



HAL
open science

Regard sur le droit et les communs : un droit pair-à-pair

Melanie Dulong de Rosnay

► To cite this version:

Melanie Dulong de Rosnay. Regard sur le droit et les communs : un droit pair-à-pair. Danièle Bourcier; Jacques Chevallier; Gilles Hériard Dubreuil; Sylvain Lavelle; Emmanuel Picavet. *Dynamiques du Commun. État, Marché et Société*, 5, Editions de la Sorbonne, pp. 247-256, 2021, *Philosophies pratiques*, 979-10-351-0605-8. halshs-03130293

HAL Id: halshs-03130293

<https://shs.hal.science/halshs-03130293>

Submitted on 3 Feb 2021

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

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

Copyright

PHILOSOPHIES PRATIQUES

– # –

Collection dirigée par Isabelle Aubert, Katia Genel
et Marie Garrau

Dynamiques du Commun

Entre État, marché et sociétés

sous la direction de Danièle Bourcier, Jacques Chevallier,
Gilles Hériard Dubreuil, Sylvain Lavelle,
Emmanuel Picavet

ÉDITIONS DE LA SORBONNE
2021

Regard sur le droit et les communs

Un droit pair-à-pair

Mélanie Dulong de Rosnay / CNRS, UPR Centre internet et société

Introduction

Dans ce chapitre¹, je propose d'insuffler les caractéristiques de conception des réseaux pair-à-pair, ou distribués, au droit. Cette expérience étudie la façon dont la propriété, une institution juridique fondamentale attachée à des personnes individuelles, réagit et peut être transformée, tel un élément chimique, si on la distribue. Cette approche empirique et évolutive participe à un phénomène de hacking du droit et le considère en tant que système de régulation.

Le pair-à-pair fait référence non seulement à une infrastructure technique de réseaux, mais aussi à un modèle d'économie politique pour le développement durable de connaissances, de biens et de services, et un ensemble de valeurs alternatives dans la société. Le terme « pair » est utilisé à la fois au sens technique (en tant que nœud dans une infrastructure pair-à-pair) et au sens social (personne hébergeant un nœud, utilisant une application pair-à-pair, contribuant à une production décentralisée²).

À travers une analyse de la théorie de la distribution, j'étudie l'effet de l'application d'un principe de conception ou de design technologique aux institutions juridiques libérales et en particulier à la propriété. En ce sens, au-delà de l'utilisation de la technologie comme outil du droit avec des pouvoirs de régulation³, je propose d'utiliser la technologie comme outil d'exploration et de modélisation du droit.

Dans une première partie, j'explore les rapports entre droit et technologie, en prenant pour exemple les difficultés de régulation des

1 Ce chapitre reprend des portions d'un article en anglais par l'auteure. Pour plus de références, voir Mélanie Dulong de Rosnay, « Peer to party: Occupy the law », *First Monday*, 21/12, 2016, <http://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/view/7117/5658>. Cette recherche a été partiellement financée par la Commission européenne, H2020-ICT-2015 Programme, Grant Number 688768 « netCommons » (NetworkInfrastructure as Commons).

2 Melanie Dulong de Rosnay, Francesca Musiani, « Towards a (De)Centralization-based Typology of Peer Production », *tripleC*, 14/1, 2016, p. 189-207.

3 Lawrence Lessig, *Code and other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999.

architectures technique pair-à-pair (ou décentralisées, sans serveur centralisant les actions, et donc les responsabilités) sur le droit qui est habitué en cas de faute à rechercher les personnes responsables. Dans une deuxième partie, j'expose l'impact théorique de la fragmentation des actions et des personnes sur le droit. Dans une troisième partie, je démontre que les approches juridiques classiques n'ont pas réussi à réguler le phénomène, avant d'étudier dans une quatrième partie trois exemples d'institutions juridiques qui ont intégrées la fragmentation et l'esprit des communs et qui, ayant réussi à distribuer la propriété, peuvent servir d'inspiration à un droit des communs, dépassant les limites des concepts inspirés de l'économie de Marché et de l'État libéral.

L'influence de la technologie pair-à-pair sur le droit

La fragmentation qu'opère le pair-à-pair est particulièrement perturbatrice pour le droit parce que le raisonnement juridique a l'habitude d'agir sur des sujets qui se caractérisent par une certaine existence spatio-temporelle et qui y sont liés de façon unique. Au cœur de notre argumentation, cette différence ontologique entre la nature de la technologie distribuée et la pensée juridique positiviste se reflète également dans l'écart entre, d'une part, le capitalisme, qui repose sur des entités identifiées (entreprises, travailleurs) et, d'autre part, la production par les pairs sur la base de biens communs, organisée autour de contributions non stabilisées et mouvantes⁴. Pour lier ces deux différences ontologiques, la loi est traditionnellement beaucoup plus protectrice des intérêts du capital⁵, avec ses propriétaires identifiés, que des biens communs⁶, distribués entre une foule de pairs, et des générations futures qui peuvent y contribuer et en bénéficier. La contribution de ce chapitre est d'abord d'appliquer le pair-à-pair à la théorie du droit, et aussi de suggérer son potentiel transformateur pour réduire les inégalités causées par la concentration extrême du capital et du pouvoir politique.

4 Y. Benkler, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, New Haven, Yale University Press, 2006.

5 F. Capra, U. Mattei, *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Oakland, Berrett-Koehler Publishers, 2015.

6 M. Cornu, J. Rochfeld, F. Orsi (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF (Quadrige), 2017.

Le pair-à-pair, en tant que technologie à réguler (autre mode d'interaction entre le pair-à-pair et le droit), remet en question le droit, qui s'applique habituellement à des individus, tant dans son raisonnement que dans sa mise en œuvre, notamment le droit d'auteur, considéré comme un élément de la propriété intellectuelle, et la responsabilité intermédiaire, deux institutions juridiques centrales examinées dans les sections suivantes de ce chapitre. Le pair-à-pair est un élément de remodelage du droit et une force capable de transformer d'autres sources de pouvoir⁷. La répartition des actions entre les acteurs, telle qu'elle s'opère dans les architectures pair-à-pair⁸, conduit à une reconceptualisation des catégories juridiques et à une transformation de la pensée juridique⁹. Le défi intellectuel et juridique est dû à la différence ontologique entre le modèle pair-à-pair et le raisonnement juridique et libéral, qui reposent tous les deux sur le concept d'individu pour leur propre existence.

Les architectures distribuées offrent des alternatives aux services centralisés, qui peuvent être exploités, surveillés, contrôlés ou fermés par des autorités centrales comme les États ou les Gafa (acronyme pour Google, Apple, Facebook et Amazon, le Marché en oligopole extrême). Les services distribués sont également utilisés pour des raisons pratiques. En ce sens, ils constituent des biens communs d'infrastructure.

Le pair-à-pair et son principe de conception basé sur la distribution reconfigurent les concepts et catégories juridiques. L'architecture des réseaux distribués, avec la fragmentation des fichiers et des événements informatiques, a un impact sur la qualification juridique des actions, l'opération intellectuelle qui consiste à attribuer un fait à une catégorie juridique, et nécessaire à l'interprétation et à l'application du droit. La décentralisation à différents niveaux techniques remet en question l'application de la loi parce que la responsabilité ne peut être attribuée à une seule personne, puisque les fichiers et les actions sont répartis entre des pairs.

7 R. Mansell, *Imagining the Internet: Communication, Innovation, and Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

8 F. Musiani, « Giants, Dwarfs and Decentralized Alternatives to Internet-Based Services: An Issue of Internet Governance », *Westminster Papers in Communication and Culture*, 10/1, 2015, p. 81-94.

9 M. Dulong de Rosnay, « Peer-To-Peer as a Design Principle for Law: Distribute the Law », *Journal of Peer Production*, 6, 2015.

Dans le cadre d'une procédure de justice équitable et démocratique, les individus ne peuvent être tenus responsables d'avoir enfreint la loi, en facilitant la cybercriminalité directement ou indirectement, que s'ils peuvent être identifiés et reconnus coupables. Le droit a l'habitude d'attribuer le régime de responsabilité délictuelle à des personnes désignées comme responsables d'une action, et non à des groupes de pairs instables. À défaut, la loi tentera de cibler les intermédiaires. Or, dans le cas de la plupart des infrastructures communautaires distribuées, les pairs ne surveillent ni ne stockent les métadonnées de connexion ou le contenu échangé. Les utilisateurs, pairs dans l'architecture d'hébergement distribué, ne sont identifiés par aucune autorité centrale.

Les conséquences de la fragmentation en théorie du droit

La fragmentation des données et des actions remet en question le mode de raisonnement juridique classique fondé sur une unicité de lieu, de temps et de sujet, lorsque chaque objet ou droit peut être attribué clairement à un acteur. La méthode d'allocation des droits et responsabilités à des personnes identifiables ne s'applique pas bien à des fragments techniquement insignifiants répartis entre pairs. Et le droit international privé s'appuie largement sur la localisation des actions pour déterminer à la fois la juridiction compétente et la législation applicable. Les concepts d'auteur d'une action, d'action et de contenu ou d'objet ne sont plus des unités tangibles, mais des fragments agrégés, ouverts et évolutifs, à l'opposé des conceptions libérales et matérielles des personnes. La différence ontologique entre la fragmentation de pair-à-pair et l'unicité du raisonnement juridique peut être un défi pour l'esprit (juridique positiviste) qui est habitué à ce que des sujets de droit bénéficient d'un état de permanence temporelle et d'unicité géographique.

Dans la philosophie du droit, la personnalité juridique est une fiction juridique au sens de Bentham, un fait de l'esprit qui permet au droit de s'appliquer à des entités non humaines comme les organisations, les entreprises, les États et de préserver leurs droits et responsabilités. Remettant en question la persistance et l'adéquation des entités juridiques individuelles comme fondement du raisonnement juridique et sujets de droits, même si le phénomène de distribution semble techniquement difficile, le concept de collectivité et d'action collective ne l'est pas et a déjà été pris en compte par la loi (meurtres commis par des foules, rôle des collectifs

sociaux et des agents non humains). Par conséquent, le principal obstacle théorique à l'appropriation intellectuelle par le droit du pair-à-pair provient encore plus d'une absence d'agent individuel que de la distribution ou de la fragmentation de l'action. La responsabilité individuelle et la responsabilité partagée sont plus facilement reconnues et mises en œuvre par la loi que la responsabilité distribuée répartie.

Plusieurs tentatives de *hacking* du droit ont déjà réussi à ancrer des alternatives au néolibéralisme, ou du moins aux modèles traditionnels du Marché et de l'État : le faisceau de droits des *commoners* à la propriété partagée, l'eau détenue en commun en Italie, les licences Creative Commons opérant une segmentation des droits du régime du *copyright*.

Malgré l'existence de précédents de droit pair-à-pair démontrant la capacité du droit à s'adresser à des entités collectives autres que des individus, les réponses réglementaires à la fragmentation n'ont pas été très efficaces. Cibler les intermédiaires est difficile pour le droit en raison de la législation sur la limitation de leur responsabilité adoptée au début des années 2000. Grâce à ce statut conçu pour les fournisseurs de services Internet, les opérateurs ne peuvent pas être tenus pour responsables de la violation de leurs droits par leurs utilisateurs s'ils retirent rapidement les contenus contrefaisants lorsqu'ils en sont informés.

Les régulateurs ont plusieurs options : tenter d'interdire les technologies pair-à-pair, ce qui aura un effet dissuasif sur des usages innovants et légitimes. Les législateurs peuvent rendre illégal le partage d'une connexion sans identifier, sécuriser ou conserver les métadonnées. Les politiques de riposte graduée ne respectent pas le principe de proportionnalité et étant donné que l'identification IP n'est pas fixe et qu'elle peut être usurpée, ces données ne peuvent pas être considérées comme une information suffisante pour tracer une personne ou pour l'identifier avec certitude.

Le législateur peut imposer aux fournisseurs d'accès à Internet des obligations de surveillance et de rétention, par exemple en exigeant qu'ils conservent une copie de l'identification et des traces de connexion des utilisateurs. Le processus était extrêmement lourd, empêchant le Wifi ouvert, et en tout cas inadéquat pour réguler les réseaux sans gestionnaire central ni contrat qui pourrait indiquer une relation juridique.

Après avoir identifié les conséquences, les options et les défis du pair-à-pair pour le droit, et la notion de personne dans la théorie juridique

et la régulation de l'Internet, la section suivante examine des tentatives réussies de « distribuer » le droit.

Des exemples de propriété distribuée

Cette section analyse quelques précédents de propriété distribuée ou collective au sein d'un groupe de pairs non identifiés : la doctrine du faisceau de droits sur les ressources communes, le droit d'auteur et le domaine public, les licences Creative Commons et la propriété collective en droit environnemental. Je mobilise le cadre classique de « usus, abusus et fructus » comme composants du droit de propriété, qui peut être fragmentée, c'est-à-dire répartie, distribuée.

Les droits de propriété structurent et limitent l'accès et la jouissance d'un bien, y compris le droit d'exclure les tiers, de l'aliéner ou de le vendre. Le droit romain reconnaissait trois catégories : l'usus, le droit d'utiliser le bien ; le fructus, le droit de le cultiver ou de le louer ; l'abusus, le droit de disposer exclusivement du bien, de le détruire ou de le revendre. Ces droits peuvent être concentrés entre les mains d'un seul propriétaire, mais divers mécanismes permettent la fragmentation de la propriété entre différents utilisateurs, identifiés ou non, réels ou potentiels, avec diverses responsabilités, droits et devoirs.

Avant le mouvement des enclosures, les ressources naturelles étaient considérées comme des biens communs, avec un faisceau ou un ensemble de droits (accès, exploitation, gestion, gouvernance, exclusion, aliénation) répartis en fonction des différents usages de la communauté : récolte, glanage, pâturage. Dans son analyse du faisceau ou de l'ensemble des droits et de la propriété collective ou partagée, Elinor Ostrom¹⁰ distingue les droits d'accès à la ressource commune, les droits de prélèvement (p. ex., du bois dans une forêt), de gestion (des droits de prélèvement), d'exclusion (décider qui aura les droits d'accès) et de cession (droit de vendre ou de transférer tout ou partie des autres droits).

Les biens incorporels non rivaux font également l'objet d'une propriété segmentée non exclusive. Deuxième exemple de droit pair-à-pair, le droit d'auteur organise un monopole limité d'exploitation (lui-même fragmenté entre les droits de reproduction, de mise à disposition et de transformation), tout en maintenant une série de limitations

10 E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

ou d'exceptions : avec le temps, le domaine public accordant l'usage des droits à chacun, et selon les différentes activités, certains usages restent libres pour tous (les exceptions au droit d'auteur). Le domaine public a un statut différent, puisqu'il est possible de l'aliéner (abusus) en commettant une fraude à la copie (*copyfraud*), l'appropriation privée d'œuvres du domaine public, l'équivalent du droit d'auteur de la contrefaçon. Un *hacking* du droit très novateur, qui consiste à conférer un statut positif au domaine public, et à prévoir une sanction contre la violation du domaine public de manière comparable à la violation du droit d'auteur, a été proposé dans une étude de l'OMPI¹¹ pour protéger les droits des futurs utilisateurs potentiels du domaine public.

Le ministre français des Affaires numériques a proposé en 2015 de protéger le domaine public des pratiques d'appropriation individuelle qui conduiraient à la suppression des droits collectifs du public (par exemple, la numérisation des œuvres du domaine public réintroduisant des droits exclusifs) en permettant aux associations de poursuivre en justice au nom du domaine public et de cesser l'appropriation exclusive. La proposition n'a pas été acceptée. Ce deuxième exemple illustre le problème posé par l'absence de préjudice à une personne réelle (les droits de l'auteur ont expiré et il n'y a pas de titulaires de droits à poursuivre), par opposition à une communauté plus large qu'un ensemble bien défini de personnes, les membres potentiels du public qui pourraient souffrir de l'enfermement de l'œuvre et être empêchés d'exercer des droits dont ne disposent plus les ayants droit. La solution chilienne contourne clairement et élégamment le problème en assimilant la violation du domaine public à une violation du droit d'auteur. Cependant, la loi n'indique pas qui a le droit d'intenter une action en justice : l'État ou une partie tiers. La proposition française de 2015 avait envisagé la représentation par une association.

Comme troisième exemple, Creative Commons (inspiré du modèle des licences FLOSS, GNU-GPL étant le premier) a *hacké* le droit d'auteur en accordant au public des droits qui relèvent autrement des droits exclusifs. Les titulaires de licence sont une fiction juridique, un groupe de personnes potentielles non identifiées qui peuvent décider, ou non, d'exercer leurs droits et de les rendre effectifs dans l'avenir.

11 S. Dusollier, « Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain », CDIP/7/INF/2, *World Intellectual Property Organisation*, CDIP/4/3/REV./STUDY/INF/1, 2010.

Les différentes options des licences Creative Commons consistent à segmenter, ou à distribuer pour continuer la métaphore du pair-à-pair, les attributs du droit d'auteur entre la reproduction, la mise à disposition et la transformation, ou la fabrication de dérivés. Le droit d'accès correspond à la catégorie romaine de l'usus. Le droit de reproduction, le droit de fabriquer des produits dérivés et le droit à l'exploitation commerciale relèvent du fructus. Dans ses versions initiales (1.0 à 3.0), le régime des licences établissait également une distinction entre le droit d'usage de réutilisation sans modification dans une œuvre collective en droit d'auteur (non soumis à une limitation facultative) et le droit de réutilisation du fructus d'une manière transformative. L'abusus, le droit d'exclure, est neutralisé par la clause de *copyleft*, qui exige que les fruits dérivés soient distribués dans les mêmes conditions d'usus et d'abusus (accès et réutilisation). Le *copyleft* distribue donc la partie fructus des droits sur l'œuvre en protégeant contre les abus à venir, les droits potentiels d'un public non défini en tant que personne, de l'entité collective, après qu'un individu décidera d'exercer le droit de créer une œuvre dérivée.

Les titulaires de droits ont la possibilité d'attribuer des fragments de droits en vertu du droit d'auteur dans différentes conditions, en accordant certains droits d'accès (usus) à tous. Selon la terminologie d'Ostrom, les concédants de licence correspondent à des fournisseurs qui peuvent imposer des conditions aux auteurs, aux éditeurs contributeurs et aux consommateurs/utilisateurs et gérer les différents droits en conséquence. Ils peuvent réserver les droits commerciaux sur le fructus et n'accorder au public que des droits non commerciaux et de moindre valeur sur les fructus.

Troisième exemple de droit pair-à-pair, la reconnaissance par le droit de groupes collectifs de pairs non identifiés existe également hors ligne, dans les *hacks* au droit de l'environnement. De nombreux États autorisent l'achat du droit de construire, ou limitent les utilisations possibles (en fragmentant les droits) de terres en vue de les préserver non construites pour les générations futures. Les servitudes volontaires, les fiducies foncières communautaires et les conventions de servitudes de conservation font partie des divers instruments juridiques disponibles en droit civil et en *common law*. Les servitudes volontaires sont conçues pour protéger l'environnement, lorsqu'un propriétaire foncier transfère un fragment de ses droits à l'État ou à un intermédiaire sans but lucratif à des fins de conservation biologique.

Le droit de l'environnement a créé de nombreuses failles dans le droit à la propriété privée. Ce transfert de propriété pour atteindre des objectifs plus élevés conduit à l'attribution de beaucoup plus de droits que le droit *fructus* de construire, à des groupes collectifs non identifiés de pairs qui ne sont pas des personnes morales puisqu'ils n'existent pas (un exemple intéressant de l'absence de personnalité juridique similaire aux réseaux pair à pair instables). Ces mécanismes empêchent les abus et privatisations que le *copyleft* peine à réaliser.

Également lié à la protection de l'environnement en tant que bien commun, le projet de reconnaissance de l'écocide¹² en tant que crime environnemental en droit pénal international est un *hack* juridique en développement, qui remet en cause la fiction des personnes réelles. Cette fiction juridique engagerait la responsabilité d'une entreprise susceptible de nuire à l'environnement et aux générations futures, en l'empêchant d'exercer ses droits sur un terrain, avant même que la pollution n'ait lieu. En ce sens, le crime d'écocide ressemble au *copyleft* ou à la contrefaçon du domaine public, puisque les deux conceptualisent et reconnaissent les droits potentiels de futurs groupes de pairs non identifiés en tant que personnes.

Comme le note Ugo Mattei¹³, la construction idéologique de la propriété en tant que liberté individuelle a fait beaucoup de mal, puisqu'elle n'a été utilisée que pour soutenir (par le droit étatique) l'hégémonie idéologique capitaliste extractive (du Marché), rendant difficile la conceptualisation intellectuelle d'autres buts plus génératifs tels que la transmission des droits aux générations futures, à un groupe flou de pairs inconnus, et la rédaction de *hacks* juridiques positifs pour soutenir ces alternatives.

La dernière section de ce chapitre a permis d'identifier des cas existants de biens distribués et d'émergence de communs viables en alternative aux règles classiques du Marché et de l'État. La répartition de droits fragmentés sur un objet, qu'il soit matériel ou immatériel, est une opération utile pour la conceptualisation de la propriété collective commune. Le *hack* juridique du *copyleft* est une manière différente d'allouer l'ensemble des droits au titre du droit d'auteur, étant donné que certains droits sont attribués à l'avance à des pairs futurs non identifiés et que

12V. Cabanes, « Amendments to the Rome Statute/International Criminal Court », *End Ecocide on Earth*, 2015 (<https://www.endecocide.org/wp-content/uploads/2015/10/Amicus-ICC-crime-of-ecocide-amendments.pdf>).

13 F. Capra, U. Mattei, *The Economy of Law*, *op. cit.*

l'action de la licence ne pourra être juridiquement contraignante qu'au moment hypothétique où le droit accordé sera exercé. En ce sens, les *hacks* du *copyleft* et des servitudes environnementales sont des transferts de droits dans l'attente que la ressource se développe, soit utilisée et fructifie, sans être abusée (ou enclose) par des personnes futures avec lesquelles il serait impossible de contracter directement au moment de l'intention initiale du détenteur des droits.

Ce chapitre a présenté un autre mode d'interaction entre le droit et la technologie, en démontrant comment les architectures distribuées peuvent être intégrées au droit en tant que caractéristique de conception. Les principes de design du pair-à-pair sont appliqués comme une méthode expérimentale pour transformer l'institution du droit de propriété, le rendant plus apte à s'appliquer aux biens communs et à les protéger contre une appropriation privative. Des exemples prometteurs de *hacking* juridique, tant en ligne qu'en droit de l'environnement, ont été étudiés. Les résultats de l'expérience expliquent comment l'optique de pair-à-pair peut rendre les institutions juridiques plus plastiques. L'élaboration de politiques alternatives à la propriété et à la responsabilité individuelles, sous la forme de *hacks* aux conceptions du droit classique, est un moyen efficace de contester l'ontologie dominante du droit et du capital, tous deux fondés sur le concept de l'individu libéral qui est remis en question par le pair-à-pair, et de distribuer les droits et responsabilités au lieu de concentrer la richesse, la responsabilité et les pouvoirs.