

L'article 2B du nouveau code de commerce uniforme : Une prédation sur la plus grande industrie du XXI^e siècle

Philippe BAUMARD, article publié dans la *Revue Française de Géoéconomie*, No 8, février 1999, pp. 79-89

Avec une industrie de l'information américaine dépassant en 1996 les 700 milliards de dollars, s'annonce non pas une nouvelle ère sociale, mais un nouvel enjeu géoéconomique mondial. La transaction électronique d'information est l'arrière plan des enjeux technologiques du XXI^e siècle. Conseil, activités de production et de commercialisation de connaissance, recherche, innovation... Tous les leviers majeurs de la domination économique dans une société de services transitent désormais par des transactions électroniques. L'article 2B de l'Uniform Commerce Code, en débat depuis janvier 1996, arrive à son terme et devrait réguler virtuellement toutes les transactions d'information à partir de juin 1999 ; toutes, et plus précisément, les contrats d'échange et d'achat de données, les activités de conseil (assimilables à des protocoles de transfert d'information), la recherche et les transferts technologiques. Les conflits potentiels entre les droits souverains de la propriété intellectuelle domestiques et le nouvel article 2B annoncent la plus formidable bataille d'influence du vingtième siècle, dont les enjeux dépassent très largement ceux des négociations du GATT ou de l'OMC.

Tout a débuté dans le cadre d'un procès qui opposait en 1996 les sociétés *ProCD* et *Zeidenberg*. Le plaignant essayait de forcer le paiement de droits de propriété sur un annuaire téléphonique sur CD-Rom en tentant d'interdire à son utilisateur d'en distribuer les contenus, même fragmentaires, sur toute forme de réseau. Toute infraction constatée devait amener le fauteur à retourner à Pro-CD le CD-Rom. Par ce truchement, la société Pro-CD réussissait à étendre ses droits de propriété à un domaine jusqu'alors impossible à protéger par un copyright : une information notoirement disponible (un annuaire téléphonique). La licence sur le logiciel s'étendait dès lors à *toute distribution* de son contenu. En reconnaissant le droit de Pro-CD, la Cour d'Appel avait ouvert une brèche dans le *Copyright Act*.

La décision de la Cour était motivée par la nuisance engendrée par l'infraction dans le même périmètre géographique que le fournisseur Pro-CD. Seulement, ses conséquences sont sans mesure avec le caractère anodin de l'affaire. La licence concernée dans ce cas était de type "shrink-wrap" (littéralement, "emballée sous film plastique", une pratique courante dans l'industrie du logiciel). Cela signifie qu'en ouvrant n'importe quel emballage de logiciel, on devient susceptible de payer des dommages ou des contreparties si on utilise l'information produite ou contenue dans ce logiciel, même si cette information est par ailleurs librement accessible et publiée. La brèche était trop belle pour l'industrie de l'information. Victime du piratage à hauteur mondiale de 10 produits détournés pour 1 produit commercialisé, l'industrie de l'information (comprenant l'industrie du logiciel et celle des contenus tous media confondus : connaissance, films, expertise, information) pratique intensément le "shrink-wrap", notamment lors de transactions électroniques sur Internet. Il s'agit, en pratique, de la petite fenêtre qui annonce une transaction sécurisée sous les termes d'une "licence" dont vous notifiez, en acceptant la transaction, que vous en possédez la pleine connaissance. Comme le souligne Guibault, dans les droits de propriétés domestiques (qu'ils soient européens ou américains), l'argument que l'acheteur est sensé connaître les termes contractuels de sa consommation d'information n'est valable que s'il a effectivement négocié le contrat. L'engagement de responsabilité commerciale et civile qu'engendre la proposition de l'article 2B va au-delà des dispositifs actuellement en vigueur. En "naviguant" simplement sur Internet pendant une heure, un utilisateur moyen pourrait si cette loi est adoptée, engager plus de cent fois sa responsabilité, en cliquant, par empressement et agacement vis-à-vis de ces incessantes petites fenêtres, sur la totalité des licences "muettes" lui étant ainsi proposées. Mieux encore, l'article 2B assimile la personne physique à toute forme de représentation qu'elle est susceptible d'employer. Ainsi, un "agent intelligent" – c'est-à-dire un programme chargé de rechercher de l'information pour l'utilisateur sur le réseau – engagerait aussi la responsabilité commerciale et civile de son utilisateur.

Un enjeu qui dépasse le simple cadre de la propriété intellectuelle

L'article 2B n'est pas qu'un simple alinéa du Code Uniforme de Commerce (UCC) en cours de révision par les membres de la Commission des Lois américaine et par la Faculté de Droit de l'Université de Pennsylvanie. Il répond à un changement d'ère stratégique : au passage d'une économie de biens tangibles à une économie de l'intangible. A l'origine, le législateur voulait apporter une réponse au vide et aux absences juridiques du code de commerce américain sur la protection commerciale des savoirs logiciels. Seulement, la section 2B-102 de l'article étend le concept d'information à celui de connaissance. L'alinéa 32a précise que l'article couvre toute forme de "connaissance et inférences dérivées de l'information connue par la personne".

Qu'est-ce que cela signifie ? Tout d'abord, l'article 2B n'est pas une simple régulation de l'industrie

informatique mais une refonte totale du droit de l'information et de ses pratiques, reculant la frontière de la donnée jusqu'à son utilisation et son traitement. Si l'on s'en tient au texte actuel, la simple lecture d'un document électronique transforme cet acte anodin en engagement contractuel. Ensuite, l'information et la connaissance sont ainsi transformées en produits " sous licence ". Un réseau comme l'Internet offre la possibilité de tracer, de mémoriser et d'archiver toutes les prises d'information réalisées par un utilisateur. Contrairement aux média télévisuels ou presse, le consommateur perd son " droit de lire anonymement ". L'enjeu est de deux ordres : d'une part, l'article 2B a une vocation libérale de transformation de l'Internet en marché viable pour l'industrie ; d'autre part, on retrouve un enjeu national que l'administration Clinton avait déjà essayé de faire adopter en septembre 1995 au congrès dans le cadre du décret de *National Information Infrastructure Copyright Act* qui fut vertement rejeté par les grands électeurs. Il s'agit de protéger l'intérêt national américain dans le contexte d'une infrastructure nationale d'information devenant le levier de sa croissance économique. Avec cette nouvelle disposition, le dernier obstacle légal à la mise en œuvre d'autoroutes de l'information à péage serait effectivement levé, remplaçant la fragilité d'arrangements contractuels individuels par un encadrement légal inflexible et durable.

L'arbre " 2B " cache la forêt, et au cœur de celle-ci, un enjeu stratégique majeur pour le contrôle des marchés de la connaissance, de la recherche et des capitaux intellectuels au XXI^e siècle. Les obstacles paradoxaux à une conquête du marché des capitaux intellectuels sont les frontières *physiques et légales* qui séparent les nations où sont produites les connaissances. Par exemple, dans une recherche scientifique, une équipe européenne va utiliser des savoirs, des bases de données, qu'elle accède via l'Internet. Sa production finale est aujourd'hui considérée comme une œuvre originale, et permet à cette équipe de déposer des brevets, de développer une rente technologique. Dans le cadre légal proposé par l'article 2B, toutes les connaissances mobilisées pour cette recherche deviennent des produits intermédiaires " sous licence " acquis par les chercheurs. Dès lors, les fournisseurs d'information sont en droit de faire prévaloir une propriété intellectuelle sur une partie au moins de l'innovation ou de la découverte finale. Dans le cadre d'une dispute sur la paternité d'une invention, comme celle qui a opposé l'équipe de l'Institut Pasteur à une équipe américaine sur la découverte de la souche du HIV, les plaignants pourront mobiliser les dispositions de l'article 2B pour que soit procédé une investigation complète de toutes les sources d'information (et de toutes les licences leur étant attachées) pour prouver que la paternité leur est grandement redevable. Au-delà de la conception mercantile de la recherche qu'annonce l'article 2B, il constitue un dispositif de prédation sur les savoirs produits en dehors des Etats Unis, dans la mesure où l'offre électronique d'information est structurellement asymétrique en faveur de l'économie américaine.

Une prédation sur les droits domestiques

Ce n'est pas la première fois que les Etats Unis tentent d'imposer des régulations supranationales fondées sur leur droit domestique. Cette fois, cependant, le dispositif est plus subtil. L'utilisateur d'une information n'est pas soumis au droit du commerce américain (ce qui constituerait une clause léonine indéfendable), mais à un simple engagement contractuel automatique avec un fournisseur privé ou public américain. Cette " individualisation " du mécanisme est beaucoup plus efficace qu'une laborieuse négociation dans le cadre de l'OMC : d'une part, elle passe inaperçue ; d'autre part, elle permet de masquer l'enjeu national derrière un enjeu privé de droit commun.

Les maladresses de l'article 2B nous amènent ainsi à nous interroger sur la véritable volonté du texte. L'adresse électronique de l'utilisateur est considérée comme une preuve légale de l'utilisation de la connaissance (2B alinéa 116a). Kaner et Paglia (1997) soulignent que cette disposition est intolérable dans le cadre d'une technologie émergente comme celle de l'Internet où une adresse électronique peut très facilement être simulée par n'importe quel utilisateur. De plus, l'alinéa 320 autorise explicitement le fournisseur à mettre en place des mouchards dans les logiciels ou dans les paquets d'information commercialisés pour s'assurer que l'utilisateur respecte l'article 2B. Le rédacteur de l'article 2B s'appuie sur les conclusions d'un procès qui avait validé l'envoi automatique d'un courrier électronique d'alerte, à partir du poste du client, pour signifier au vendeur que son logiciel faisait l'objet d'une copie illicite. Nimmer écrit : " Un tel dispositif est considéré comme un moyen passif et ne nécessite pas d'être notifié au consommateur. Réclamer une notification annulerait l'effet coercitif de cette mesure contre le piratage si l'utilisateur sous licence choisit d'altérer le code " : le *Panopticon* de Jeremy Bentham à l'échelle mondiale !

Samuelson (1998) souligne que le procès qui a inspiré l'article 2B, c'est-à-dire *Pro-CD* contre *Zeidenberg*, opposait un monopoleur aux conditions de licence outrageantes (Pro-CD) contre une petite compagnie. De fait, l'article 2B va renforcer des positions concurrentielles déjà fortement asymétriques, et réduire à néant toute tentative de plainte pour abus de position dominante. " Un des responsables des licences Microsoft, Robert Gomulkiewicz, résume succinctement le nouveau paradigme de l'article 2B : " Le produit est la licence ". L'argument de Microsoft, un des plus fervents défenseurs de l'article 2B, est que ce texte défend la liberté individuelle de contracter. Peut être, mais cette analyse oublie deux caractéristiques de l'article 2B : premièrement, l'article engendre une *préemption* du fournisseur sur l'utilisation de l'information ou de la

connaissance acquise (typiquement, le cas de Pro-CD) ; deuxièmement, on ne peut pas considérer qu'un agent intelligent fasse preuve d'une " conscience " de contracter. Deux membres du Congrès, Richard Boucher (Démocrate, Virginie) et Thomas Campbell (Républicain, Californie) ont essayé de faire voter une résolution (H.R. 3048) obligeant le respect des codes de propriété intellectuelle en vigueur, qui stipulent que le licencié doit avoir pleine conscience et connaissance de son engagement contractuel. Seulement, le lobby de l'industrie de l'information, appuyé par l'administration Clinton, a réussi à faire passer une contre-motion (H.R. 2281), et à faire échouer la première. Comme le soulignent Barbieri et Maisashvili (1998), les rédacteurs de l'article 2B, et les lobbies qui les soutiennent, essaient d'exclure des débats les droits de propriété intellectuelle sur les marques, les brevets et les secrets industriels, en se concentrant uniquement sur les copyrights. L'ambiguïté et la maladresse qui en résultent dans le texte sont-elles naïves ou délibérées ?

Mesures anti-compétitives et préemption mondiale sur les technologies

En utilisant le prétexte de mesures anti-piratage, l'article 2B façonne curieusement la compétition au bénéfice des acteurs dominants de l'industrie de l'information. Ainsi, l'alinéa 102a-§12 stipule que les restrictions contractuelles de l'usage " incluent des obligations de non divulgation à des tiers, de confidentialité, et des manières, méthodes, lieux d'usage conformément au contrat signé ". Ainsi, un simple commentaire d'un logiciel, d'une base de données ou d'une information serait illégal dans le cadre de l'article 2B. Ceci permettrait au vendeur d'attaquer toute personne critiquant ou exposant le " produit " ailleurs que sur le site contractuellement spécifié pour son usage. Quant à l'utilisation de données pour des propos de recherche, l'alinéa 105, note 8, choisit d'ignorer la question en stipulant que " l'utilisation légitime de travaux numériques pour des motifs éducatifs ou scientifiques (...) sont des questions de politique fédérale (...) L'article 2B se contente de fournir un cadre contractuel légal ". Toute activité d'investigation ou de reverse engineering des contenus sous " licence " est formellement prohibée par l'article 2B, même pour des propos de recherche et développement. Il est évidemment impossible, dans une industrie telle que l'informatique, comme dans toute activité de recherche, de réussir un nouveau développement en étant privé d'accès aux développements antérieurs. Imaginez l'Institut Pasteur privé des résultats de recherche des laboratoires américains, sauf à perdre tout ou partie de la paternité d'un projet de recherche qu'il n'aurait même pas débuté ! Plus gravement, il est impossible pour un nouvel entrant de petite taille de reproduire à ses frais toute la recherche fondamentale réalisée sur une technologie pour développer un produit concurrent. Comme le souligne Kaner (1997), cet alinéa 102a§12 est un " baiser de la mort " pour toute start-up technologique désireuse d'entrer en compétition avec les majors de l'industrie.

De plus, en interdisant l'accès aux formats de données protégés par ces " licences ", l'alinéa 102a réduit à néant les chances de développer une technologie interopérable avec celles du marché ; c'est-à-dire que les nouvelles technologies ne pourront communiquer avec celles du marché que dans le cadre d'un contrat de licence. Ceci signifie concrètement que Microsoft pourra sélectionner les nouveaux entrants " dignes ou indignes " de développer des technologies compatibles, et donc concurrentes, avec les siennes. L'article 2B devient dès lors un très efficace outil de préemption sur les développements technologiques mondiaux. Il offre aux industriels un cadre légal à partir duquel ils vont pouvoir, à force de procès, interdire l'entrée du marché nord-américain à des technologies en empruntant les standards sans concéder une partie de leur propriété intellectuelle. Quels sont les objectifs stratégiques d'un texte que son Comité de Rédaction s'acharne à imposer malgré toutes les résistances qu'il rencontre ? Pour Carlyle Ring, directeur de ce comité, les Etats Unis doivent absolument adopter ce modèle de loi sur les licences d'information " pour s'assurer que ses règles deviennent le standard de l'économie globale d'information ". N'est-il pas curieux de retrouver exactement le même réflexion dans les travaux du groupe de *Protection de l'Infrastructure Nationale d'Information* de la Maison Blanche ?

Conclusion

Les lois de protection de la propriété intellectuelle sont nées au XIX^e siècle en réaction aux dispositions léonines qui donnaient aux Rois et aux éditeurs le pouvoir d'interdire la publication de textes contraire à leurs intérêts. Tout l'équilibre de ces droits de la propriété intellectuelle repose sur un équilibre entre l'intérêt public (par exemple, l'encouragement de la diffusion de la connaissance voulue dans la Déclaration des Droits de l'Homme), et l'intérêt économique privé des créateurs. Ainsi, viabilité économique (mesure d'incitation) et accessibilité large à la connaissance (mesure d'intérêt public) sont les deux moteurs, indissociables, de la production de capitaux intellectuels d'une nation. L'article 2B favorise très nettement l'enjeu économique privé et national d'une économie américaine ayant pris une avance certaine sur le marché mondial des intangibles.

L'impact sur la géoéconomie des marchés de l'information et de la connaissance sera immédiat. En clarifiant les règles d'attribution de la propriété de l'information par le truchement de " licences ", l'article 2B modifie profondément la relation à l'information et à la connaissance dans les puissances économiques du XXI^e

siècle. L'extraterritorialité implicite de ce dispositif légal est contraire aux bonnes relations industrielles du continent européen avec les Etats Unis. L'article 2B installe une dépendance *structurelle* durable de la production d'information, de connaissances et de logiciels vis-à-vis des producteurs dominant actuellement le marché mondial. Au-delà des atteintes évidentes aux libertés individuelles (par la légalisation des mouchards), l'article 2B constitue un défi posé à la protection du patrimoine de recherche et de connaissances de l'Europe. Existera-t-il seulement suffisamment de courage politique sur notre vieux continent pour que notre avantage concurrentiel décisif – notre recherche – ne se fasse pas grignoter par un discret dispositif légal qui rappelle étrangement le cheval de Troie ?

Références

Barbieri, Susan et Maisashvili, Robin (1998), " UCC 2B Could Result In Ambiguous Intellectual Property Rights ", *The National Law Journal*, édition du 18 mai 1998.

Baumard, Ph (1991), *Stratégie et surveillance des environnements concurrentiels*, Paris : Masson.

Burns, Christopher (1995), *Copyright Management and the National Information Infrastructure : Report to the Enabling Technologies of the Association of American Publishers*.

Cohen, Julie E. (1997), " A Right to Read Anonymously : A Closer Look at Copyright Management in Cyberspace ", *cahier de recherche*, Faculté de Droit de l'Université de Pittsburgh.

Elkin-Koren, Niva (1997), " Copyright Policy and the Limits of Freedom of Contract ", *Berkeley Journal of Law and Technology*, Vol. 12, pp. 93-113.

Guibault, Lucie (1997), *Contracts and Copyright Exemptions*, Amsterdam: Institute for Information Law (ISBN 90-74243-11-8).

Kaner, Cem (1996), " Privacy problems in article 2B ", lettre adressée à Ray Nimmer, rédacteur de l'article 2B. Disponible sur <http://www.badssoftware.com/privacy.htm>

Kaner, Cem (1997), " Restricting Competition in Software Industry : Impact of the Pending Revisions in the Uniform Commercial Code ", article présenté à l'*Appraising Microsoft Conference*, Whashington, D.C, novembre 1997.

Kaner, Cem et Paglia, Todd (1997), " Consumer issues and article 2B ", lettre de protestation adressée à l'American Law Institute. Disponible sur <http://www.badssoftware.com/alidec97.htm>.

Samuelson, Pamela (1998), " Legally Speaking : Does Information Really Want to Be Licensed ? ", *Communications of the ACM*. Disponible sur http://sims.berkeley.edu/~pam/papers/acm_2B.htm.

Scalise, Kathleen (1998), " UC Berkeley experts call for immediate hold on proposed legislation to regulate information commerce ", *University of California, Berkely Public Affairs*, bulletin d'information du 16 juillet 1998.

U.S. Dept of Commerce , Information Infrastructure Task Force (1995), *Report of the Working Group on Intellectual Property Rights and the National Information Infrastructure*, document disponible auprès du groupe de travail de la Maison Blanche (non publié).

Notes

- . N. Elkin-Koren (1997), p. 103.
 - . L. Guibault, 1997, p. 32.
 - . Le texte intégral du nouveau code de commerce est accessible par Internet à l'adresse <http://www.law.upenn.edu/library/ulc/ulc.htm>, et mis à jour au fur et à mesure des négociations entre l'industrie, la Commission des Lois et les différents associés au processus de rédaction du texte.
 - . J. Cohen (1997), p. 5.
 - . Pour plus de détails sur le néo-panoptisme lié aux technologies de l'information, cf. Baumard, 1991.
 - . Samuelson, 1998, p. 4.
 - . Kaner, 1997, p. 7.
 - . cité par Scalise, 1998, p. 2.
-

