

**A QUI PROFITE LE CLIC ?  
LE PARTAGE DE LA VALEUR  
SUR INTERNET ?**

**JUDITH ROCHFELD &  
VALÉRIE LAURE BENABOU**

# QU'ALLONS NOUS TRAITER ?

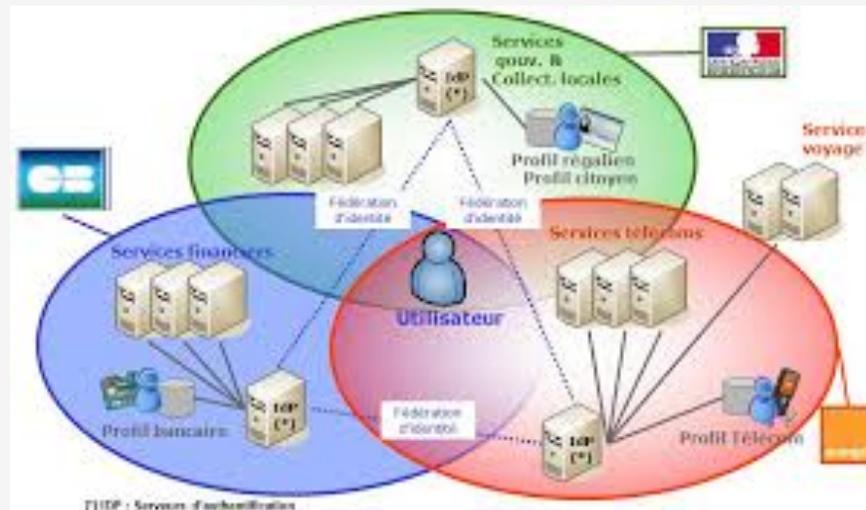
- **I. Saisir le phénomène : qualifier juridiquement les situations**
- **II. Proposer un traitement : quel régime juridique ?**



# I. QUALIFIER : NOMMER LES CONCEPTS ET LES DÉFINIR JURIDIQUEMENT

- Plateformes
- Contenus numériques
- Propriété
- « Utilisateur »

# 1. PLATEFORMES



# PLATEFORMES

- Saisir la re-verticalisation et la concentration
- Apparition de la notion dans les années 2010, aux côtés de celles d'hébergeurs ou de fournisseurs d'accès (Dir. 2000 – « Commerce électronique »)
  - Moteurs de recherche : algorithme de classement
  - Financement participatif
  - Agrégateurs de contenus....
- Difficulté de saisir la nature de l'intervention (très variable) = mise en relation de personnes et de contenus

# PLATEFORMES

- Flou de la notion quand il s'agit de fixer des critères de qualification : notion informelle
- Consultation de la Commission européenne fin décembre 2015 : tentative d'une définition économique par le rôle de marché et de création de valeur – marchés multi-faces
- On entend par « plateforme en ligne »
  - ❖ une entreprise
  - ❖ active sur des marchés bifaces ou multifaces
  - ❖ qui utilise internet pour permettre des interactions entre deux groupes distincts mais interdépendants d'utilisateurs
  - ❖ de façon à créer de la valeur pour au moins un des groupes

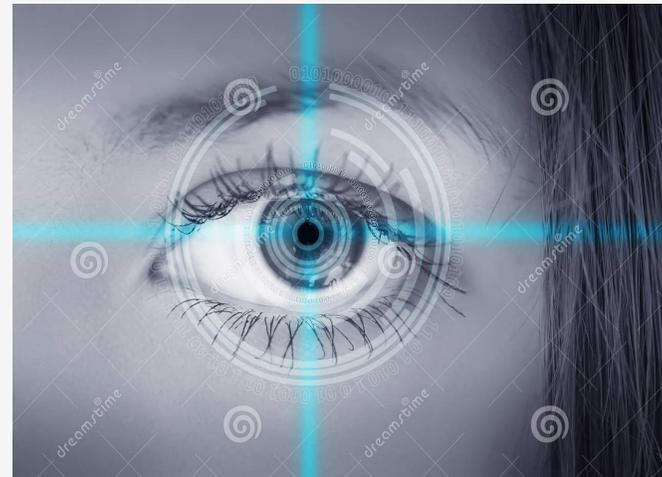
# PLATEFORMES

- Art. 22, Loi pour une « République numérique » (telle que transmise au Sénat 26 janvier 2016 – en discussion)
- Est qualifié d'opérateur de plateforme en ligne, **toute personne physique ou morale** proposant, à **titre professionnel, de manière rémunérée ou non**, un service de communication en ligne reposant sur :
  - 1° Le **classement ou le référencement**, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers
  - 2° Ou **la mise en relation** de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service

# PLATEFORMES

- Tentatives multiples de définitions
  - Par le modèle économique
  - Par le type d'activité
  - Par la solution technique
  - Par la nature de la mise en relation
- Enjeux de la qualification :
  - Les obligations (la « loyauté », la « neutralité »)
  - La responsabilité (en miroir et en articulation délicate avec la responsabilité allégée des « intermédiaires techniques »)

# 2. CONTENUS NUMÉRIQUES



# CONTENUS NUMÉRIQUES

- Concept émergent : difficultés multiples de qualification
  - Rapport du Conseil d'Etat, Numérique et Droits fondamentaux, 2014
  - Directives sur le droit de la consommation (2011 et 2015)
  - Nouvelle catégorie marquant le passage de la propriété à l'accès ? : vente de biens / prestations de services / « fourniture de contenus numériques »
  - Catégorisation difficile : discussion sur le taux de TVA du livre numérique
  - Quelle place par rapport à la notion d'information, de donnée, d'œuvre ?

# CONTENUS NUMÉRIQUES

- Les facteurs de flou du concept :
  - Contenu ? Contenant ?
  - Articulation avec la notion de fichier
  - « Bien » non rival
  - Transfert par multiplication
- Les tentatives des nouveaux textes
  - Proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, 9 déc. 2015 (COM(2015) 634 final)
  - Proposition de règlement sur la portabilité des contenus numériques du 9 décembre 2015



# 3. PROPRIÉTÉ

- Concept traditionnel de propriété
- Article 544 du Code civil et droit naturel (articles 2 et 17 de la DDHC)
  - Autarcie matérielle, prolongement sur les choses de la liberté individuelle
  - Usus, fructus, abusus : propriété et pouvoir absolu
  - Propriété et exclusivisme
  - Droit de se clore
  - Propriété et monde des choses :  
adaptation aux « biens » tangibles et à la maîtrise matérielle





# PROPRIÉTÉ

- Disruptions contemporaines : la difficulté de saisir les « intangibles »
  - La propriété n'est pas toujours légitime (information et nom de domaine)
  - La propriété n'est pas toujours efficace ou respectée (droit d'auteur)
  - La propriété est parfois dénaturée (données personnelles et remise en cause de l'opposition personne/choses)
  - La propriété est conçue comme trop individuelle (contenus générés par la foule/biens conçus comme « communs » )

# PROPRIÉTÉ ILLÉGITIME : EXEMPLES

- Jurisprudence sur le « vol » d'information : la décision Bluetouff



- La propriété légitimée par le contrat (raisonnement à l'envers : l'exclusivité créée par un contrat induit la reconnaissance de la propriété)
- Apparence de contrôle sur certains objets (de propriété), mais en réalité précarité : ex. noms de domaine

# PROPRIETE INEFFICACE : LE DROIT D'AUTEUR

- Non-respect des droits
  - Facilité de la duplication : absence de coût de copie par le facteur numérique
  - Esprit et technique de partage : P2P
  - Spéculation des nouveaux opérateurs aspirant massivement des « contenus »
- Echec partiel des solutions de substitution
  - Mesures techniques de protection *versus* libertés d'usage (de création, d'expression; etc.)
  - Mécanisme de la riposte graduée : coûts de transaction élevés et faible efficacité

# PROPRIETE DÉNATURÉE : LES DONNÉES PERSONNELLES

- Le brouillage de la distinction personne/choses
- Le rejet des thèses propriétaires : en raison de la nature des données et de l'efficacité
  - La « propriété » de l'utilisateur
  - La « propriété » de l'opérateur
  - La propriété intellectuelle de l'utilisateur
  - La donnée, bien commun
- La donnée comme *Digital Labor*
- La donnée comme élément de personnalité (parallèle avec les logiques relatives aux produits et éléments du corps humain) et leur respect comme droit fondamental

# PROPRIETE TROP « INDIVIDUALISTE »

- Les biens conçus comme communs ou à usage partagé (Logiciel libre ; financement participatif, ex. : RIFT d'Oculus)
- Les « réappropriations » collectives : contenus « générés par les utilisateurs » par mash up, remix, etc.
- Le Big data et la valeur de la mise en relation des données les unes au regard des autres
- La nécessaire évolution vers un modèle de la propriété « inclusive » : propriété utilisée pour fonder la mise en commun

# 4. « UTILISATEUR »/COMMUNAUTÉ

Utilisateur	Communauté
<p>Sujet indéterminé</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- Conditions générales « d'utilisation » / contenus générés par des utilisateurs (UGC)</li><li>- Consommateur ?</li><li>- Créateur ?</li><li>- Travailleur ?</li></ul>	<p>Sujet indéterminé</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- Forme juridique instable</li><li>- Association ?</li><li>- Société ?</li><li>- Groupement innommé ?</li></ul>
<p>Sujet isolé</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- Cocontractant d'un contrat d'adhésion</li><li>- Individu « mondialisé »</li></ul>	<p>Sujet collectif</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- Modes de gouvernance par le contrat (licence)</li><li>- Communauté transnationale</li></ul>

# II. SOLUTIONS : LES RÉGIMES POSSIBLES ?

- **Les tentatives de solutions pour le contrôle de la valeur : les expériences du droit d'auteur**
  - La réponse technique : les mesures techniques de protection, le filtrage, les identifications, HADOPI...
  - Les structures collectives : Sociétés de gestion collective, syndicats, accords collectifs étendus, collectivisation des droits à rémunération (copie privée)
  - Les mécanismes contractuels bornés par l'ordre public : L. 131-3 CPI...
  - Le contrôle de la destination par le droit moral et le droit des contrats

# II. SOLUTIONS : LES RÉGIMES POSSIBLES ?

- **Les tentatives de solutions pour le contrôle de la valeur : les expériences du droit d'auteur appliquées au données personnelles**
  - La réponse technique : *privacy by design*
  - Les structures collectives : action de groupe
  - Les mécanismes contractuels et l'ordre public : le droit de la consommation et le droit de la concurrence (clauses abusives, abus de position dominante)
  - Le contrôle de la destination par l'autodétermination informationnelle

# TIRER LES LEÇONS DE L'EXPÉRIENCE

## Les limites des solutions expérimentées :

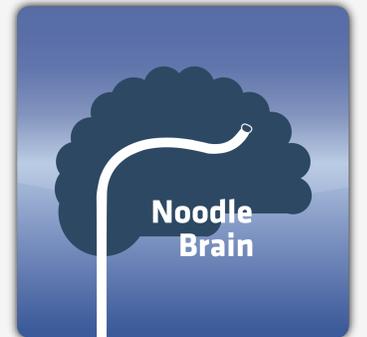
- **Limites de la réponse technique** : précarité et opacité du contrôle ; course en avant des hackers ; coûts ; manque de transparence
- **Limites de la réponse propriétaire** : difficulté à saisir les biens rivaux
- **Limites de la réponse collective** : problème de la représentativité et de la redistribution
- **Limites du consentement** : déséquilibre des forces en présence et absence de prévisibilité
- **Limites de l'instrument contractuel** : la relation est-elle nouée ? Gratuité ? Commercialité ?
- **Limites de l'ordre public** : problème de souveraineté / délocalisation des serveurs, des centres de décision / résistance des autorités de contrôle (tension innovation/protection)
- **Limites du contrôle « éthique »** : résistances culturelles / revendications relatives à la liberté d'expression

# POSER DES PRINCIPES D'ÉQUILIBRE

## 1. OBLIGATION DE TRANSPARENCE

OBLIGATION D'INFORMATION DES INDIVIDUS SUR LE TRAITEMENT DE L'INFORMATION DONT ILS SONT LA CAUSE OU QU'ILS ONT PRODUITE

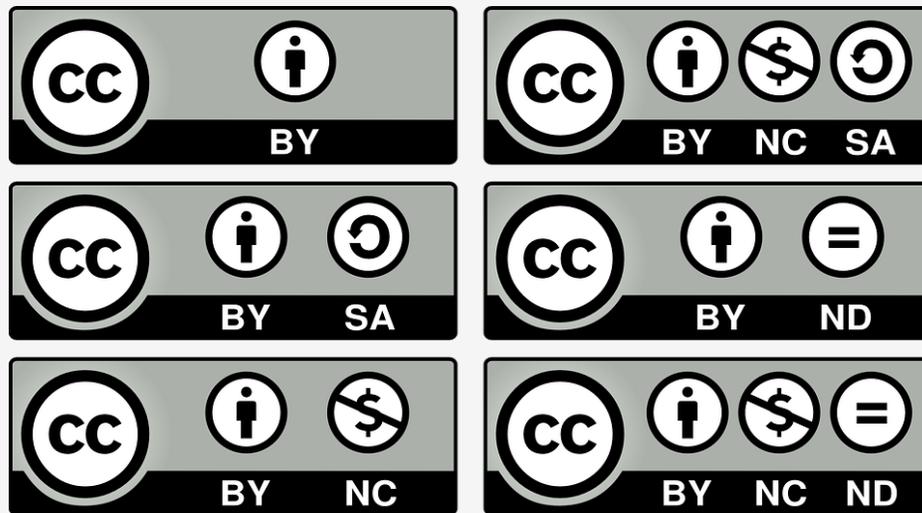
- Discussions sur la notion de loyauté et son efficacité (transparence ? neutralité ?)
- Principe de « loyauté des plateformes » (en discussion)
- Principe de « loyauté des traitements » de données personnelles (existant)
- Principe de « loyauté des algorithmes » (*versus* secret des affaires) (insuffisant)



# POSER DES PRINCIPES D'ÉQUILIBRE

## 1. OBLIGATION DE TRANSPARENCE

- Clarification des termes de l'engagement contractuel par des techniques de standardisation : *privacy icons* sur le modèle des symboles des *Creative Commons* (attention à la réalité de la simplification !!!)
- Instaurer des normes, **labels opposables (théorie de l'apparence)**



# POSER DES PRINCIPES D'ÉQUILIBRE

## 1. OBLIGATION DE TRANSPARENCE

- Obligation positive de « reporting » : compte personnel de suivi
- Interdiction de subordonner l'accès à un service à une obligation de livrer des informations
- Imposer des alternatives ?
- Imposer la fourniture de services anonymes / « neutres » ?

# POSER DES PRINCIPES D'ÉQUILIBRE

## 2. CAPACITATION-EMPOWERMENT

CAPACITATION TECHNIQUE : INSTAURER UN PRINCIPE DE HIÉRARCHIE ENTRE « CONTRÔLE TECHNIQUE LÉGITIME » ET SIMPLE POUVOIR DE CONTRÔLE

**THE ANSWER TO THE MACHINE IS HUMAN !**

- Donner les moyens aux utilisateurs d'une mise en œuvre effective des droits
- Recours à la technique comme soutien au droit et non l'inverse !



# POSER DES PRINCIPES D'ÉQUILIBRE

## 2. CAPACITATION-EMPOWERMENT

- Régulation des solutions techniques
- Obligation de **portabilité** : « mobilité » des contenus pour éviter la captation et permettre les migrations (consécration pour les données personnelles)
- Obligation **d'interopérabilité** : obligation de dialogue entre les solutions techniques concurrentes (consécration pour les contenus numériques)
- Obligation de **neutralité** : interdiction de discrimination des individus par le recours à des techniques « dégradées »

# POSER DES PRINCIPES D'ÉQUILIBRE

## 2. CAPACITATION – EMPOWERMENT

### CAPACITATION JURIDIQUE : CONTRÔLE JURIDIQUE DE L'AFFECTATION

**Droit d'autoriser la mise en circulation de l'information / donnée/ contenu relié à l'individu**

Droit à géométrie variable selon la nature du lien :

- Caractère détachable ou non / originalité / données à caractère sensible
- Raisonner selon des cercles concentriques
- Passer de la propriété privative à la propriété ampliative

# POSER DES PRINCIPES D'ÉQUILIBRE

## 2. CAPACITATION – EMPOWERMENT

### Autodétermination informationnelle continue

- Le consentement inaugural n'est pas suffisant : **réaffirmation périodique du consentement inaugural**
- **Droit à « l'oubli »** / Capacité effective de retrait
- Systématisation des cadres du contrôle par la standardisation des conditions d'utilisation (exemple des licences libres)
- Surveillance de la communauté / des organes de représentation

# POSER DES PRINCIPES D'ÉQUILIBRE

## 2. CAPACITATION – EMPOWERMENT

Contrôle juridique de l'affectation

- |                                         | Gratuité                                                                              | Exploitation rémunérée                                                                    |
|-----------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|
| Perte de contrôle (volontaire ou forcé) | Domaine public consenti/<br>Don<br>Open data<br>Opt out                               | Open data / Open Access<br>Epuisement des droits<br>(première exploitation est contrôlée) |
| Contrôle                                | Contrat individuel à titre gratuit<br>Licences libres administrées par une communauté | Contrat individuel à titre onéreux<br>Licences libres NC                                  |

# **POSER DES PRINCIPES D'ÉQUILIBRE**

## **2. CAPACITATION – EMPOWERMENT**

- Collectivisation éventuelle des « bénéfices » monétaires ou symboliques
- Définition des clés de répartition
- Recours possible à l'impôt (voir la proposition Colin et Collin)

# POSER DES PRINCIPES D'ÉQUILIBRE

## 3. REPRÉSENTATIONS COLLECTIVES

- Représentation collective : quels acteurs ?
  - Quels syndicats pour les travailleurs cognitifs ?
  - Unions de consommateurs / Sociétés de gestion collective
  - Fondations – Association – Société civile
- Négociation collective : Quels instruments de négociation ?
  - Instruments de standardisation des conditions générales d'utilisation
  - Accords collectifs étendus ?
- Défense collective :
  - Montée des actions de groupe (Loi pour une République numérique)
  - Boycotts