abordée. C'est un complément essentiel toutefois pour la construction des communs numériques.

**Les communs numériques entre mesures publiques et mécanismes de droit privé.** Les délimitations des droits de propriété par le législateur peuvent contribuer à faciliter l'accès aux ressources numériques, comme on l'a vu avec l'exception pour la fouille de textes et données. Ces exceptions sont toujours à remettre sur le métier, et si le législateur ne les ajuste pas, c'est à la jurisprudence de le faire. En dehors des mesures publiques, en ce compris les décisions judiciaires, la malléabilité des outils juridiques de droit privé (droits de propriété et contrats) détermine le processus relatif d'appropriation ou de dépropriation et permet (ou non) l'essor des communs. Cette flexibilité est sans doute trop rarement exploitée pour assurer le développement harmonieux des communs numériques. Mais elle est inscrite dans le système de droit privé en place<sup>120</sup>. Les communs ne sont pas *contre* la propriété, c'est plutôt de la propriété revue et corrigée<sup>121</sup>.

---

<sup>116</sup> E. Ostrom n'avait pas de réticence, on l'a vu, à utiliser le terme de « *property rights* » pour désigner la distribution des points de contrôle sur des ressources naturelles partagées, intégrant donc le mode propriétaire dans l'organisation des communs.

<sup>117</sup> B. PRANSACK, « Logged out : Ownership, exclusion and public value in the digital data and information commons », in *Big Data & Society*, janvier-juin 2019, p. 1-15, à la page 3 et note 11.

<sup>118</sup> S. BROCA et F. MOREAU, « Quels *business models* pour pérenniser les communs numériques ? », in N. ALIX, J.-L. BANCEL, B. CORIAT et F. SULTAN, *Vers une république des biens communs?*, *op. cit.*, p. 156-157.

<sup>119</sup> Souligné par J. ROCHFELD, « Penser autrement la propriété. La propriété s'oppose-t-elle aux "communs" ? », *Revue internationale de droit économique*, vol. XXVIII, 2014/3, p. 357 et 361. Cette forme de titularité diffuse est « propre aux biens communs » selon P. DARDOT (« Les limites du juridique », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 16, 2016, § 11, <https://traces.revues.org/6642>, consulté la dernière fois le 30 octobre 2018).

<sup>120</sup> Ce paradoxe (la propriété commune ou le propre comme commun) se retrouve dans l'oxymore *Omnia sunt @ommunia* que j'ai utilisé pour titrer un autre article consacré aux communs : A. STROWEL, « *Omnia sunt @ommunia : des opera au Big Data* », *R.I.E.J.*, 2019, n° 81, p. 177-209.

<sup>121</sup> En ce sens, le(s) commun(s) ne peuvent être pensés comme *l'autre* de la propriété (S. BROCA, *op. cit.*, § 2 *in fine*). Voir aussi : J. ROCHFELD, « Penser autrement la propriété. La propriété s'oppose-t-elle aux "communs" ? », *op. cit.*, p. 365 et s. B. Coriat a pu résumer le fil directeur de son ouvrage précité : « montrer comment le propre des communs est qu'ils sont construits non pas sur la négation du droit de propriété, mais au contraire sur d'autres définitions de la notion de propriété qui, rompant avec la conception exclusiviste de la propriété héritée du droit bourgeois, rendent possibles et effectives la propriété partagée et au-delà encore, dans certains cas, l'existence d'une propriété "communale" » (B. CORIAT, « Introduction. Propriété, exclusivité et communs : le temps des dépassements », in *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, *op. cit.*, p. 28).