

Omnia sunt ©ommunia : des opera au Big Data

Alain STROWEL

Professeur à l'USL-B et à l'UCL
Avocat

Résumé

L'article explore le paradoxe qu'il n'y a pas de commun sur les intangibles sans une forme d'appropriation (ce paradoxe est résumé dans le titre qui contient la formule ©ommunia : pas de commun sans réservation symbolisée par la mention de ©). Les communs ne sont pas contre la propriété, ils en procèdent. Ce paradoxe est éclairé à travers l'exemple des œuvres protégées par le droit d'auteur (les opera en latin) et des mégadonnées (les Big Data). Avec le mouvement du logiciel libre (et du contenu libre), la propriété des œuvres est utilisée pour assurer la liberté d'usage. De même, s'agissant des données, la garantie d'un usage libéré, et potentiellement commun, passe par une bonne délimitation de la propriété (intellectuelle), par exemple à travers des exceptions impératives au droit sur les bases de données. Pour montrer ce paradoxe, l'article s'appuie sur la notion de « property rights » au sens d'E. Ostrom et E. Schlager.

Abstract: Omnia sunt ©ommunia : from opera to Big Data

The paper explores the paradox that commons on intangibles require some form of appropriation (this paradox is summarized in the title which contains the formula ©ommunia: no common without a reservation represented here by the © notice). The commons are not against property, they partly result from the use of property. This is highlighted through the examples of copyright-protected works (the opera in latin) and of Big Data. With the movement of open source software (and free cultural works), the property on the works is used to ensure free use. Similarly, the insurance of a free use of data, potentially a data common, relies on an adequate delineation of (intellectual) property, for instance of the mandatory exceptions to the database right. To show this paradox, the paper uses the notion of "property rights" developed by E. Ostrom and E. Schlager.

Omnia sunt communia : sous cette formule latine paraissait en 2017 un livre de Massimo De Angelis, dont le sous-titre est plus explicite encore : *On the Commons and the Transformation to Postcapitalism*¹. Aujourd'hui, c'est sous la bannière des communs que se rassemblent penseurs de l'après-capitalisme et défenseurs de politiques alternatives². *Les communs, outils de transition* était ainsi le titre d'un séminaire qui s'est tenu à Paris en mai 2017³. En France, la notion a connu « une popularité croissante »⁴, qui s'est par exemple traduite dans les programmes des candidats de gauche à l'élection présidentielle de 2017. La mobilisation est européenne et internationale. Bruxelles a par exemple accueilli en novembre 2016 le *European Commons Assembly* dont le but est de construire un mouvement de base fort pour les biens communs en Europe, qui sera en mesure d'articuler les biens communs comme un nouveau paradigme politique⁵. Depuis plusieurs années, la réflexion sur les communs n'est plus l'apanage d'universitaires, notamment d'économistes, dont le prix Nobel Elinor Ostrom, de sociologue-philosophes, comme Pierre Dardot et Christian Laval, ou de juristes⁶. De nombreux acteurs sociaux et des mouvements alternatifs⁷ se

¹ 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 : « *We tend to think of the commons as resources or goods. How is your conception different ?* ». La réponse 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.

² Une simple recherche en ligne révèle que la formule latine est utilisée par des groupements alternatifs, notamment ceux qui défendent l'approche dite du copyleft, qui, s'appuyant sur le contrôle conféré par le copyright, subvertit sa logique propriétaire (voir *infra*).

³ Voir le site de l'ITS (Institut Tribune Socialiste. Des idées pour le XXI^e siècle ?) : <http://www.institut-tribune-socialiste.fr/2017/05/10/commons-outils-de-transition/> (consulté le 25 octobre 2018).

⁴ Comme le rappelle un article du journal *Le Monde* (C. LEGROS, « L'avenir en communs », *Cahier Idées*, 22 avril 2017), Benoît HAMON a préconisé de constitutionnaliser les « biens communs » (comme l'eau, l'air, la biodiversité) tandis que Jean-Luc MÉLANCHON évoquait des « communs universels » (tels la monnaie et la santé).

⁵ Voir le site : <https://europeancommonsassembly.eu>, ainsi que <http://www.remixthecommons.org/> (consultés le 25 octobre 2018).

⁶ Citons leurs contributions principales : E. OSTROM, *Gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck, 2010 ; P. DARDOT et C. LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, La Découverte/Poche, 2015 ; F. OST, *La Nature hors la loi : l'écologie à l'épreuve du droit*, La Découverte, 2003.

⁷ 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.

sont emparés de la question des communs qui s'articule toujours davantage autour d'un programme politique⁸ qui entend dépasser le modèle du marché et le paradigme de la propriété privée.

Omnia sunt communia : en reviendrait-on aux origines de l'expression, laquelle aurait été utilisée par Thomas Müntzer, ce pasteur radical qui menait la révolte des paysans dans l'Allemagne du début du XVI^e siècle et en qui Engels et Marx verront un des premiers communistes⁹ ? 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 »¹⁰.

Omnia sunt ©ommunia : ce titre résume le propos quelque peu paradoxal, et donc provocateur, de la présente contribution : au moment où les communs sont indéniablement de « retour »¹¹ et où de nombreuses voix militent en faveur des communs numériques ou de la connaissance, l'emprise propriétaire, symbolisée pour les biens intellectuels, par le copyright (©)¹², s'étend inexorablement à de nouveaux actifs immatériels, parmi lesquels les données (*data*). Il y a une concordance des temps, entre la revendication actuelle du « tout en (aux) commun(s) » et les nouvelles revendications propriétaires qui s'expriment, de manière privilégiée, par rapport aux intangibles, un domaine où les lignes d'appropriation sont encore en train de bouger, et ses formes de se cristalliser¹³. Tel est le constat. Reste à expliquer ce paradoxe.

⁸ 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)).

⁹ Voir l'article français consacré à Thomas MÜNTZER sur Wikipedia (consulté le 25 juillet 2017).

¹⁰ Il est aussi probable que ce sont ses géôliers 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 Wikipedia consacré à MÜNTZER.

¹¹ Pour reprendre le titre du livre dirigé par B. CORIAT, *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Les liens qui libèrent, 2015. Voir aussi : D. BOLLIER, *La renaissance des communs : pour une société de coopération et de partage*, Charles Léopold Mayer, 2014.

¹² La mention de *copyright* utilisée dans le titre renvoie bien entendu tant au système romano-germanique du droit d'auteur qu'à l'institution anglo-américaine connue sous ce nom (que j'avais comparés dans ma thèse : A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright*, Bruylant et LGDJ, 1993).

¹³ Pour preuve : l'apparition d'une série de nouvelles propriétés intellectuelles qu'à défaut de terme spécifique, on qualifie de « droits sui generis » ou encore de « droits voisins ». P. DARDOT et C. LAVAL (*op. cit.*, p. 112) notent à juste titre que c'est le thème de l'innovation « qui a permis de renouveler la justification des droits de propriété et a contribué à les élargir et à les renforcer ces trois dernières décennies ».

L'aspiration du « tout en (aux) commun(s) » serait-elle simplement la réponse, forte mais marginale, au « tout usage est réservé » (selon la mention classique de copyright), autrement dit à l'expansion constante du marché et de la propriété (intellectuelle) ? Faut-il opposer un discours de libération dont la force revendicatrice et la forme englobante (« *Omnia sunt* ») répondrait à la vague de « propertisation »¹⁴ généralisée ?

Le rapport entre communs et propriété (intellectuelle) est peut-être plus complexe, et ne se réduit pas à une telle opposition. À mon sens, l'un ne va pas sans l'autre : ©ommunia donc. Tel est le cœur du propos : les communs ne sont pas *contre* la propriété¹⁵, ils en procèdent et la présupposent, mais ils en jouent aussi, et la retournent parfois contre elle. On reviendra sur cette duplicité du modèle propriétaire – qui est aussi, on le verra, celle des communs – à la fin de la première partie consacrée à l'historique et à l'extension du droit d'auteur ou de la forme propriétaire. Le mouvement des communs interroge « l'idéologie propriétaire » en crise, comme l'indique le sous-titre du livre précité de B. Coriat. Il est moins clair que la remise en cause s'adresse plus généralement à ce que j'appelle le « modèle propriétaire » (ou la « forme », le « régime » ou « moule propriétaire », termes ici synonymes) qui englobe bien plus que les règles du Code civil sur les biens ou les législations sur la propriété intellectuelle. On verra que le régime propriétaire (auquel renvoie la notion anglo-américaine de « *property rights* ») s'appuie aussi sur des dispositifs factuels et des règles contractuelles¹⁶. L'inversion de ce régime afin de garantir les communs passe donc aussi par des arrangements de facto et des dispositifs contractuels nouveaux.

La seconde partie du titre de la contribution (après le double point) évoque davantage le champ – celui des immatériels – où il s'agit de vérifier la logique paradoxale de l'*omnia sunt ©ommunia*. On parcourra successivement le champ des *opera* (c'est-à-dire les œuvres, objet intangible du droit d'auteur) et des *Big Data* (c'est-à-dire les mégadonnées,

¹⁴ Cette « propertisation » accompagne la « commodification » de nouveaux biens – ce que l'on appelait autrefois la « patrimonialisation » ou la « réification » que l'on considère comme synonymes.

¹⁵ Nous partageons en ce sens le point de vue de S. BROCA, « Les communs contre la propriété ? Enjeux d'une opposition trompeuse », *SociologieS*, Dossiers. Des communs au commun: un nouvel horizon sociologique ?, <http://sociologies.revues.org/5662> (consulté le 25 octobre 2018).

¹⁶ Il est d'ailleurs significatif que l'un des mouvements habituellement inscrit dans la nébuleuse des communs, est celui des logiciels libres, qui reposent sur des licences ouvertes opposées à ce que l'on appelle les « licences propriétaires » : le modèle propriétaire peut effectivement être à l'œuvre dans les contrats, même si ces contrats sont adossés à un droit de propriété (intellectuelle). De même, les contrats (par ex. ceux des *Creative Commons*) peuvent aussi libérer des ressources.

ce nouvel intangible dans l'économie numérique). Cela nous permettra de suivre la trajectoire expansionniste des propriétés intellectuelles, en repartant des origines de la propriété littéraire et artistique apparue à la fin du XVIII^e siècle en pleine période révolutionnaire pour en arriver aux nouvelles propriétés réclamées aujourd'hui sur fond de « révolution numérique »¹⁷. On naviguera donc dans le temps pour rappeler le processus complexe et ambigu d'appropriation des actifs immatériels, et certains appels, plus minoritaires, mais essentiels, à leur mise en commun, et aux évolutions du mode propriétaire. Les communs n'opèrent donc pas « hors propriété », mais la subvertissent de l'intérieur, comme les licences libres mettent les communs au sein du droit d'auteur (voir *infra* sous 1).

Pour articuler le propos, on alignera des réflexions assez succinctes (en les numérotant), conformément à l'objectif du présent dossier qui est de susciter la réflexion, ce qui implique de parcourir des chemins de traverse, plutôt que de suivre systématiquement un boulevard ordonné autour d'une ligne centrale.

1. Retour aux sources et mutations du droit d'auteur : *Opera sunt Communia* ?

Réflexion #1. Les opera, objets de la propriété littéraire, comme produits de la liberté (ou la liberté à l'origine de la propriété)

Le terme latin « *opera* » peut être traduit par « œuvres » (on aura compris que le terme latin rime mieux avec le reste du titre de la contribution, d'où son usage ici). *Opera* se justifie d'autant mieux que le terme « œuvre » en est issu (au XII^e siècle selon le dictionnaire historique de la langue française). Au singulier, « *opus* désigne le travail, l'ouvrage et surtout le produit concret du travail »¹⁸. Toujours selon ce dictionnaire

¹⁷ Le terme de « révolution numérique » a refait son retour en force notamment dans la presse en France, pays dont le nouveau président soutient d'ailleurs ardemment la « transformation numérique » (voir les articles en ligne du journal *Le Monde* depuis janvier 2017). Dans ce contexte, le terme « révolution » prête à confusion, puisqu'il renvoie en principe à une réappropriation de l'espace public par les citoyens, mais que l'économie mondiale est désormais aux mains des entreprises géantes du web (les GAFAM: Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft).

¹⁸ Reposant sur le travail, l'œuvre s'en distingue aussi : « un lieu commun de notre culture, sans doute incontournable, écrit M. GUÉRIN, est l'opposition de l'œuvre et du travail. La première se distingue du labeur, vulgaire et pénible, par la noblesse qui lui est attachée. Elle atteste une activité désintéressée de l'esprit (supposant l'indépendance relative par rapport aux besoins), qui contraste avec l'abrutissement dans lequel la seule orientation du travail plonge l'espèce humaine. On ne peut ignorer cette discrimination ». On verra qu'elle s'explique par la liberté dont l'œuvre procède, alors que le travail en tout cas salarié est encadré par la subordination. Mais ajoute M. GUÉRIN, « l'œuvre aussi coûte du travail. (...) si le travail s'implique dans

historique, œuvre « désigne d'abord l'objet créé par l'activité, le travail de quelqu'un, ainsi que l'action, les opérations qui aboutissent à cet objet ». Le terme a donc un sens passif (le résultat de l'opération) et un sens actif (le processus), comme d'autres termes juridiques essentiels en droit public (« constitution ») ou privé (l'acte juridique).

La notion d'œuvre originale est cardinale en droit d'auteur¹⁹, c'est la condition *sine qua non*. Pas de droit d'auteur sans une œuvre. Celle-ci peut aussi être vue sous l'angle passif (l'objet incorporant le travail intellectuel) ou actif (le processus de création par le travailleur intellectuel).

Dans la jurisprudence récente, tout spécialement de la Cour de justice de l'Union européenne, pour qu'il y ait une œuvre protégée, il faut qu'une personne physique ait fait preuve d'originalité, c'est-à-dire qu'elle ait fait des « choix libres et créatifs ». Envisageant la protection d'une suite de 11 mots extraits d'une œuvre littéraire, en l'espèce d'un article de presse, la Cour note dans l'arrêt *Infopaq*²⁰: « S'agissant des éléments de telles œuvres sur lesquels porte la protection, il convient de relever que celles-ci sont composées de mots qui, considérés isolément, ne sont pas en tant que tels une création intellectuelle de l'auteur qui les utilise. Ce n'est qu'à travers le choix, la disposition et la combinaison de ces mots qu'il est permis à l'auteur d'exprimer son esprit créateur de manière originale et d'aboutir à un résultat constituant une création intellectuelle » (§ 45). Des trois opérations qui peuvent révéler un « esprit créateur » (choisir, disposer et combiner des éléments de base non protégés), l'élément de « choix » est déterminant, comme le confirme l'arrêt *Painer*²¹ en matière de photographie : après avoir décrit les divers choix du photographe²², la Cour conclut : « À travers ces différents choix, l'auteur d'une photographie de portrait est ainsi en mesure d'imprimer sa "touche personnelle" à l'œuvre créée » (§ 92). La formule

l'œuvre comme sa condition, inversement il est impossible d'affirmer que tout travail se conclut comme une œuvre » (*Qu'est-ce qu'une œuvre ?*, Actes Sud, 1986, p. 11).

¹⁹ Voir A. STROWEL, « Quelles considérations culturelles dans la régulation du droit d'auteur à l'ère de la société de l'information ? », in C. ROMAINVILLE (ed.), *European Law and Cultural Policies – Droit européen et politiques culturelles*, Peter Lang, 2015, p. 135-166.

²⁰ C.J.U.E., 16 juillet 2009, C-5/08 (*Infopaq International c. Dankse Dagblades Forening*).

²¹ C.J.U.E., 7 mars 2013, C-145/10 (*Eva-Maria Painer contre Standard VerlagsGmbH et autres*).

²² « S'agissant d'une photographie de portrait, il y a lieu de relever que l'auteur pourra effectuer ses choix libres et créatifs de plusieurs manières et à différents moments lors de sa réalisation. Au stade de la phase préparatoire, l'auteur pourra choisir la mise en scène, la pose de la personne à photographier ou l'éclairage. Lors de la prise de la photographie de portrait, il pourra choisir le cadrage, l'angle de prise de vue ou encore l'atmosphère créée. Enfin, lors du tirage du cliché, l'auteur pourra choisir parmi diverses techniques de développement qui existent celle qu'il souhaite adopter, ou encore procéder, le cas échéant, à l'emploi de logiciels. À travers ces différents choix, l'auteur d'une photographie de portrait est ainsi en mesure d'imprimer sa "touche personnelle" à l'œuvre créée » (PAINER, § 90-92).

donne à penser que « créer, c'est choisir ». Mais il faut encore que ces choix soient « créatifs » pour reprendre la formule utilisée par la Cour (« choix libres et créatifs » au § 92 de *Painer*). La Cour ne s'aventure pas dans la définition de ce qui est créatif. Ce qui importerait en définitive, c'est d'avoir des « choix libres », autrement dit, comme le précise la Cour de justice dans *Painer*, il faut que l'auteur dispose d'une « *marge (...) pour exercer ses capacités créatives* » (§ 93). Aussi longtemps que la marge n'est pas trop réduite (voire inexistante), il y a de la place pour des « *choix libres* ». La Cour explicite l'exigence de liberté (ou d'absence de contrainte) comme condition de l'originalité dans *Football Dataco*, à propos des calendriers annuels des rencontres des championnats de football²³. S'agissant d'une base de données sportives, la Cour de justice rappelle tout d'abord que « *le critère d'originalité est rempli lorsque, à travers le choix ou la disposition des données qu'elle contient, son auteur exprime sa capacité créative de manière originale en effectuant des choix libres et créatifs* » (§ 38) ; ensuite, de manière négative, la Cour précise que ce « *critère n'est pas rempli lorsque la constitution de la base de données est dictée par des considérations techniques, des règles ou des contraintes qui ne laissent pas de place pour une liberté créative* », par exemple les « règles d'or » guidant l'établissement des calendriers²⁴. L'exercice de la *liberté (de création)* est en définitive la marque de l'originalité, et donc ce qui justifie la jouissance du droit de propriété littéraire et artistique. Le droit d'auteur est donc une propriété qui se mérite, c'est la récompense pour un individu qui a exercé sa liberté de création. En France, la loi du 7 juillet 2016 en matière de droit d'auteur, dite loi Création²⁵, a proclamé à son article 1^{er} : « La création artistique est libre ». Cette consécration de la liberté de création offrira certainement un nouveau fondement pour l'interprétation du droit d'auteur et son arrimage à la liberté²⁶. Ici comme ailleurs, le modèle propriétaire est fondé sur la liberté²⁷, mais, paradoxalement, il limite la liberté des tiers en créant une zone de réservation.

²³ C.J.U.E., 1^{er} mars 2012, C-604/10 (*Football Dataco Ltd et autres c. Yahoo ! Ltd et autres*).

²⁴ Parmi ces règles d'or, la Cour cite les suivantes : « aucun club ne doit jouer trois rencontres consécutives à domicile ou à l'extérieur; aucun club ne peut jouer quatre rencontres à domicile ou quatre rencontres à l'extérieur dans une série de cinq rencontres consécutives; dans la mesure du possible, chaque club devrait avoir joué un nombre équivalent de matchs à domicile et de matchs à l'extérieur à tout moment de la saison, et tous les clubs devraient, dans la mesure du possible, disputer un même nombre de matchs à domicile et de matchs à l'extérieur » (§13).

²⁵ Il s'agit de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine (JORF n° 0158 du 8 juillet 2016).

²⁶ En ce sens : P. SIRINELLI, « Premières vues sur la loi création », *Dalloz IP/IT*, avril 2017, n° 4, p. 195.

²⁷ Voir F. OST, D. MISONNE et M.-S. DE CLIPPELE, « Propriété et biens communs », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 154, 2017, p. 131-172, point A.

Réflexion #2. Omnia sunt opera ?

Le champ des œuvres protégées par le droit d'auteur a toujours été vaste, le droit d'auteur couvrant en effet depuis toujours des créations très menues (le constat était déjà vrai avant l'essor des industries culturelles). La conception d'inspiration romantique qui sacralise l'auteur, sujet du droit portant son nom, et tend à associer ses œuvres aux chefs d'œuvre est aussi largement répandue qu'elle est fausse. Le droit d'auteur est « esthétiquement neutre » ou « culturellement incolore ». La valeur esthétique ou la qualité culturelle d'une œuvre n'est pas une condition de sa protection. Bien au contraire, le droit d'auteur se veut neutre à cet égard car les juges n'ont pas à se transformer en jury d'art ou patrons de la culture. Ainsi, l'article L. 112-1 du Code français de la propriété intellectuelle (CPI) précise que la protection vaut pour « *toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient (...) le mérite ou la destination* ». Le mérite ou le caractère esthétique de l'œuvre ne peuvent constituer une condition d'existence de la protection par le droit d'auteur²⁸. À travers cette condition négative, la neutralité culturelle ou esthétique est mise au cœur de la protection par le droit d'auteur. La propriété de l'auteur n'est pas méritocratique, encore moins aristocratique, elle a quelque chose d'éminemment démocratique puisqu'elle existe au profit des petits producteurs d'objets culturels sans ambition comme des grands artistes. Il suffit qu'ils aient exercé leur liberté de création.

La jurisprudence a été très généreuse et a reconnu comme protégées de multiples « petites monnaies » de la création. Au XIX^e siècle, les juges avaient déjà accordé le titre d'œuvres protégées à de chétives productions de l'esprit telles que : des panonceaux de notaire, des poignées de couteau de chasse, des sujets en bronze servant de presse-papier, des modèles de marteau de porte, etc. Plus récemment, on a protégé, parmi de longues listes à la Prévert : un panier à salade, un décapsuleur, des présentoirs d'allumettes, des biberons, des parfums, des sacoches pour vélo, un piton de tente, etc. La liste est infinie de ces menues créations culturelles. Peu d'objets de tous les jours échappent à une (possible) protection par le droit d'auteur²⁹. La neutralité du droit d'auteur garantit la protection des productions de l'esprit les plus diverses. En ce sens, *omnia* (ou presque) *sunt opera*.

²⁸ Voir par ex. en France : Cass. plén., 7 mars 1986, *D.*, 1986, 405 concl. CABANNES et note EDELMAN (à propos de jeux vidéos) et en Belgique : Cass., 27 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 908.

²⁹ Tout spécialement dans un système qui, comme en France et en Belgique, repose sur la théorie de « l'unité de l'art » : pas de différence entre les Beaux-Arts et les arts dits appliqués.

Réflexion #3. La propriété sur les opera, un outil pour les Lumières qui se mue en une propriété publique

La Révolution française balaie tous les privilèges, en ce compris ceux de la librairie. Les libraires à l'époque sont ceux qui détiennent le monopole de la fabrication et de la vente des livres. (Aujourd'hui, on parle des éditeurs.) Pour les ouvrages nouveaux, les libraires se voyaient obtenir ces privilèges du suzerain au moment même où le souverain donnait la permission d'imprimer. Le privilège économique était donc indissociable d'un instrument de contrôle politique des pensées.

Après la Révolution française, la rhétorique de la propriété – et de la liberté – prend le devant. Le premier texte concernant la librairie fut présenté par Sieyès à l'Assemblée nationale, le 20 janvier 1790. Ce texte, à la rédaction duquel le marquis de Condorcet semble avoir été associé, s'inspirait pour partie de ses idées exposées dans les *Fragments sur la liberté de la presse* de 1776. Où Condorcet écrivait :

« Le bonheur des hommes dépend en partie de leurs lumières, et le progrès des lumières dépend en partie de la législation de l'imprimerie. Cette législation n'eût-elle aucune influence sur la découverte des vérités utiles, elle en a une prodigieuse sur la manière dont les vérités se répandent. Elle est une des véritables causes de la différence qui existe entre les opinions des hommes éclairés, celles du public et les opinions des gens qui remplissent les places. »³⁰

L'avancement des Lumières et de la liberté de l'esprit est donc lié à l'établissement par la loi d'une propriété qui permet « aux vérités de se répandre » par la diffusion des écrits. C'est par le décret des 13 et 19 janvier 1791 que l'Assemblée consacra pour la première fois la propriété des auteurs. Le député rapporteur de ce texte, Le Chapelier, a ces mots qui sacralisent cette propriété : « *la plus sacrée, la plus inattaquable et, si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés est l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain* ». La référence à l'ouvrage de l'auteur – on ne parle pas encore d'œuvre, l'usage de ce terme apparaissant au XIX^e siècle³¹ – traduit l'influence de la pensée de Locke qui justifie très bien le droit de l'auteur sur le « fruit de son travail » intellectuel. La suite du discours de Le Chapelier évoque la propriété commune du public : « cependant c'est une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés. Lorsqu'un auteur fait imprimer un ouvrage ou représenter une pièce, il les livre au

³⁰ M. J. C. CONDORCET, *Œuvres*, Paris, Firmin Didot Frères, 1847, t. II, p. 312.

³¹ Tout spécialement avec le premier traité multilatéral en droit d'auteur conclu en 1886, à savoir la Convention de Berne *pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, qui définit aujourd'hui encore le cadre international du droit d'auteur.

public qui s'en empare, quand ils sont bons qui les lit, qui les apprend, qui les répète, qui s'en pénètre et qui en fait sa propriété »³². Celui qui a porté la première loi française sur le droit d'auteur voit clairement cette propriété non pas dans le simple rapport de l'auteur à son « ouvrage », mais comme instituant un rapport avec les tiers au point que le public de l'œuvre en devient d'une certaine façon propriétaire. Une propriété pour la communauté des lecteurs. Car, en favorisant l'édition des œuvres, le droit d'auteur a incité à diffuser les œuvres bien au-delà des anciens réseaux de circulation, confidentiels et confinés, au profit d'une véritable sphère publique dont les membres peuvent lire, apprendre, discuter, répercuter, etc. les œuvres, des actes d'usage que le droit d'auteur a toujours permis³³.

Pas étonnant que des militants des communs numériques reprennent aujourd'hui la formule de Le Chapelier³⁴.

Si, en incitant à la publication et à la circulation des livres, le droit d'auteur facilite et encourage les usages par le public, il ouvre de nouvelles possibilités de diffusion en faisant tomber les œuvres dans le domaine public après l'écoulement d'une certaine durée. Si une forme d'appropriation par le public est contemporaine à la période de protection, la propriété commune du public vient plus tard. L'article deux du décret révolutionnaire prévoyait : « *Les ouvrages des auteurs morts depuis cinq ans et plus sont une propriété publique, et peuvent, nonobstant tous anciens privilèges qui sont abolis, être représentés sur tous les théâtres indistinctement* ». L'évolution du droit d'auteur depuis 1791 a vu le moment où l'œuvre devient publique être systématiquement repoussé dans le temps, la Convention de Berne définissant un minimum international de 50 ans *post mortem auctoris*, remonté en Europe (et ailleurs) à 70 ans *post mortem auctoris*³⁵.

Lorsqu'ils tombent dans le domaine public, les *opera* deviennent, en droit, des *communia*, mais pas dans les faits : des stratégies propriétaires peuvent encore contrer ou retarder la mise à la disposition commune. Ainsi, par exemple, une nouvelle édition critique ou une nouvelle traduction d'une œuvre tombée dans le domaine public permet de retrouver une protection. Dans d'autres cas, le détour par le dépôt de marque (protection sans

³² Réimpression de l'*Ancien Moniteur* (mai 1789-novembre 1799), Paris, 1841, t. 7, p. 117.

³³ La liberté de ces actes est aujourd'hui discutée dans le monde du numérique puisque toute lecture d'un document numérique suppose, contrairement à celle d'un livre, une reproduction, ne fut-ce que temporaire sur la mémoire vive d'une machine (ordinateur, téléphone, etc.).

³⁴ Voir la page du groupe d'activistes français *la quadrature du net* qui militent pour les échanges et la liberté sur les réseaux : <https://www.laquadrature.net/fr/le-chapelier-1791>.

³⁵ Pour l'historique de cette expansion temporelle du droit d'auteur, voir : A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, op. cit.*, p. 593 et s.

limitation temporelle) est utilisé³⁶, sans compter toutes les autres pratiques, notamment de *marketing* (publicité, parrainage par des personnalités, etc.), qui créent de la rareté, donc de la valeur, autrement que par la propriété exclusive. Car l'appropriation est un processus complexe, que l'on ne peut réduire au mécanisme juridique, il utilise différentes techniques et pratiques pour freiner l'accès et susciter l'attrait de la rareté.

Réflexion #4. Le patrimoine culturel, objet de propriétés publiques ou véritable communia ?

Le droit d'auteur est un droit de propriété qui permet de transformer des productions intellectuelles en biens que l'on peut exploiter par contrat. C'est le droit pour un individu – que le courant romantique du XIX^e siècle a sacralisé comme génie – de conserver un contrôle sur la très chère progéniture de son esprit. Le droit d'auteur, par son empreinte individualiste, n'est pas adapté à la protection des productions culturelles collectives. La Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, adoptée le 17 octobre 2003, définit ce patrimoine comme « les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire – ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés – que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Ce patrimoine culturel immatériel, transmis de génération en génération, est recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur milieu, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur procure un sentiment d'identité et de continuité, contribuant ainsi à promouvoir le respect de la diversité culturelle et la créativité humaine » (art. 2(1)). Ce patrimoine culturel³⁷ se fonde donc sur un lien d'appartenance à une communauté ou un groupe, il se transmet à travers le temps, et rentre *a priori* dans la catégorie des communs (culturels). Par contre, le droit d'auteur n'est pas adapté à la protection de ce patrimoine, notamment parce qu'il protège difficilement les créations collectives, y compris les pratiques artisanales, le folklore ou l'art premier et aborigène (un problème récurrent au Canada et en Australie). Il est difficile d'accorder le modèle propriétaire classique avec des créations générées collectivement, sans origine

³⁶ Voir par exemple les affaires autour du titre « Le journal d'Anne Frank » ou des noms de personnages comme Tintin ou Mickey, discutées notamment par S. DUSOLIER, « Pour un régime positif du domaine public », in *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, op. cit., p. 240-243.

³⁷ Ce patrimoine couvre des pratiques et expressions diverses. Ont par exemple été reconnus comme méritant sauvegarde : l'art du tapis traditionnel kirghiz en feutre, la musique de trompes en calebasse et danse du royaume du Busoga en Ouganda, le sac multifonctionnel noué ou tissé, artisanat du peuple de Papouasie, le tissage traditionnel dans les Émirats arabes unis, etc.

facilement attribuable. La protection d'un tel patrimoine culturel immatériel emprunte donc d'autres formes que la propriété littéraire ou artistique.

La Convention précitée de 2003 vise à assurer la « sauvegarde » définie comme « les mesures visant à assurer la viabilité du patrimoine culturel immatériel », ce qui passe par « l'identification, la documentation, la recherche, la préservation, la protection, la promotion, la mise en valeur, la transmission, essentiellement par l'éducation formelle et non formelle, ainsi que la revitalisation des différents aspects de ce patrimoine » (art. 2(3)). C'est aux États qu'il appartient de prendre les mesures de sauvegarde au niveau national (par exemple assurer des inventaires du patrimoine, ou garantir l'accès à celui-ci). Le régime de sauvegarde (ou de protection) du patrimoine culturel propose donc des formes d'appropriation publique, lesquelles passent par l'Etat. Elles mériteraient d'être complétées par des formes de propriétés collectives aux mains et au profit de communautés. Certes, les Etats sont invités à renforcer « la participation des communautés, des groupes et, le cas échéant, des individus qui créent, entretiennent et transmettent ce patrimoine » (art. 15). Mais les propriétés collectives nécessitent un système de gouvernance qui peut s'avérer complexe à mettre en place (on connaît les difficultés à délimiter le groupe, à déterminer ses représentants, à s'assurer par un modèle de gouvernance qu'ils mettent en œuvre la volonté du groupe, etc.).

En définitive, les objets du patrimoine culturel ont un régime davantage régulé par l'Etat que par les membres de communautés (et en ce sens, ce ne sont peut-être pas des *communia*).

Réflexion #5. La propriété intellectuelle au service des logiciels libres et des « communs créatifs » (ou la propriété comme condition de la liberté)

Beaucoup d'observateurs de la pratique de partage des logiciels dits libres, en particulier sous licence GPL (*General Public License*), 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 informatique³⁸. On parle du mouvement du « *copyleft* », opposé au modèle propriétaire du copyright, mais en réalité le *copy-right* n'est pas abandonné (*left*) au public : l'auteur, par licence, autorise simplement davantage d'actes que ne le fait habituellement le titulaire du droit d'auteur (approche du « *some rights reserved* » plutôt que l'habituel « *all rights reserved* »). Le droit d'usage par des tiers est donc élargi, mais le contrôle propriétaire est maintenu pour

³⁸ 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 ; F. PELLEGRINI et S. CANIVET, *Droit des logiciels. Logiciels privatifs et logiciels libres*, PUF, 2013.

interdire certains usages trop restrictifs, ou 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* »³⁹. L'imposition d'un commun par les licences dites libres ne peut donc dissoudre le modèle propriétaire (« *the master's house* »), il s'appuie sur lui pour le faire bouger sur ses fondations, pour l'infléchir en pratique, pour réduire l'expansion de son empire (lié à l'expansion constante des objets protégés, des droits conférés, de la durée, au renforcement des mesures de mise en œuvre, des mesures techniques de protection, etc.). Le mouvement parfois appelé « du libre » (logiciel 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 Internet. Ces ressources peuvent être réutilisées, en tout cas pour un usage non commercial⁴⁰ ; elles sont aussi faciles à identifier car elles sont facilement référencées par les moteurs de recherche⁴¹.

Mais les logiciels libres et les « communs créatifs » existent grâce à des outils juridiques qui reposent sur la propriété. Ce serait donc la malléabilité de l'outil juridique qui permettrait l'essor des communs (au sein de la propriété). Une flexibilité sans doute trop rarement exploitée. Cette lecture de la pratique du « libre » réhabilite pour partie en tout cas le moule propriétaire, profondément enraciné dans nos institutions privées, puisqu'il offre la matrice pour mettre en place et en marche des communs.

Réflexion #6. Retour sur omnia sunt ©ommunia : l'intégration (subversive) des communs dans le moule propriétaire

Beaucoup de créations intellectuelles, on l'a vu, peuvent être « ©opyrightées » ou protégées par le droit d'auteur, il suffit qu'elles soient le

³⁹ 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* ».

⁴⁰ 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.

⁴¹ L'ingéniosité des creative commons 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 (voir <https://creativecommons.org/licenses/> et <https://support.google.com/websearch/answer/29508?hl=>, consultés le 8 août 2018).

produit de la liberté (de création), ce qui manifeste sans doute l'extension de la marchandisation ou de « l'esprit du capitalisme » au monde de l'esprit. Mais, en même temps, l'usage des licences ouvertes, à l'instar des licences *creative commons*, se généralise, ce qui facilite la diffusion et la réutilisation de beaucoup d'artefacts intellectuels. Cette mise en commun repose pour partie sur la puissance de la propriété.

Encore faut-il s'expliquer sur ce qu'on entend par « propriété », un objet complexe jamais bien identifié. Et d'abord se défaire de la conception du droit de propriété au sens du Code civil (art. 544) qui le réduit à la maîtrise-jouissance du propriétaire sur des biens matériels, avec ses composantes bien connues : droit d'exclure, valable *erga omnes*, droit de disposer, droit de tirer profit, droit de détruire, etc⁴². (En anglais, *ownership* est peut-être un équivalent imparfait de ce large pouvoir reconnu au profit de l'individu propriétaire matériel.) La notion anglo-américaine de *property right(s)*, souvent au pluriel, est plus complexe, elle désigne des maîtrises très variées, fragmentées, limitées dans le temps, et comprend les droits *in personam* susceptibles d'être cédés (donc la maîtrise garantie par contrat peut en faire partie). La notion est plus empirique, moins formaliste (on parle aussi de *property interests* qui renvoie au contenu concret du *property right*, aux diverses utilités qui lui sont associées)⁴³. Ces *property rights* sont en définitive l'ensemble des règles (formelles et coutumières), déterminée par la loi, y compris celle des parties au contrat, mais aussi des pratiques légitimes qui organisent les relations sociales quant aux choses.

Il faut rappeler cette dimension interpersonnelle gommée par le Code civil. Comme le notaient Pierre Dardot et Christian Laval, « la propriété, qu'elle soit privée ou publique, s'est imposée comme médiation naturelle entre les hommes et les "choses" ainsi qu'entre les hommes »⁴⁴. Cet effet de médiation « entre les hommes », le juriste civiliste tend à l'oublier puisqu'on lui enseigne que les droits réels, à commencer par le droit de propriété, sont des droits sur des choses, par opposition aux droits de créance, qui portent sur des prestations d'autrui⁴⁵. Ce qui revient à négliger, voir éclipser, la dimension interpersonnelle de la propriété (et la différence de base entre

⁴² F. OST, D. MISONNE et M.-S. DE CLIPPELE ont bien résumé les caractéristiques de ce modèle propriétaire issu du Code civil (voir *Propriété et biens communs*, *op. cit.*, point A).

⁴³ Voir A. STROWEL, *op. cit.*, p.123-126.

⁴⁴ P. DARDOT et C. LAVAL, *op. cit.*, p. 233.

⁴⁵ Cela dit, les cours de « *Property law* » dans les universités américaines ne semblent pas non plus tenir compte de la richesse de la propriété, qui doit être vue comme couvrant diverses institutions pour la gestion des ressources : voir J. COHEN, « Property as Institutions for Resources : Lessons from and for IP », *Texas Law Review*, vol. 94, 2015, p. 2-57 ; J. GRIMMELMANN, « Real + Imaginary = Complex : Toward a Better Property Course », *Journal of Legal Education*, vol 66, été 2017, n° 4, p. 930-955.

ces droits et les droits de créance ou personnels accentue encore cette éclipse)⁴⁶.

Dans la littérature française sur les communs, on a mis en évidence la notion de « *bundle of rights* » ou « faisceau de droits » pour désigner le contrôle sur les choses réparti entre plusieurs personnes. En tout cas, Elinor Ostrom et Edella Schlager ont utilisé cette notion de « *bundle of property rights* » pour caractériser les arrangements institutionnels adoptés par diverses communautés locales pour préserver des ressources rivaes et difficilement excluables (par exemple dans le domaine de la pêche). Leur article commun, souvent repris dans la littérature française sur les communs⁴⁷, *Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis*, souligne que « 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 »⁴⁸ en ce qui concerne la gestion de ressources naturelles. C'est dans cet article qu'Elinor Ostrom distingue cinq statuts associés aux droits de propriété détenus par les personnes : les statuts de visiteur, utilisateur (*authorized user*), gestionnaire (*claimant*), propriétaire au sens étroit (*proprietor*) et propriétaire au sens large (*owner*). Selon cette approche très éloignée du monisme du Code civil, la propriété n'est donc pas une et exclusive, elle se découpe en une multitude de rôles répartis entre divers individus. Il est significatif de constater que selon E. Ostrom et E. Schlager, les règles de propriété (les *property rights*) sont soit *de jure* (lorsqu'établies 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 importants⁴⁹. 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 droits de propriété 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

⁴⁶ Voir aussi F. OST, D. MISONNE et M.-S. DE CLIPPELE, *op. cit.*, point A.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ 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).

⁴⁹ *Ibidem*, p. 255.

des coûts de surveillance et de mise en œuvre réduit les coûts et inefficacités du système.

Si l'on adopte cette notion (large) de « *property rights* », incluant des « régimes propriétaires *de facto* », « de nombreux communs sont tributaires de formes juridiques propriétaires quand bien même ils délaissent la propriété privée exclusive »⁵⁰ (et les communs de pêche analysés par E. Ostrom et E. Schlager en sont une bonne illustration).

En ce sens, il n'y a pas extériorité de la propriété et des communs, mais intégration (subversive) des communs dans le domaine propriétaire. Comme l'a rappelé 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 »⁵¹. On pourrait sans doute multiplier les exemples où revendications de communs et désirs d'appropriation-réappropriation se mêlent, l'organisation et la répartition de la maîtrise entre les membres de la communauté faisant toute la différence.

En ce sens, le(s) commun(s) ne peuvent être pensés comme *l'autre* de la propriété⁵², comme radicalement *contre* la propriété, c'est plutôt de la propriété revue et corrigée⁵³. 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" »⁵⁴. Ce paradoxe (la propriété commun(al)e ou le propre comme commun) se retrouve dans l'oxymore en titre de cette contribution : @ommunia. Les nouveaux régimes, par exemple ceux des logiciels libres et des communs créatifs, s'articulent donc à la

⁵⁰ S. BROCA, *op. cit.*, § 8.

⁵¹ 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, *op. cit.*, § 4).

⁵² S. BROCA, *op. cit.*, § 2 *in fine*.

⁵³ Voir aussi : J. ROCHFELD, « Penser autrement la propriété. La propriété s'oppose-t-elle aux "communs" ? », *Revue internationale de droit économique*, vol. XXVIII, 2014/3, p. 365 et s.

⁵⁴ 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.

propriété, ne tournent pas le dos au mode propriétaire, mais se superposent à la propriété pour l'infléchir vers les communs.⁵⁵

2. L'essor des biens immatériels et le règne de l'économie numérique : (Big) Data sunt Communia ?

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 »⁵⁶. En réalité, la connaissance et l'information – on reviendra sur la terminologie de ces intangibles – sont l'objet de multiples formes d'appropriation (sans qu'un droit de propriété leur soit dédié), elles sont largement devenues des marchandises (même si elles ne sont pas des marchandises *comme les autres*). Car l'économie (capitaliste) a étendu ses rets invisibles pour saisir et exploiter ces nouvelles ressources, 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 »⁵⁷.

En effet, comme le reconnaissent d'ailleurs les 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 de commun que *par destination*. Il est clairement possible de concevoir un usage propriétaire ou une destination privative des informations et connaissances, même si, contrairement à la plupart des biens matériels, celles-ci sont des biens non-rivaux (en ce sens que l'usage par l'un n'empêche en principe pas l'usage par un autre).

⁵⁵ En ce sens, F. OST, D. MISONNE et M.-S. DE CLIPPELE, *op. cit.* (lorsqu'ils théorisent ces modèles alternatifs, ces auteurs utilisent d'ailleurs les termes de « transpropriation » et de « dépropriation » qui font référence au modèle propriétaire).

⁵⁶ 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).

⁵⁷ *Ibidem*. A. GORZ 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 ».

Réflexion #1. Communs numériques, informationnels, de la connaissance : est idem ? De l'utilité, et de la difficulté, de distinguer data, information et connaissance

La littérature sur les communs distingue habituellement les communs naturels des communs informationnels ou de la connaissance⁵⁸. 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 Wikipedia ou les communautés de logiciels libres. Certains proposent d'autres exemples de biens informationnels susceptibles de générer des communs : les résultats de la recherche scientifique (l'*Open Access*), les plateformes d'échanges *peer-to-peer*, l'authentique « *sharing economy* »⁵⁹, la cybersécurité sur les réseaux, les savoirs traditionnels, la base de données cartographique OpenStreetMap, les *hackerspaces*, Internet lui-même, etc⁶⁰. Difficile de trouver l'appellation juste pour qualifier ces intangibles variés mais qui, par nature, semblent tous destinés au partage.

Les distinctions deviennent par ailleurs subtiles : si l'on suit certains auteurs, par exemple Charlotte Hess, « en un sens, tous les communs sont des communs de connaissance »⁶¹. S'appuyant sur les travaux d'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 »⁶². 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 – mais ce partage intellectuel peut affecter l'accès à des biens variés. Si tout commun repose sur des échanges de connaissances, il faut distinguer les

⁵⁸ 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.

⁵⁹ À ce propos, voir M. BAUWENS, *Sauver le monde, Vers une économie post-capitaliste avec le peer-to-peer*, Les liens qui libèrent, 2015 et, du même, « Plan de transition vers les communs : une introduction », in *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.

⁶⁰ Cette liste de communs informationnels reprend largement celle proposée par C. HESS, *op. cit.*, p. 260-261.

⁶¹ 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.

⁶² *Ibidem*, p. 262.

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 serait non 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.

Peut-être peut-on utilement introduire des distinctions parmi ces communs selon la « matière intellectuelle »⁶³ en cause. Les biens intellectuels 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* », mot dérivé du latin « *dare* ». En ce sens, les *data* seraient des éléments bruts qui pourraient être abstraits des phénomènes, comme s'ils étaient « donnés » par ces derniers⁶⁴. En réalité, les données sont « prises » (du latin « *capere* ») ou extraites des phénomènes grâce à des instruments de mesure et d'observation (par ex. le météorologue utilise divers outils, thermomètre, pluviomètre, images satellites, etc. pour extraire certains faits du 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 (impliquant de réduire, traiter, analyser, organiser, interpréter, etc. des données) qui ajoute de l'organisation, mais aussi de la valeur et du sens aux données collectées (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 augmente⁶⁵.

Ces informations peuvent elles-mêmes nourrir des connaissances, qui peuvent déboucher sur des opérations ou instructions utiles (par ex. pour des agriculteurs ou des pêcheurs en mer). La connaissance, en tout cas des

⁶³ Soulignons le paradoxe de l'expression.

⁶⁴ Nous suivons ici les réflexions de R. KITCHIN, *The Data Revolution, Big Data, Open Data, Data Infrastructures & Their Consequences*, SAGE, 2014, p. 2.

⁶⁵ 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).

réalités physiques, est de l'information opératoire qui peut se traduire dans des processus. Pour emprunter une image⁶⁶, 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.

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, celui de communs numériques, est sans doute trop vaste pour être opérationnel : aujourd'hui l'information et la connaissance mais aussi les données sont numérisées, et rentrent donc dans les communs numériques, lesquels incluent aussi les « communs créatifs » et les communs logiciels déjà évoqués ci-dessus.

Parmi les communs non naturels qui méritent d'être étudiés, C. Hess cite l'apprentissage des modes pour « stocker, partager et préserver les “big data” »⁶⁷. Il apparaît utile d'évoquer les débats qui se manifestent autour des communs de données (les « *data commons* ») au moment où l'on songe à étendre les droits de propriété *de jure* à ces données. On verra qu'à nouveau, la revendication de communs semble subvertir de l'intérieur le modèle propriétaire qui, lui-même, tend à s'étendre aux données, devenues de nouveaux biens à valeur économique.

Réflexion #2. Les Big Data : de nouveaux gisements de valeur et objets d'appropriation ?

Il n'y a pas de définition rigoureuse des *Big Data*⁶⁸ (ou, en français, « mégadonnées »). Le terme *Big Data* désigne des vastes quantités de données numériques, très variées et dynamiques, qui sont transmises sur des réseaux informatiques et peuvent être analysées à l'aide de nouveaux outils d'analyse de données (*data analytics*)⁶⁹. On caractérise habituellement ces données à travers le slogan des 3V (grand(e) Volume, Vitesse et Variété), auxquels des entreprises ajoutent parfois d'autres V, comme Vérité ou Valeur, dans une démarche de marketing. L'approche *Big Data* ne s'appuie pas sur des structurations préexistantes à la collecte des données, mais découvre au sein des grands volumes de données des

⁶⁶ 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.

⁶⁷ C. HESS, « Communs de la connaissance, communs globaux et connaissance des communs », in *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, *op. cit.*, p. 261.

⁶⁸ V. MAYER-SCHÖNBERGER et K. CUKIER, *Big Data. A revolution that will transform how we live, work, and think*, Houghton Mifflin Harcourt, 2013, p. 6.

⁶⁹ R. KITCHIN, *op. cit.*, p. XV.

constantes, des modèles (*patterns*) et des corrélations⁷⁰. Il ne s'agit plus de comprendre à partir d'un principe de causalité (le *know why*), il s'agit de saisir des corrélations (le *know what*). Cette approche renouvelle singulièrement la méthode suivie en sciences, qui, au fil des âges, a été basée sur la théorie, puis sur l'expérimentation, puis sur des modèles hypothético-déductifs recourant à des calculs et simulations, et qui, aujourd'hui, serait basée sur la fouille de données afin d'y découvrir des régularités⁷¹. Ainsi, pour qu'un système de recommandation conçu par des *data scientists* (comme celui d'Amazon ou Netflix) fonctionne bien, il ne faut pas comprendre pourquoi les consommateurs achètent tel ou tel bien, il suffit d'identifier des corrélations d'achat⁷² (par exemple entre le livre de P. Dardot et C. Laval, *Commun*, et celui de M. Bauwens, *Sauver le monde*). De même, l'augmentation des requêtes de recherche sur Google relatives aux symptômes de la grippe peut être corrélée au développement d'une épidémie de grippe dans une région, et *Google Flu* peut donc repérer avant les autorités sanitaires un début d'épidémie de grippe et sonner l'alerte⁷³. L'objet d'une démarche Big Data n'est « pas l'information, séquence de signes pouvant être interprétés, mais bien la donnée elle-même »⁷⁴.

Dans l'univers *Big Data*, la valeur économique se trouve du côté de la donnée⁷⁵ (brute), comme le pétrole (brut) est la (res)source d'un système économique complexe. Tous deux ont abouti au développement d'infrastructures (les routes et pipelines, les réseaux de télécommunications), de nouveaux secteurs industriels (l'automobile, les services Internet), voire de nouvelles politiques (dictées par l'accès au pétrole ou le contrôle des données). L'analogie *data* - pétrole⁷⁶ s'avère aussi utile pour comprendre les défis de cette économie des données : comment extraire, exploiter, collecter, raffiner, transporter, et éviter les fuites ? Une économie basée sur les données crée aussi de nouveaux rapports de force, y compris à l'égard

⁷⁰ P. DELORT, *Le Big Data*, coll. Que sais-je?, PUF, 2015, p. 9.

⁷¹ *Ibidem*, p. 94-95 (avec référence à: T. HEY, « The Next Scientific Revolution. How Data Mashups Can Help Save the World », *Harvard Business Review*, <https://hbr.org/2010/11/the-big-idea-the-next-scientific-revolution>, consulté le 25 octobre 2018). Voir aussi : R. KITCHIN, « Big Data, new epistemologies and paradigm shifts », *Big Data & Society*, avril-juin 2014, p. 1-12.

⁷² V. MAYER-SCHÖNBERGER et K. CUKIER, *op. cit.*, p. 50-52.

⁷³ Mais des biais de recherche peuvent aussi exister, par exemple en cas de nouvelles alarmantes sur la grippe aviaire à l'autre bout du monde ou la découverte d'un nouveau vaccin (voir l'analyse détaillée de P. DELORT, *op. cit.*, p. 29-39).

⁷⁴ P. DELORT, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁵ V. MAYER-SCHÖNBERGER et K. CUKIER, *op. cit.*, p. 101 (« *data is starting to look like a new resource or factor of production* »).

⁷⁶ Voir « Data is giving rise to a new economy », *The Economist*, 6 mai 2017 (« *Data are to this century what oil was to the last one : a driver of growth and change* »).

des citoyens⁷⁷, et de nouvelles positions dominantes qui pourraient poser des problèmes de concurrence⁷⁸ (Standard Oil hier, Google et Facebook aujourd'hui ?).

Ce sont les nouvelles technologies qui ont fait émerger cette « nouvelle classe d'actif »⁷⁹: avant la collecte de myriades de données en temps réel (notamment les données de connexion, de recherche et de localisation à partir de nos téléphones portables), avant la généralisation des senseurs, puces RFID⁸⁰ et autres capteurs de données dans les objets (montres, voitures, thermostats intelligents, etc.), avant le stockage de ces quantités astronomiques de données⁸¹ dans d'immenses « *data centers* », avant le développement d'outils de traitement spécifique faisant appel à l'intelligence artificielle, ces données étaient perdues ou ignorées, et en tout cas sans valeur. Aux mains de larges corporations (notamment les géants de l'Internet⁸²), ces technologies facilitent la capture de ces biens autrefois inexploités, ce qui, lorsque les données sont personnelles, n'est pas sans poser de risques pour la vie privée⁸³. Un nouveau paradoxe se révèle : au

⁷⁷ E. MOROZOV, *Le mirage numérique. Pour une politique du Big Data*, Les prairies ordinaires, 2015, p. 16 : « Les données sont un instrument de domination précisément parce qu'une fois que nous les avons cédées, elles deviennent capables de déterminer notre avenir ».

⁷⁸ Difficiles encore à appréhender par les économistes comme le rappelait D. COYLE, « Digital platforms force a rethink in the theory of competition », *Financial Times*, 18 août 2017). Pour une première discussion des effets de réseaux-données (*data-network effect*), voir A. STROWEL et W. VERGOTE, « Digital Platforms: To Regulate or Not To Regulate », http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-7/uclouvain_et_universit_saint_louis_14044.pdf (consulté la dernière fois le 25 octobre 2018).

⁷⁹ Le terme (« *new asset class* ») a été utilisé une première fois dans un rapport de 2011 du *World Economic Forum*, organisateur de la célèbre conférence de Davos.

⁸⁰ RFID pour *radio frequency identification*. Ces puces miniaturisées sont déjà utilisées dans le secteur de la distribution et de la logistique, elles devraient se déployer dans les secteurs de la santé, de la surveillance, etc.

⁸¹ L'article de *Nature*, qui a popularisé le terme en septembre 2008, titrait « Big Data, Science in the Petabyte Era ». Pour évaluer la quantité de bits (valeur 0 ou 1) contenus dans un support de stockage, on parlait de pétaoctet (10^{15}) il y a 10 ans, aujourd'hui on peut arriver au zettaoctet (ou 10^{21} soit 10 suivi de 21 « 0 ») de données en un an. Selon *The Economist* (« Data is giving rise to a new economy », 6 mai 2017), la société d'étude de marché, IDC, estime que l'on atteindra 180 zettaoctet par an en 2025, un volume de données dont la transmission sur une connexion Internet à large bande (au standard actuel) prendrait 450 millions d'années. C'est dire que des « tuyaux » colossaux sont requis pour acheminer ces vraiment *Big Data*. D'où le gigantisme des « raffineries » actuelles de données.

⁸² Pour ses détracteurs, les *Big Data* vont d'ailleurs de pair avec *Big Business* et *Big Brother* (P. DELORT, *op. cit.*, p. 6). Ces deux dérives illustrent les excès du marché, avec la montée en puissance des « corporations », et de l'Etat, avec les risques de surveillance généralisée – d'où sans doute la nécessité de trouver ici comme ailleurs une voie tierce qui restaure l'autonomie des communautés de citoyens.

⁸³ C. HESS, *op. cit.*, p. 269 : « Les enclosures de communs sont souvent rendues possibles par la capacité qu'ont les nouvelles technologies de capturer des biens publics qui leur étaient

moment où apparaissent ces nouvelles ressources non-rivales, et donc aptes à déboucher sur des communs, des techniques de contrôle se développent et se renforcent (par exemple pour préserver la position de force de son détenteur, pour assurer la sécurité des réseaux ou pour protéger la vie privée des tiers)⁸⁴. Le risque d'*enclosure* immatérielle accompagne la génération possible de nouveaux communs numériques sur les données. L'*enclosure* peut déboucher sur la consécration législative d'une nouvelle propriété (ou reposer sur une série de dispositifs technico-juridiques).

Réflexion # 3. La tentation d'une nouvelle propriété sur les data

L'ancien commissaire européen pour l'économie et la société numérique, G. Oettinger, avait plaidé dans une carte blanche (*Le Monde*, 15-16 octobre 2016) en faveur d'un « code civil sur les données » définissant les règles du jeu quant à l'appropriation des données, comme l'avait fait le Code civil pour les biens matériels⁸⁵. En janvier 2017, la Commission européenne a publié une communication intitulée *Créer une économie européenne fondée sur les données*⁸⁶. Outre qu'elle entend promouvoir la libre circulation des données au sein de l'Union, alors que les États membres prévoient des obligations de localiser les données sur des serveurs situés sur leur territoire (obligation de « *data localisation* »⁸⁷), la

auparavant inaccessibles. C'est le cas des tronçonneuses pour les forêts, ou des chalutiers pour les océans. C'est également vrai pour l'informatique ou l'information en réseau. ».

⁸⁴ Comme pour d'autres biens (potentiellement) communs, le dispositif de contrôle et de gouvernance qui s'installe autour de ces ressources est décisif. Lorsque la technologie permet l'exploitation, par exemple celle des nouvelles mines de données à travers le « *data mining* » (en français, la fouille de données), le risque d'appropriation à grande échelle existe.

⁸⁵ G. OETTINGER, « Pour un "code civil" des données numériques », *Le Monde*, 15-16 oct. 2016 (« De même, que le code civil régit de façon claire, entre autres, le droit de propriété, de possession et de bail pour les biens meubles et immeubles, nous avons besoin d'un code civil pour l'ère du numérique qui clarifie en détails les questions qui peuvent se poser en matière de droits relatifs aux données... C'est au niveau de l'Union européenne qu'il faut établir une telle législation »). Sur l'idée du code civil comme déterminant « la règle du jeu » : voir A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français, La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, LGDJ, 1973.

⁸⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Créer une économie européenne fondée sur les données », COM(2017) 9 final du 10 janvier 2017, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017DC0009&from=EN> (consulté la dernière fois le 25 octobre 2018).

⁸⁷ La Commission accepte toutefois certaines restrictions à la libre circulation : « les exigences relatives à la localisation des données peuvent être justifiées et proportionnées dans certains contextes ou en ce qui concerne certaines données », par exemple afin de « garantir la sécurisation du traitement de certaines données relatives aux infrastructures énergétiques critiques, ou la disponibilité de preuves électroniques (sous forme de copies localisées d'ensembles de données par exemple) pour les autorités répressives, ou le stockage local des données détenues dans certains registres publics » (*ibidem*, sous le point 2).

Commission s'interroge sur l'opportunité de consacrer un nouveau droit de propriété sur les données *non personnelles*. (On verra ci-dessous qu'une forme de propriété existe déjà *de jure* sur les données personnelles). La Commission constate tout d'abord que « les données brutes produites par des machines ne sont pas protégées par les droits de propriété intellectuelle existants puisqu'elles ne sont pas considérées comme étant le fruit d'une création intellectuelle ». Examinant la pratique, la Commission note toutefois que « les fabricants ou les prestataires de services peuvent devenir les propriétaires 'de fait' des données que leurs machines ou leurs processus génèrent, même si ces machines sont la propriété de l'utilisateur »⁸⁸. La Commission semble reconnaître une propriété de fait⁸⁹ au profit des fabricants ou de tiers fournisseurs de services, en dépit de la propriété légale de l'utilisateur de la machine (cette dernière propriété qui inclut, selon le code civil, le droit au *fructus* ne doit-elle pas s'étendre aux données générées par la machine, en tant que fruits de la chose ?). La Commission identifie aussi le risque d'appropriation contractuelle, et envisage de faire des propositions « sur la manière d'aborder les droits au contrôle des données à caractère non personnel dans les contrats ». La solution préconisée pourrait prendre la forme de règles contractuelles par défaut. Mais la Commission entend également prendre position sur l'utilité de créer un nouveau « droit du producteur de données »⁹⁰, conférant au « propriétaire ou [à] l'utilisateur à long terme du dispositif (le locataire), un droit d'utiliser et d'autoriser l'utilisation de données à caractère non personnel »⁹¹. Si certains commentateurs sont favorables à l'instauration d'un droit sur les données non personnelles⁹², d'autres ont pris une position plus critique et doutent de l'opportunité d'instaurer une telle propriété⁹³. Le

⁸⁸ *Ibidem*, sous les points 3.3 et 3.4. Selon la Commission, « le contrôle «de fait» de ces données peut représenter un facteur de différenciation et un avantage concurrentiel pour les fabricants », il s'obtient par l'imposition aux utilisateurs de clauses contractuelles abusives ou par l'usage de moyens techniques (formats propriétaires ou cryptage des données).

⁸⁹ E. OSTROM et d'autres rangeraient cette propriété « de fait » sous la notion de « *property right* » qui, on l'a vu ci-dessus, englobe les dispositifs de contrôle de facto sur une ressource.

⁹⁰ Ce droit est à distinguer du droit intellectuel déjà consacré au profit du producteur ou « fabricant d'une base de données » (voir directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données, art. 7 qui définit ce droit intellectuel qualifié dans la directive de « droit *sui generis* »).

⁹¹ Communication de la Commission, *op. cit.*, point 3.5.

⁹² J. CÉSAR, J. DEBUSSCHE, B. VAN ASBROECK, « White Paper – Data ownership in the context of the European data economy : proposal for a new right », <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2017/global/data-ownership-in-the-context-of-the-european-data-economy> (consulté la dernière fois le 25 octobre 2018) et l'étude annexée intitulée *Data Ownership. A New EU right in data*, 31 mars 2017.

⁹³ Voir par ex. A. WIEBE, « Protection of industrial data – a new property right for the digital economy ? », *GRUR Int.*, 2016, p. 877 et s. ; J. DREXL, R. HILTY, L. DESAUNETTES *et al.*, « Data

droit de propriété proposé par la Commission pourrait *a priori* renforcer la position des utilisateurs et « contribuerait à libérer les données produites par les machines »⁹⁴ (on retrouve ici l'association perpétuelle entre propriété et liberté sur laquelle on reviendra en conclusions). Si un tel droit de réservation peut faciliter les flux de données, il risque aussi de renforcer la position des co-contractants (le fabricant du dispositif, par exemple un capteur, ou celui qui l'intègre dans le produit, par exemple dans une voiture connectée) puisque l'utilisateur sera amené à transférer par contrat ses droits éventuels sur les données générées par la machine qu'il possède.

Néanmoins, si un régime de propriété sur données est instauré, il sera probablement assorti d'exceptions. Dans sa communication, la Commission reconnaît la nécessité de prévoir des exceptions au droit de contrôler l'utilisation des données, notamment au profit des pouvoirs publics, par exemple, s'agissant des données générées par une voiture connectée, afin d'assurer une gestion optimale de la circulation automobile et de préserver l'environnement. Un régime de propriété, s'il est adéquatement assorti d'exceptions impératives, peut ouvrir l'accès aux ressources appropriées. C'est le paradoxe du régime propriétaire : il peut libérer l'accès à une ressource en interdisant son appropriation par contrat. Ce paradoxe est illustré par un arrêt *Ryanair c. PR Aviation* de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de base de données⁹⁵. Selon la Cour, si Ryanair ne dispose pas de droit intellectuel sur la base de données relative à ses vols, aucune des exceptions au droit intellectuel légalement prévues n'est applicable. En ce cas, il n'y a pas de restriction aux limitations contractuelles que Ryanair peut imposer à ceux qui souhaitent utiliser ses données de vols (et c'est ce que fait Ryanair en interdisant leur réutilisation dans les conditions générales, les *Terms of Use*, de son site)⁹⁶. Plus généralement, la liberté assurée par l'exception impérative au régime propriétaire (ici au droit intellectuel sur la base de données) n'existe pas en dehors de ce régime, et la liberté contractuelle permet de contrôler et d'interdire ce que la propriété

Ownership and Access to Data, Position statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition », *Research Paper*, 16 août 2016 n° 16-10, ssrn.com: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2833165 (consulté la dernière fois le 25 octobre 2018).

⁹⁴ Communication de la Commission, *op. cit.*, point 3.5.

⁹⁵ C.J.U.E., 15 janvier 2015, *Ryanair c. PR Aviation*, C-30/14, ECLI:EU:C:2015:10.

⁹⁶ Le régime de protection des bases de données (art. 8 de la directive précitée 96/9/CE) impose des exceptions en faveur de l'utilisateur légitime qui ne peuvent être écartées par contrat. Celles-ci ne sont pas applicables si les conditions d'existence du droit intellectuel ne sont pas respectées. Il n'existe donc pas de régime de protection de l'accès aux données en dehors du régime propriétaire (sauf à s'appuyer sur la liberté d'expression et d'information). D'où les critiques quant à l'absence de protection du « domaine public », si ce n'est en creux ou en négatif de la propriété (voir S. DUSOLIER, « Pour un régime positif du domaine public », *op. cit.*).

ne permet pas de réserver (puisque le droit de propriété intellectuelle est assorti d'exceptions légales).

Cette discussion montre que le régime propriétaire remis en cause par le mouvement des communs englobe bien davantage que les règles déterminant le droit de propriété : les dispositions contractuelles en font clairement partie, ainsi que les dispositifs pratiques de contrôle permis par la technologie (c'est le triangle de base de la propriété, des contrats et des dispositifs technico-pratiques). Pour bien saisir l'étendue du modèle propriétaire, on ne peut donc se contenter d'étudier les règles de la propriété, il faut examiner ses interactions avec les contrats et les mécanismes de réservation *de facto* – l'étude de la propriété et des communs nécessite cet élargissement de vue. Il en va ainsi en particulier en matière d'appropriation des données : comprendre le modèle propriétaire implique d'inclure à tout le moins le droit des secrets d'affaires, le droit de la concurrence et le droit des consommateurs, voire des régimes spécifiques d'accès aux données (par exemple dans la régulation REACH en matière de substances chimiques), comme l'a d'ailleurs fait une « étude juridique sur la propriété et l'accès aux données »⁹⁷.

Réflexion # 4. Data personae est proprietas ?

Comme à d'autres moments de l'histoire de la propriété, la diffusion du modèle propriétaire qui transforme les données en biens est pour partie justifiée par la protection des personnes. On peut en donner un exemple en matière de protection de la vie privée et des données personnelles. Ces dernières qui font partie du *Big Data* ont, comme d'autres données, acquis une valeur économique indéniable. Le système de protection des données personnelles qui s'est développé depuis les années 1980 en Europe ne confère pas aux individus de droit de propriété au sens plein sur leurs données, ni ne consacre leur pleine autonomie par rapport à ces données, mais néanmoins, l'extension des prérogatives des individus sur leur données révèle l'essor du régime propriétaire. Procédons à un bref survol du régime de protection des données personnelles.

En vertu de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, les personnes physiques se voient reconnaître un faisceau de droits, parmi lesquels : le droit de consentir de manière

⁹⁷ *Legal study on Ownership and Access to Data. Final report of a study prepared by Osborne Clarke LLP for the European Commission (DG Connect)*, 2016, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/legal-study-ownership-and-access-data-smart-20160085> (consulté la dernière fois le 25 octobre 2018).

éclairée à un traitement de données (art. 7(a)), le droit d'être informé sur l'existence d'un fichier et d'un traitement des données personnelles (art. 10), le droit d'avoir accès à ces données détenues par le maître du fichier (art. 12), le droit de s'opposer à un traitement de données les concernant (art. 14 (a)), le droit de rectifier les données personnelles non conformes, de les effacer ou de les verrouiller (art. 14 (b)), le droit à la qualité des données traitées et à une collecte pour des finalités déterminées, explicites et légitimes (art. 6), etc. Une certaine autonomie des individus sur leurs données a ainsi été consacrée par le droit afin de garantir la liberté et la protection des personnes⁹⁸.

De manière significative, le règlement général sur la protection des données personnelles (RGPD)⁹⁹ du 27 avril 2016, entré en vigueur le 25 mai 2018, étend la panoplie des prérogatives par rapport aux données personnelles et renforce leur « commodification » à travers le nouveau droit à la portabilité des données personnelles. Selon le RGPD, les données personnelles désignent « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée) » (art. 4(1))¹⁰⁰. Selon l'article 20 relatif au « droit à la portabilité des données », les personnes concernées « ont le droit de recevoir les données à caractère personnel les concernant qu'elles ont fournies à un responsable du traitement, dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine, et ont le droit de transmettre ces données à un autre responsable du traitement ». En permettant ainsi aux individus d'obtenir une copie qui soit *machine-readable* des (i) données personnelles, (ii) des données fournies par le responsable du traitement des données (défini à l'article 4(7))¹⁰¹, ainsi que (iii) des données observées à son propos en tant qu'utilisateur d'un service (selon le régulateur européen)¹⁰², le RGPD permet le

⁹⁸ Voir T. LÉONARD et Y. POULLET, « Les libertés comme fondement de la protection des données nominatives », in *La vie privée est une liberté parmi d'autres ?*, F. Rigaux (dir.), Larcier, 1992, p. 231 et s.

⁹⁹ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

¹⁰⁰ Selon cet article 4(1) : « est réputée être une « personne physique identifiable » une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale ».

¹⁰¹ Est responsable du traitement « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement ».

¹⁰² C'est l'interprétation extensive des données sujettes à l'obligation de portabilité qui est proposée par l'organe européen de régulation des données personnelles, le Groupe de l'article 29 (voir Article 29 WP, Guidelines on the right to data portability, WP242 (2017), disponible sur http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=50083 consulté le 18 août 2017). La

transfert de ces données personnelles d'un service à l'autre, augmentant certes l'autonomie des individus, mais renforçant au passage la commodification de ces données¹⁰³. La commodification des données, qui les transforme en biens échangeables et transférables sur le marché, est donc déjà consacrée pour les données personnelles dans la législation européenne (le RGPD), mais pas pour les données dites brutes ou industrielles (voir ci-dessus)¹⁰⁴. Comme si l'attraction de la propriété est plus forte pour les données qui touchent de près la personne¹⁰⁵. Un autre objectif plus ou moins avoué de ce droit à la portabilité des données est de lutter contre les positions dominantes de certains détenteurs de données personnelles en facilitant la concurrence entre services et plateformes. L'objectif de libération des individus par rapport à certains opérateurs dominants ainsi que la libre concurrence entre opérateurs justifient cette composante propriétaire du droit aux données personnelles.

Le régime propriétaire (et l'espace de liberté qu'il ouvre) est donc inscrit au cœur de la législation en matière de vie privée qui crée un faisceau étendu de droits nouveaux (un large « *bundle of property rights* »). Cette réflexion étonnera peut-être les défenseurs de la vie privée mais elle est conforme à l'historique du droit à la vie privée¹⁰⁶ et du *right to privacy*. On

Commission européenne semble toutefois plus réservée et souhaiterait exclure la portabilité des données fournies aux autres utilisateurs, par exemple d'un réseau social. Une large interprétation aboutirait à d'inextricables conflits entre droits, dès lors que les autres usagers peuvent aussi revendiquer des droits sur des données devenues en réalité « interpersonnelles ».

¹⁰³ En ce sens : A. GÄRTNER et K. BRIMSTED, « Let's Talk about Data Ownership », *EIPR*, 2017, p. 465.

¹⁰⁴ Néanmoins, la Commission (Communication, *op. cit.*, point 5.1) envisage la problématique émergente de la portabilité des données non personnelles qui devra être articulée à d'autres aspects de la « gouvernance des données », à savoir la transparence pour les utilisateurs, la gestion de l'accès aux données et l'interopérabilité.

¹⁰⁵ On devrait d'ailleurs étudier dans cette perspective les divers niveaux de contrôle sur les biens matériels en fonction de la proximité de la personne, la propriété matérielle des « biens de famille » étant plus forte par exemple que celle sur des biens totalement fongibles. Dans le classement des propriétés, la distinction faite par PORTALIS (fils) entre propriété par appropriation et propriété par nature est pertinente : « Ce que l'homme tire de sa propre substance, ce que son intelligence a produit, les révélations de sa pensée, sont-ce des choses extérieures qu'il ait besoin de s'approprier ? Non, c'est encore lui, hors de lui : là, il n'y a pas seulement propriété par appropriation, comme disent les philosophes, mais propriété par nature, par essence, par indivision, par indivisibilité de l'objet et du sujet » (« Intervention devant la Chambre des pairs », in *Moniteur*, 1839, p. 774, cité par S. STRÖMHOLM, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale*, P.A. Norstedt et Söners, 1967, t. I, p. 166).

¹⁰⁶ C'est du droit à la vie privée que relève le droit aux données personnelles, mais ce dernier s'est davantage inséré dans le moule propriétaire que d'autres aspects de la personnalité et de la vie privée (protégés davantage contre des incursions de l'Etat et des tiers, mais moins intégrés dans le commerce). Le droit à l'image, lui aussi partie du droit à la vie privée, et désigné aux Etats-Unis comme le *right of publicity*, est encore davantage marqué par le moule

considère qu'aux États-Unis, ce dernier droit a été extrait de la *common law* et mis en lumière par S. Warren et L. Brandeis en 1890 comme droit « *to be left alone* »¹⁰⁷. Ce n'est pas un hasard si ce droit apparaît à la fin du XIX^e siècle lorsque les technologies comme la photographie ont transformé les images des individus en biens, permettant les premiers débordements par la presse à sensation dont les revenus sont liés à leur exploitation. Comme l'a souligné F. Rigaux, le droit à la vie privée s'est lui-même construit à partir d'une prérogative, déjà connue en droit de la propriété littéraire et artistique, le droit de divulgation qui fait partie des droits dits moraux de l'auteur¹⁰⁸.

Un régime de communs – régime tiers ou de troisième voie entre propriété privée et publique – est aussi concevable pour les données personnelles. On peut en effet imaginer un régime qui ne soit ni de propriété privée (comme en Europe, où les personnes physiques se voient conférer un droit de contrôle sur leurs données, avec la possibilité, comme pour d'autres biens, de donner un consentement pour leur usage), ni de propriété publique (c'est le cas en Chine, où les données des individus appartiennent à l'État qui ne tolère d'ailleurs pas l'anonymat sur Internet, et exploite ces données à des fins publiques comme la sécurité). Encore faut-il trouver une communauté d'individus qui puisse s'organiser afin de gouverner un tel commun de données. L'économie collaborative en offre peut-être l'occasion.

Réflexion # 5. Les Big Data de l'économie collaborative : en faire des communa ?

L'une des définitions de « l'économie collaborative » (ou de « l'économie des plateformes numériques »)¹⁰⁹ met en évidence l'effet de partage de ressources. On parle d'ailleurs de « *sharing economy* » en

propriétaire, notamment suite à la pratique contractuelle en matière d'images de célébrités. On a pu lui attribuer la qualité de quasi-droit intellectuel: J.C.S. PINCKAERS, *From Privacy Towards a New Intellectual Property Right in Persona*, Kluwer, 1996 ; H. BEVERLEY-SMITH, A. OHLY et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Privacy, Property and Personality*, Cambridge UP, 2005 ; T. HASSLER, *Le droit à l'image des personnes : entre droit de la personnalité et propriété intellectuelle*, LexisNexis, 2014.

¹⁰⁷ S. WARREN et L. BRANDEIS, « The Right of Privacy », *Harvard Law Review*, vol.4, 1890, p. 193 et s.

¹⁰⁸ F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant et LGDJ, 1990, p. 67. Voir en particulier les développements de S. D. WARREN et L.D. BRANDEIS, *op. cit.*, p. 198 et s.

¹⁰⁹ Il y aurait beaucoup à dire sur la terminologie utilisée, qui capte mal la diversité du phénomène, puisque cette économie englobe à la fois des plateformes capitalistiques visant essentiellement à capter de la valeur (Uber, Airbnb, etc.) et des plateformes d'échanges participatifs qui entendent favoriser d'autres valeurs, comme le don, la convivialité et les relations personnelles. Voir M. LAMBRECHT, « L'économie des plateformes collaboratives », *Courrier hebdomadaire CRISP*, 2016, n° 2311-2312, p. 8-17 ; A. STROWEL et W. VERGOTE, « Digital Platforms : To Regulate or Not To Regulate », *op. cit.*

anglais¹¹⁰. Les plateformes de cette économie réduisent fortement les coûts de transaction entre les diverses faces du marché¹¹¹ (par ex. entre les propriétaires de voitures et les personnes en demande de transport) à travers l'usage d'une interface numérique (une app) facilement consultable (sur un téléphone portable). Elles facilitent ainsi le partage de l'usage de biens. On a souligné qu'elles privilégient l'accès, plutôt que la propriété. Mais les plateformes en vue restent propriétaires des actifs immatériels au cœur de leur activité d'intermédiation, à savoir le logiciel et les données sur les fournisseurs de services et les consommateurs. Il y a là comme un point aveugle de ces plateformes qui chantent le partage des biens tout en gardant jalousement la propriété de ces données. D'aucuns plaident donc pour une ouverture et un partage de ces données sous la forme d'un commun et proposent un modèle¹¹². Un tel partage pourrait aboutir à une collaboration dans la production de biens (à l'instar de ce que Wikipedia a réalisé pour la connaissance). M. Bauwens parle à ce propos d'économie de *peer-to-peer* (de pair à pair ou p2p) basée sur la coopération entre égaux qui créent du commun. Cette économie coopérative (opposée à l'économie extractive de nature capitaliste) devrait reposer notamment sur « un nouveau type de licence, la licence *copyfair* ou licence de réciprocité généralisée »¹¹³.

Ces appels au commun dans le domaine des data restent vagues, et il ne sera pas facile d'arriver à un régime de partage. S'agissant des données non personnelles, la Commission juge qu'« il est possible que des systèmes volontaires de partage de données apparaissent », mais elle estime que les coûts de transaction élevés (notamment la négociation de

¹¹⁰ L'ouvrage de R. BOTSCHAN et R. ROGERS qui a mis en évidence ce nouveau modèle de consommation et qui demeure une référence s'intitule *What's Mine is Yours* (Collins, 2010).

¹¹¹ Une autre définition courante met en évidence la nature bi- (ou multi-)face de ces marchés qui oblige à réviser l'analyse économique (voir les publications du prix Nobel d'économie J. TIROLE et notamment l'analyse sous le chapitre « Quand le digital modifie la chaîne de valeur » de son ouvrage *Economie du bien commun*, PUF, 2016, p. 497-526 ; D. EVANS and R. SCHMALENSEE, *De précieux intermédiaires. Comment Blablacar, Facebook, PayPal ou Uber créent de la valeur*, Odile Jacob, 2017).

¹¹² B. CARBALLA SMICHOWSKI, « Data as a common in the sharing economy : a general policy proposal », document de travail du CEPN n° 2001-10, août 2016, <https://blog.p2pfoundation.net/data-as-a-common-in-the-sharing-economy-a-general-policy-proposal/2016/10/14> (consulté la dernière fois le 25 octobre 2018). Discuter des mérites de ce modèle va au-delà de la présente contribution.

¹¹³ M. BAUWENS, « Plan de transition vers les communs : une introduction », in *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, op. cit., p. 281, qui renvoie au site de la Fondation p2p lequel présente ces licences comme un compromis entre la licence copyleft dite « *full sharing* », les licences non commerciales creative commons et le régime privatif du copyright (<https://blog.p2pfoundation.net/from-copyleft-to-copyfarleft-the-need-for-a-commons-based-reciprocity-license/2015/01/28> ; voir aussi : http://wiki.p2pfoundation.net/CopyFair_License, consultés la dernière fois le 30 octobre 2018).

contrats à ce propos) vont limiter ces échanges¹¹⁴. Mais les autorités publiques peuvent sans doute à travers certaines mesures réduire ces coûts. Par ailleurs, la création de communs de données dans le cadre de l'économie collaborative pourrait être freinée par les droits des individus sur leurs données personnelles, à moins que ces derniers n'exercent à bon escient leur droit à la portabilité de leurs données.

* *

3. Réflexions finales # ∞. Propriété et gouvernance, propriété et liberté

Le mode propriétaire est sans doute indépassable comme forme sociale d'organisation des rapports interpersonnels par rapport aux choses. Et ce même par rapport à l'usage des choses intangibles qui semblent plus facilement se prêter à des usages en commun vu leur caractère non rival. Il n'est pas sûr que de vrais régimes de communs se soient développés autour de ces biens intangibles. Certes, l'accessibilité à ces biens est en principe plus grande dans le monde numérique mais les droits intellectuels, les contrats et la technologie permettent de segmenter l'accès (afin d'extraire de la valeur auprès de catégories différentes d'utilisateurs). Ainsi en va-t-il par exemple d'une émission susceptible d'être diffusée à la télévision et sur Internet dont la consommation n'est pas rivale mais qui sera partagée autrement selon les règles légales (par ex. existence d'une règle de « chronologie des médias » dans la législation), les modes de diffusion (par TV cryptée ou en clair, géo-blocage ou pas d'un service de streaming), les contrats (exclusivité par pays), etc. Les choses changent toutefois.

Le mode propriétaire appliqué aux intangibles ne peut donc pas être ignoré. On a rappelé ci-dessus que l'un ne va pas sans l'autre, et qu'il ne faut donc pas opposer simplement propriété et communs. D'un côté, le régime propriétaire est articulé aux communs. Inversement, les communs ont leur place au cœur du mode propriétaire (trop) dominant. Certes une place souvent trop fragile.

Ce qui fait la différence, ce sont les dispositifs de gouvernance, comme l'avait déjà remarqué E. Ostrom (qui 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). Les modes de

¹¹⁴ Communication de la Commission, *op. cit.*, point 3.4. *in fine*.

gouvernance collective varient fortement selon les ressources et les situations en cause. Sans rentrer dans le détail, on a rapidement évoqué ici certains types de gouvernance pour des biens intangibles, par exemple pour les logiciels libres et les communs créatifs, tout en évoquant la possibilité d'un usage commun des données générées notamment par l'usage des plateformes de l'économie collaborative.¹¹⁵

Une grande difficulté de ces modes de gouvernance est liée à la « titularité diffuse » des prérogatives, évoquée par Pierre Dardot¹¹⁶, ou à la « communauté diffuse » d'ayants droit, selon les mots de J. Rochfeld¹¹⁷. Le régime de propriété exclusive (au sens étroit d'*ownership*, proche de la propriété du Code civil) facilite un mode de gouvernance qui accroît le bien-être ou le profit (plus ou moins bien partagé). Selon R. Cooter et T. Ulen, deux tenants de l'analyse économique du droit, « *ownership is usually best for pursuing wealth, and governance is usually best for pursuing more diffuse goals* »¹¹⁸. La dichotomie est sans doute grossière car le droit de propriété se traduit par une certaine forme de gouvernance. Mais il est sans doute vrai que la propriété exclusive du capital ou d'autres outils de production, voire le contrôle hiérarchique des ressources humaines, facilitent l'optimisation du profit et la poursuite de la richesse. Faire place aux communs dans le modèle propriétaire permet donc non seulement d'éviter les travers de la maximisation de la richesse (la surexploitation des biens naturels) mais aussi de mettre en avant d'autres finalités plus diffuses dont la réalisation se mesure plus difficilement. La mise en avant des communs débouche donc presque nécessairement sur un changement des finalités, ce qui n'est pas le moindre effet du « retour des communs ». En filigrane, cette interrogation – sans réponse : le commun est-il « le symbole d'une révolution à venir, comme un miroir inversé des révolutions modernes menées au nom de la propriété »¹¹⁹ ?

Les grandes révolutions bourgeoises de la fin du XVIII^e siècle se sont faites sous la bannière de la propriété et, indissociablement, de la liberté. La

¹¹⁵ L'organisation de la gouvernance du patrimoine culturel immatériel autour de la notion de « sauvegarde », évoquée également ci-dessus, repose largement sur le modèle public (large contrôle par l'État), tout en admettant une participation minimale des communautés. S'il y a place pour du commun dans la propriété privée, il y a aussi place pour une dose de commun dans le régime de propriété exclusive de l'État.

¹¹⁶ Cette forme de titularité 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).

¹¹⁷ J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 357 et 361.

¹¹⁸ R. COOTER et T. ULEN, *Law and Economics*, Pearson, 2014, p. 124.

¹¹⁹ P. CHARBONNIER et D. FESTA, « Biens communs, beni comuni. Introduction », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, vol. 16, 2016, § 11, <https://traces.revues.org/6622> (consulté la dernière fois le 30 octobre 2018).

propriété foncière censée libérer les paysans était au cœur de ces bouleversements. La revendication de la propriété des auteurs à la même époque visait aussi à libérer les créateurs de la censure publique associée aux privilèges dits de librairie (accordés en fait aux éditeurs). Aujourd'hui encore, le régime propriétaire du droit d'auteur est justifié par l'exercice de la liberté (de création) au point que l'exercice de cette liberté conditionne la naissance d'un droit d'auteur au profit d'un individu (voir *supra*).

Ces vieilles propriétés associées à la liberté ne suffisent plus aujourd'hui : de nouvelles propriétés, mais aussi de nouveaux communs, sont aujourd'hui indispensables dans le domaine des intangibles. La propriété sur les données personnelles, se traduisant notamment par le droit à la portabilité désormais consacré en Europe (voir *supra*), peut contribuer à libérer les individus par rapport aux services Internet qui accaparent leurs données pour mieux les asservir. Mais un certain contrôle sur les données (non personnelles), et donc une forme d'appropriation, est également essentielle pour divers travailleurs, notamment les agriculteurs de l'économie numérique. La propriété sur les champs, éventuellement dans un mode de gestion collective ou commune, n'est plus suffisante à l'ère du *Big Data* : de nouveaux modes d'asservissement potentiel des activités paysannes à travers l'usage de technologies propriétaires couplées à des contrats sur le transfert des données au profit des fabricants d'objets intelligents (par ex. les nouveaux tracteurs avec capteurs de données diverses¹²⁰) aboutissent à de nouvelles dépendances. Il importe d'explorer et promouvoir un régime interdisant une désappropriation de ces données, voire instaurant un partage au sein de communautés d'agriculteurs. S'il faut imaginer et mettre en place des communs de données, il faut aussi mieux dessiner les contours des propriétés touchant les données, en particulier leurs exceptions. Pour aboutir au bon équilibre : ce que l'on pourrait désigner comme le *data @mmunia*.

¹²⁰ Aujourd'hui, certains constructeurs revendiquent la propriété des logiciels intégrés aux tracteurs vendus pour s'opposer à leur modification, voir à la 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 (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).