

LA NATURE JURIDIQUE DE LA PROPRIÉTÉ VIRTUELLE

Dobah Carré

Depuis maintenant une décennie, les mondes virtuels multi-joueurs ont pris une place importante dans la société au niveau social et économique. Leurs utilisateurs sont fort nombreux et se transfèrent, notamment contre de l'argent réel, des objets virtuels (avatars, vêtements virtuels, maisons virtuelles, etc.) créés ou achetés dans les mondes virtuels et dont ils revendiquent la propriété. Or, cette propriété virtuelle n'a pas un statut légal à ce jour, que ce soit en droit interne ou international. Les développeurs des mondes virtuels tirent ainsi avantage du vide juridique en la matière et optent pour le régime juridique qui convient le mieux à leurs intérêts dans le contrat de licence d'utilisateur final (CLUF) que tout utilisateur doit accepter avant de pouvoir accéder au monde virtuel.

Les biens virtuels, immatériels par essence, n'existent pas réellement, ils apparaissent comme des images seulement à travers le monde virtuel qui les héberge. Si l'on admet la conception classique de la notion de propriété, la propriété virtuelle ne peut légitimement trouver sa place en droit des biens québécois et français, contrairement en common law où la notion de propriété est vue plus largement. Ainsi, il est préférable de se tourner vers un régime de propriété plus adapté aux objets immatériels : les droits de propriété intellectuelle, qui ont été spécifiquement adoptés pour régir les droits sur les biens immatériels. En effet, en matière de propriété intellectuelle, la possession matérielle n'a en principe pas de sens, le droit ne se trouve pas diminué ou limité par l'absence d'existence de cet objet.

For a decade now, multiplayer virtual worlds have played a prominent social and economic role in society. Users of virtual worlds are vast in number, and they exchange—often against real-world currency—virtual objects (avatars, virtual clothing, virtual homes, etc.) created or purchased in virtual worlds and over which they claim ownership. However, this virtual property currently has no legal status under domestic or international law. The developers of virtual worlds exploit this regulatory vacuum and apply the legal framework that best serves their interests to the end-user licence agreement (EULA) that every user must accept before entering the virtual world.

Virtual goods by definition do not physically exist; they appear as images only in the virtual worlds that host them. If we accept the traditional view of

* Docteur en droit (Université de Montréal, Université Paris 1-Sorbonne) et avocate, membre du Barreau du Québec.

property, virtual property cannot find a legitimate place in the property law of France and Quebec. This is in contrast to common law, which has a much broader stance on the notion of property. In the end, questions regarding virtual property are best examined within the framework of intellectual property law, a branch of property law tailored to intangible objects: intellectual property rights were established specifically to regulate ownership of intangible goods and are neither diminished nor limited by an object's lack of existence—physical possession is thus immaterial.

Table des matières

Introduction	191
I. L'approche théorique quant à l'existence de la propriété virtuelle	195
A) Selon la théorie lockéenne du travail	195
B) Selon la théorie utilitariste	197
C) La justification économique de l'existence de la <i>propriété virtuelle</i>	198
II. La nature de la propriété dans les univers virtuels : un droit de propriété classique?	200
A) La qualification de l'objet virtuel en tant que bien	200
1) Objet virtuel : bien corporel ou incorporel?	201
2) L'objet virtuel en tant que valeur	204
B) Analyse comparative des caractéristiques de la propriété virtuelle au regard du contenu du droit de propriété	208
1) La rivalité v l'exclusivité	209
2) Persistence v perpétuité	212
3) Code interconnecté	212
4) Distinctions du contenu des droits de la propriété classique et de la <i>propriété virtuelle</i>	213
C) Comparaison des modes d'acquisition et de transfert de la propriété classique avec ceux de la <i>propriété virtuelle</i>	214
1) Modes originaires d'acquisition de la propriété	215
a) La non-application de l'accession immobilière naturelle et de l'occupation	215
b) L'accession artificielle mobilière	216
2) Le transfert des biens virtuels par convention comme mode dérivé d'acquisition	222
D) La protection de la propriété	223
III. La nature de la propriété dans les univers virtuels : un droit de propriété intellectuelle?	226
A) La coexistence des droits de propriété intellectuelle et de propriété classique	227

B) L'application du droit d'auteur	228
1) Les théories en présence	228
2) L'objet virtuel en tant qu'œuvre	229
a) Les principes généraux du droit d'auteur	230
b) L'objet virtuel, élément visé par le droit d'auteur	230
i) Le code source : élément visé par le droit d'auteur	232
ii) Les images ou composantes audiovisuelles	232
iii) Le critère d'originalité	233
c) La question de la titularité des droits	235
Conclusion	238

Introduction

Depuis la dernière décennie, les mondes virtuels et le marché des transactions des objets virtuels qu'ils engendrent sont en pleine croissance économique. Des millions de personnes se retrouvent dans l'univers parallèle des mondes virtuels pour faire le commerce d'objets virtuels par des moyens d'échange, de « vente » ou de « louage », contre de l'argent bien réel¹. Ils peuvent être créés par les utilisateurs eux-mêmes grâce à un logiciel mis en place par le développeur ou être créés directement par ce dernier. Ces nouvelles technologies d'information et de communication prennent la forme d'objets 3D qui n'ont d'existence qu'en ligne. Plus précisément, il s'agit d'une représentation graphique, une image traduite d'un code source sur l'écran de notre ordinateur. Il peut s'agir, par exemple, de personnages (« avatars »), de vêtements virtuels, de terrains virtuels ou de monnaies virtuelles qu'il peut être utile de s'approprier dans les mondes virtuels comme *Second Life*² ou *Habbo Hotel*³, car ils ont une valeur réelle et peuvent faire l'objet de nombreuses transactions. Dans la plupart de ces mondes virtuels multijoueurs (connus sous l'abréviation de « MMO » de l'anglais *Massive Multiplayer Online games*), la priorité pour un utilisateur est de faire acquérir à son avatar un grand nombre d'objets virtuels qu'il peut contrôler au sein du monde virtuel ou d'acquérir des pouvoirs magiques, dont certains ont une valeur importante au sein du monde virtuel pour monter plus rapidement les niveaux du jeu. Ces objets virtuels s'échangent, pour la plupart, contre de la monnaie virtuelle convertible en argent réel⁴ et peuvent parfois coûter très cher. Par exemple, le 29 décembre 2009, une station spatiale virtuelle s'est

¹ Coralie Cathelinais, « [Facebook adopte la solution d'achat de biens virtuels de Paypal](http://www.01net.com/editorial/522976/facebook-adopte-la-solution-d-achat-de-biens-virtuels-de-paypal/) », *01net.com* (3 novembre 2010), en ligne : <<http://www.01net.com/editorial/522976/facebook-adopte-la-solution-d-achat-de-biens-virtuels-de-paypal/>>.

² En ligne : <<http://www.secondlife.com>>.

³ En ligne : <<http://www.habbo.fr>>.

⁴ Toutefois, des changements sont intervenus pour limiter cette pratique depuis 2013. *Linden Lab* a modifié ses termes et conditions parce qu'une nouvelle loi est apparue

vendue aux enchères pour 330 000 dollars US dans l'univers virtuel *Entropia Universe*⁵. Les gens qui « vendent » des objets virtuels peuvent donc faire beaucoup de profits alors que les personnes qui les « achètent » pensent faire des investissements⁶. On parle ainsi de « *Real money trading* »⁷.

Une réelle économie s'est donc créée autour des mondes virtuels et de la vente des objets virtuels. Cette croissance est essentiellement basée sur l'avènement des réseaux sociaux et maintenant sur la réalité virtuelle comme plateforme de jeux⁸, et sur les nouveaux supports technologiques de jeux comme les terminaux mobiles des smartphones et les tablettes, en plus des ordinateurs portables toujours plus performants. Il ne faut pas oublier de mentionner une autre raison à cette croissance, le fait que la connexion internet est de plus en plus rapide et plus accessible.

Lorsque les univers virtuels pénètrent le monde réel, les frontières entre les deux deviennent floues. Les activités financières et même criminelles⁹ au

aux États-Unis contre le blanchiment d'argent et vise désormais la monnaie virtuelle (*Bank Secrecy Act*).

⁵ L'achat d'objets virtuels pour un prix exorbitant n'est pas nouveau. En 2004, une île virtuelle s'est vendue dans *Entropia Universe* pour 26 500 dollars US et rapporte depuis à son acheteur la somme de 100 000 dollars par an : Maxime Lambert, « [Australie : l'île virtuelle la plus rentable a été achetée 26.500 dollars](#) », *Gentside* (23 février 2010), en ligne : <http://www.gentside.com/jeu/australie-l-039-ile-virtuelle-la-plus-rentable-a-ete-achete-26-500-dollars_art10597.html>.

⁶ Ainsi, une station spatiale sur *Entropia* avait été vendue 330 000 dollars US. Voir « [MMORPG Operator Claims World Record For Most Expensive Virtual Object \(\\$330k\)](#) », *TechCrunch* (5 janvier 2010), en ligne : <<http://techcrunch.com/2010/01/05/most-expensive-virtual-object/>>.

⁷ Wikipédia, [Virtual economy](#), en ligne : <http://en.wikipedia.org/wiki/Real-money_trading>. Jack Balkin et Beth Simone Noveck, dir, *The State of Play. Law, Games, and Virtual Worlds*, série « Ex Machina: Law, Technology, and Society », NYU Press, 2006 aux pp 137–38.

⁸ eMarketer, [Marketers Are On Board with Virtual Goods](#), 27 juillet 2011, en ligne : <<http://www.emarketer.com/Articles/Print.aspx?R=1008513>>. Par exemple, le fameux Facebook a intégré le marché des « jeux sociaux » et vise les achats de biens virtuels par ses utilisateurs pour augmenter ses profits. L'entreprise Facebook indique ceci : « Chaque fois qu'une telle transaction a lieu dans un jeu lié à notre site, nous obtenons une redevance. Nous le faisons actuellement pour les jeux, mais nous prévoyons élargir notre plateforme de paiement à d'autres types d'applications » (Alain McKenna, « [Facebook : un trimestre au ralenti](#) », *La Presse* (23 avril 2012), en ligne : <<https://www.horizonmedia.ca/ubisoft-accusation-de-plagiat-sur-assassins-creed-2/>>). Rachel Metz, « [Second Life is back for a Third Life, This Time in Virtual Reality](#) », *MIT Technology Review* (27 janvier 2017), en ligne : <<https://www.technologyreview.com/s/603422/second-life-is-back-for-a-third-life-this-time-in-virtual-reality/>>.

⁹ Une vague de crimes a déferlé dans les mondes virtuels depuis leur existence et n'est pas prête de s'arrêter tant que les autorités gouvernementales ne réagissent pas. Par exemple, en 2001, dans le monde virtuel *LambdaMOO*, des avatars féminins se sont vus violer par un

sein des mondes virtuels ont des conséquences juridiques importantes dans le monde réel. Des litiges surviennent entre les acteurs des mondes virtuels autour de la notion de propriété des objets virtuels puisque plusieurs cas de confiscation injustifiée des objets virtuels par les développeurs ont été relevés durant les dernières années ainsi que de nombreux cas de vol d'objets virtuels entre les utilisateurs. Ainsi, les utilisateurs revendiquent la propriété sur la « *propriété virtuelle*¹⁰ » qu'ils créent ou qu'ils acquièrent afin de se voir protégés contre la survenance d'acte de dépossession forcée provenant soit du développeur, soit des autres utilisateurs. Les développeurs des mondes virtuels, sauf de rares exceptions¹¹, rejettent la notion de propriété virtuelle et leurs opposent les termes du *contrat de licence d'utilisateur final* (ci-après « CLUF ») ou dans les règles du jeu¹², qui énoncent expressément l'interdiction d'un droit de propriété des objets virtuels aux utilisateurs. Ces revendications antagonistes entre les acteurs des mondes virtuels sont la raison pour laquelle la question de la reconnaissance d'un droit de *propriété virtuelle* se pose et suscite des réflexions doctrinales sur l'existence et la nature d'un droit de *propriété virtuelle*. Tout comme l'appellation de « bien

avatar masculin. Un utilisateur s'est servi d'un programme informatique pour prendre le contrôle des actions de certains avatars féminins pour les engager dans des activités sexuelles sans leurs consentements, causant ainsi un traumatisme aux utilisatrices. La même chose s'est déroulée en 2007 dans *Second Life* et ce genre de viol s'est également perpétré sur des avatars enfants par des avatars adultes. Pour un autre exemple, des activités terroristes comme les jihadistes ont eu lieu dans *Second Life* pour recruter des terroristes et leur apprendre des habilités de reconnaissance et de surveillance. Des crimes d'ordre financier sont également très fréquents, comme le blanchiment d'argent, le vol d'objets virtuels avec violence ou par ruse ou encore des fraudes de style « chaîne Ponzi » comme celle de la banque *Ginko* dans *Second Life* qui s'est emparée de près de 750 000 dollars US. Voir Kevin W Saunders, « Acti Rei: Real and Virtual » (2011-2012) 44 Tex Tech LR 165 aux pp 169–72.

¹⁰ Ce terme est traduit de l'anglais « *virtual property* » qui est fréquemment utilisé par la doctrine en terme juridique mais aussi au sens plus large par les utilisateurs et les développeurs des mondes virtuels.

¹¹ Par exemple, avant 2010, les termes et conditions du monde virtuel *Second Life* prévoyait un droit de propriété aux utilisateurs sur les objets virtuels qu'ils avaient créés au sein du monde virtuel, mais ce n'est plus le cas aujourd'hui depuis les modifications au CLUF par le développeur *Linden Lab* intervenues en 2010.

¹² Les règles de jeu s'analysent comme l'ensemble des prescriptions qui indiquent la conduite à suivre et à respecter dans le cadre d'un jeu. Elles sont le plus souvent incluses dans les CLUFs qui régissent également l'ensemble des conditions contractuelles des mondes virtuels. Voir Clément Durez, *La règle de jeu et le droit: contribution à l'élaboration d'une théorie juridique du jeu organisé*, thèse de doctorat, Lyon, École doctorale de droit, Université Jean Moulin Lyon 3, 2011, n° 51 à la p 50. En effet, l'éditeur d'un jeu vidéo en ligne définit, en marge du CLUF (contrat de licence d'utilisateur final), les conditions d'utilisation qui s'imposent aux joueurs. Il dresse le panorama des comportements attendus de la part des joueurs, les pratiques interdites et les règles éthiques entre les utilisateurs. Il s'agit en quelque sorte des règles de base de la communauté virtuelle, les communautés plus réduites restant libres de construire des règles de fonctionnement complémentaires.

virtuel », celle de la « *propriété virtuelle* » est banalisée dans le monde réel alors que, juridiquement parlant, ce concept n'existe pas.

Bien que le nombre de transactions d'objet virtuel augmente considérablement depuis les dernières années et entraîne plusieurs conséquences économiques, sociales et juridiques importantes, la *propriété virtuelle* n'a pas un statut légal à ce jour, que ce soit en droit interne ou international. En effet, cette notion n'est pas protégée par la loi ou par la jurisprudence civile¹³ en Amérique du Nord et en Europe. La cause en est qu'il n'existe pas de définition juridique d'un objet virtuel communément appelé « biens virtuels »¹⁴. En tant que juriste, notre réflexe revient à se demander si les « biens virtuels » sont réellement des « biens » au sens du droit des biens?

Cette question présente une grande importance en pratique, car les règles juridiques qui en découlent ne seront pas les mêmes selon, par exemple, que l'on qualifie l'objet virtuel de « bien » ou de « service » ou encore d'« œuvre » de création. La doctrine sur le sujet est divisée : pour certains, l'objet virtuel est un bien, objet de propriété classique; pour d'autres, il relève de la propriété intellectuelle. Après une recherche exhaustive dans les différents ouvrages de droit des biens de certains pays de droit civil¹⁵ et de *common law*¹⁶, nous n'avons pas encore trouvé de définition juridique précise du concept d'objet virtuel. Également, si on se tourne du côté des

¹³ À noter que le commerce des objets virtuels est aussi devenu important en matière criminelle et a engendré des questions sur la nature des vols des objets virtuels, certaines cours de justice à travers le monde, comme en Corée ou en Norvège, ont reconnu le statut de « biens » aux objets virtuels afin de pouvoir qualifier de vol toute soustraction frauduleuse d'objet virtuel.

¹⁴ En effet, selon Arnaud Dimeglio et Martin-Daniel Gleize, « des milliers de joueurs s'affrontent en simultané dans des mondes virtuels, [ce qui] représente aujourd'hui 16 millions de joueurs au niveau mondial, et un chiffre d'affaire de 2,5 milliards de dollars » (Arnaud Dimeglio et Martin-Daniel Gleize, « [Les produits dérivés des MMOG](#) », Lettre n°39, Centre d'études juridiques et économiques du Multimédia, Université Paris 2 Panthéon Assas, avril 2008 – novembre 2009 à la p 1, en ligne : <http://cejem.u-paris2.fr/IMG/_CEJEM_LETTRE_No39_-_AVRIL_-_NOVEMBRE_2008.pdf>). Par exemple, le 28 octobre 2008, le jeu *World of Warcraft* annonçait 11 millions d'utilisateurs inscrits avec un abonnement généralement compris entre 10 et 12 dollars par mois. On peut penser à la grande source de profits que génère ce jeu pour son éditeur. Jay R Slosar, *The Culture of Excess. How America Lost Self-control and Why we Need to Redefine Success*, Santa Barbara (CA), Praeger, 2009 à la p 69.

¹⁵ Voir Philippe Malaurie et Laurent Aynès, *Les biens*, 2^e éd, coll « Droit civil Defrénois », Paris, Defrénois, 2005 à la p 59 et s; Pierre Berlioz, *La notion de bien*, t 489, coll « Bibliothèque de droit privé », Paris, LGDJ, 2007 à la p 458 et s.

¹⁶ Marie-France Papandréou-Deterville, *Le droit anglais des biens*, t 481, coll « Thèses », Paris, LGDJ, 2004.

règles de propriété intellectuelle, rien n'est spécifiquement prévu concernant les objets virtuels.

Avant même de pouvoir vérifier si la *propriété virtuelle* peut se ranger sous le couvert de la protection offerte soit par les droits de propriété intellectuelle (III), soit par le droit de propriété classique (II), il convient de vérifier la reconnaissance doctrinale de son existence (I).

I. L'approche théorique quant à l'existence de la propriété virtuelle

Différents courants doctrinaux se sont penchés sur la question de la reconnaissance de la *propriété virtuelle*¹⁷. Il ne s'agit pas de tous les étudier ici, mais de retenir les plus pertinents au regard de notre matière : la théorie du travail de Locke (A), la théorie utilitariste de Bentham (B) et enfin, la théorie de l'analyse économique du droit (C).

A) Selon la théorie lockéenne du travail

La théorie de la propriété de John Locke est notamment utilisée par Greg Latowska et Dan Hunter¹⁸ pour promouvoir la reconnaissance juridique de la propriété virtuelle aux utilisateurs sur le fondement que ces derniers investissent beaucoup de temps, d'énergie et de travail en créant ou en développant les options de leurs avatars et autres objets virtuels pour qu'ils développent une valeur marchande sur le marché du *Real Money Trading*.

Cependant, l'utilisation de cette théorie est à double tranchant puisque les développeurs des mondes virtuels s'y réfèrent comme contre-argument dans le sens où ils investissent beaucoup d'argent et de travail pour créer et maintenir les mondes virtuels et qu'en conséquence, selon la théorie lockéenne, c'est à eux que revient la propriété du monde virtuel et de leur entier contenu (incluant les objets virtuels). Aussi, l'utilisation de la théorie lockéenne pour la reconnaissance de la propriété virtuelle aux utilisateurs est limitée par le fait que les développeurs, en tant que créateurs du monde virtuel, s'approprient initialement la propriété du monde virtuel et de son entier contenu dans les Contrats de licence d'utilisateur final (« CLUF »).

¹⁷ Voir aussi Dobah Carré, *La loi applicable aux transferts de biens virtuels*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Montréal et Université Paris 1-Sorbonne, 2016 aux pp 68-97 [Carré].

¹⁸ F Gregory Lastowka et Dan Hunter, « The Laws of the Virtual Worlds » (2004) 92:1 Cal LR 1 aux pp 61-63 [Lastowka et Hunter]; Greg Lastowka, *Virtual justice. The New Laws of Online Worlds*, New Haven et London, Yale University Press, 2010 aux pp 129-30 [Lastowka].

La question délicate qui se pose alors est de savoir qui, des utilisateurs ou des développeurs, assument la plus grande part de travail et d'investissement selon la théorie de John Locke. Il s'agit ainsi d'analyser cette théorie sous l'angle de l'appropriation.

La théorie lockéenne du travail confère les droits de propriété à celui qui, par son travail, prend une partie des biens communs (auparavant sans utilité) pour les séparer du reste de la nature¹⁹.

Selon les termes de John Locke :

*Whatsoever then he removes out of the State that Nature hath provided, and left it in, he hath mixed his Labour with, and joyned to it something that is his own, and thereby makes it his Property.*²⁰

Dans notre contexte, les utilisateurs doivent justifier d'un travail supérieur à celui du développeur pour obtenir un droit de propriété initial sur l'objet virtuel qu'ils ont créé. À première vue, il est raisonnable d'attribuer la propriété des objets virtuels aux développeurs, car c'est eux qui fournissent les ressources nécessaires aux utilisateurs, notamment la plate-forme et le serveur, en vertu desquels les objets virtuels créés par les utilisateurs peuvent exister. Pourtant, il convient de distinguer le travail de création des utilisateurs selon qu'ils se trouvent dans un monde virtuel *avec* ou *sans script*, puisque dans le premier, ils créent les objets virtuels à partir de rien seulement en utilisant les outils de création du jeu, alors que dans le second, les utilisateurs assemblent des biens virtuels existants dans le jeu pour créer un nouveau bien. Dans ce dernier cas, la théorie de Locke servirait mieux la réclamation de propriété des développeurs plutôt que des utilisateurs puisque ces derniers n'ont pas autant travaillé à la production du bien que les développeurs.

Toutefois, la théorie lockéenne peut encore servir d'argument aux utilisateurs dans le sens où ils prennent possession des biens virtuels et les contrôlent, faute de quoi ces biens virtuels n'auraient aucune *utilité* dans le monde virtuel.

¹⁹ Gérald Goldstein, « La relativité d'un droit de propriété: enjeux et valeurs d'un Code civil moderne » dans Faculté de droit de l'Université de Montréal, *Journées Maximilien-Caron. Enjeux et valeurs d'un code civil moderne*, Montréal, Thémis, 1991, 102 à la p 110 [Goldstein].

²⁰ John Locke, *Second Treatise of Government*, Londres, 1690, eBook, en ligne <<http://www.gutenberg.org/files/7370/7370-h/7370-h.htm>>. Voir aussi Lastowka et Hunter, *supra* note 18 aux pp 46–48.

Malgré les différentes critiques²¹ à l'application de la théorie de Locke pour justifier de l'existence de la *propriété virtuelle*, le modèle de Locke aboutit à admettre que l'étendue du droit de propriété dépend du caractère utile ou non de l'usage individuel, en tenant compte de la rareté des biens en se rapprochant ainsi de la philosophie utilitariste²². En conséquence, il convient de se tourner vers des théories alternatives en matière de propriété et particulièrement vers l'analyse économique du droit, qui selon nous, répond le mieux à la question de l'existence de la propriété virtuelle.

B) Selon la théorie utilitariste

Cette théorie recherche principalement un « bonheur social optimal »²³. Elle analyse l'économie avec le droit de propriété afin d'expliquer son existence, ses caractères ou ses effets économiques et sociaux²⁴.

Selon certains auteurs, l'application de cette théorie serait fondée pour attribuer des droits de propriété sur les biens virtuels puisque ces derniers sont utiles et ont une grande valeur pour les utilisateurs du fait de leur investissement en temps et en argent à la création ou à l'obtention de ces biens dans les mondes virtuels²⁵. Selon G Latowska et D Hunter, accorder la propriété des biens virtuels aux utilisateurs revient à augmenter leur bien-être²⁶. Les auteurs précisent aussi qu'ils utilisent la théorie utilitariste

²¹ Steven J Horowitz, « [Competing Lockean Claims to Virtual Property](http://ssrn.com/abstract=981755) » (2007) 20 Harvard JL & Tech 458, en ligne :<<http://ssrn.com/abstract=981755>>; John William Nelson, « The Virtual Property Problem : What Property Rights in Virtual Resources Might Look Like, How They Might Work and Why They are a Bad Idea » (2010) 41 McGeorge LR 281 [Nelson]. Aussi Robert Nozick énonce son objection à l'application de la théorie de Locke pour justifier l'existence de la propriété virtuelle par la métaphore suivante : « *If I own a can of tomato juice and spill it into the sea so that its molecules mingle...do I thereby come to own the sea?* ». Lastowka et Hunter répondent à son objection. Tout d'abord, dans le contexte des mondes virtuels, s'il est vrai que l'utilisateur ne peut réclamer la propriété du monde virtuel dans son entier, il est toutefois possible, en application de la théorie de Locke, qu'il puisse réclamer une toute petite entité divisible du monde virtuel où son travail est la source de la plus grande partie de la valeur de cette entité comme c'est le cas pour les objets virtuels. Lastowka et Hunter répondent aussi à l'objection de R Nozick sur le fondement que, selon la théorie de Locke, la propriété ne peut être réclamée seulement si elle laisse assez en commun pour les autres. La création d'un objet virtuel par un utilisateur ne prive pas la possibilité pour les autres utilisateurs d'obtenir la propriété sur leur propre création : Lastowka et Hunter, *supra* note 18 à la p 63.

²² Goldstein, *supra* note 19 à la p 110.

²³ Henri Lepage, *Pourquoi la propriété*, coll « Pluriel », Hachette, 1985; pour une définition, voir Ejan Mackaay, *Economics of Information and Law*, Boston, Kluwer-Nijhoff, 1982 à la p 16.

²⁴ Goldstein, *supra* note 19 à la p 115.

²⁵ Lastowka et Hunter, *supra* note 18 à la p 45.

²⁶ *Ibid.*

seulement pour justifier un fondement à la reconnaissance de la propriété et non pour répondre à la question de l'allocation de cette propriété qui devrait se régler par un impératif d'utilité²⁷. Par cette dernière précision, les auteurs ont voulu répondre à la critique éventuelle qui pourrait se voir formuler selon laquelle augmenter le bien-être de certains utilisateurs viendrait à réduire le bien-être des autres utilisateurs ainsi que celui du créateur du monde virtuel²⁸. Toutefois, il faut mentionner que l'application même de cette théorie pour justifier le fondement à la reconnaissance de la *propriété virtuelle* fait l'objet de critiques, car en dehors de ce jeu, personne n'a d'intérêt sur ces objets virtuels, leur utilité est marginale et ne l'est pas pour la société réelle.

C) La justification économique de l'existence de la *propriété virtuelle*

La majorité de la doctrine dans les pays de common law et de droit civil qui s'est penchée sur la question de l'existence de la propriété virtuelle, est d'accord pour affirmer que les objets virtuels et les comptes de jeux sont des « ressources virtuelles »²⁹ rares possédant une valeur économique échangeable sur le marché concerné et, de ce fait, doivent être protégés par les droits de propriété. Plusieurs auteurs se sont placés sous le couvert de l'analyse économique du droit afin de justifier la reconnaissance ou non de l'existence de la propriété virtuelle, en se référant au concept du marché efficient.

La notion d'efficience dans la production de biens peut se résumer dans sa plus simple expression comme suit : s'il faut des « ressources » pour produire des biens, la production de ces biens devient efficiente lorsque ces derniers sont produits par un minimum de ressources (humaines, financières, matérielles...). Chaque communauté doit décider combien de biens seront produits et qui sera responsable de les produire³⁰. L'ouverture du marché à un maximum de producteurs potentiels permet d'atteindre l'efficience dans la mesure où la compétition entre les plus talentueux producteurs va engendrer la production des biens à un moindre coût. Dans ce contexte, le droit de propriété est le meilleur moyen pour rendre la production d'un marché efficient puisqu'il contribuera à motiver les producteurs à minimiser le coût des ressources utilisées. Comme l'explique J Fairfield, qui est un important auteur dans la littérature légale en *common law* sur le sujet de

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Joshua Fairfield, « Virtual Property » (2005) 85 Boston ULR 1047 aux pp 1052–64 [Fairfield].

³⁰ Svetozar Pejovich, *The Economics of Property Rights : Towards a Theory of Comparative Systems*, vol 22, coll « International Studies in Economics and Econometrics », Dordrecht (Pays-Bas), Kluwer Academic Publishers, 1990 à la p 45.

la *propriété virtuelle* dans les mondes virtuels : « *Failure to recognize virtual property raises both negotiation and search costs for third parties.* »³¹ En effet, si la *propriété virtuelle* n'est pas reconnue, les coûts de transaction comme les coûts de recherche et de négociations et d'informations pourront devenir tellement élevés qu'aucune transaction de biens virtuels efficiente ne pourra se réaliser. Mais d'un point de vue social, cela intéresse seulement une partie de la communauté virtuelle qui est intéressée à réaliser des transactions d'objets virtuels, cela n'a aucune importance pour la société.

La question de savoir s'il convient de favoriser un marché efficient de transfert des biens virtuels contre de l'argent réel est éthiquement et politiquement discutable. Cependant, ces pratiques existent et le marché de biens virtuels est devenu très prospère. En conséquence, les gouvernements ont tout intérêt à reconnaître juridiquement la *propriété virtuelle* pour déterminer les titulaires de biens virtuels et imposer une taxe fiscale sur les revenus des transactions des objets virtuels dans les jeux en ligne³², comme c'est déjà le cas en Suède et aux États-Unis³³, afin de faire profiter l'économie de leur pays et de mieux visualiser les échanges d'argent dans les MMOs. Dans la recherche d'un marché efficient, les tenants de l'analyse économique du droit vont tenter de déterminer le titulaire original de la *propriété virtuelle*.

J Fairfield propose de reconnaître un droit de propriété sur le code informatique qui représente l'image de l'objet virtuel. Cette théorie est intéressante afin de déterminer le titulaire de l'objet virtuel, car les coûts de transaction ne seraient pas élevés dans ce contexte. Selon la théorie de J Nelson, il convient de distinguer deux situations : d'une part, dans la situation de vol d'un bien virtuel, il serait, selon lui, préférable d'attribuer la propriété à l'utilisateur pour qu'il puisse le revendiquer, mais rien n'empêche en théorie le développeur de le revendiquer, alors que d'autre part, dans la situation des transferts de biens virtuels, le développeur devrait être le propriétaire pour éviter des coûts de transaction trop importants, mais il se fonde ici sur une analyse partielle de la situation et ne prend pas en compte tous les coûts de transaction associés au développeur³⁴.

³¹ Fairfield, *supra* note 29 à la p 1090. Voir aussi Nelson, *supra* note 21 à la p 295.

³² G Martin Bingisser, « [Federal Tax Consequences of Virtual World Transactions](https://digital.law.washington.edu/dspace-law/bitstream/handle/1773.1/421/vol5_no2_art7.pdf?sequence=1) » (2008) 5 *Shidler JL Com & Tech* 7, en ligne : <https://digital.law.washington.edu/dspace-law/bitstream/handle/1773.1/421/vol5_no2_art7.pdf?sequence=1>.

³³ Annette Nellen, « [Real taxes in the virtual economy. When does virtual currency have real-world tax consequences?](http://www.cpa2biz.com/Content/media/PRODUCER_CONTENT/Newsletters/Articles_2013/Tax/VirtualEconomy.jsp) », *AICPA Store* (15 août 2013), en ligne : <http://www.cpa2biz.com/Content/media/PRODUCER_CONTENT/Newsletters/Articles_2013/Tax/VirtualEconomy.jsp>; Byron M Huang, *Walking the thirteenth floor: the taxation of virtual economies*, 17 *yale jl & tech* 224 (2015); IRS, « [Tax consequences of virtual world transactions](https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/tax-consequences-of-virtual-world-transactions) », en ligne <<https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/tax-consequences-of-virtual-world-transactions>> (consulté le 10 août 2018).

³⁴ Nelson, *supra* note 21 à la p 295.

Il convient de rappeler que les actes de vol et de piraterie à l'encontre des biens virtuels sont de plus en plus nombreux et en droit pénal, si la reconnaissance juridique de la *propriété virtuelle* n'est pas reconnue aux utilisateurs, alors ces actes ne pourront être considérés comme des crimes ou des délits et leurs auteurs resteront impunis. Heureusement, on voit apparaître certaines décisions jurisprudentielles en matière criminelle, principalement du côté de l'Asie et de plus en plus dans les pays européens, qui punissent de tels actes, reconnaissant implicitement la *propriété virtuelle* aux utilisateurs³⁵. Toutefois, en droit privé, la jurisprudence n'a pas eu encore l'occasion de se prononcer. Il s'agit donc de tenter de répondre aux interrogations sur la nature de la propriété dans les univers virtuels au regard d'une analyse classique du droit de propriété.

II. La nature de la propriété dans les univers virtuels : un droit de propriété classique?

La question de la propriété des objets virtuels fait couler beaucoup d'encre, car seul un bien peut faire l'objet d'une vente au sens juridique des termes³⁶. En effet, le droit de propriété est relatif par rapport à la nature de son objet³⁷. Puisque toute vente suppose un transfert de propriété entre le vendeur et l'acheteur, il est évident que le vendeur doit être propriétaire du bien, objet de la vente, et en conséquence « la vente d'un bien par une personne qui n'en est pas propriétaire (...) peut être frappée de nullité »³⁸. Il s'agit donc d'abord de déterminer si l'on peut qualifier de « bien » ces objets virtuels (A), avant de procéder à une analyse comparative des spécificités de la propriété virtuelle avec celles de la propriété dite « classique » (B), afin de les déclarer susceptibles de droits réels³⁹ et de permettre ainsi aux utilisateurs des mondes virtuels de se prévaloir des moyens de protection de la propriété (C).

A) La qualification de l'objet virtuel en tant que bien

Le *Code civil du Québec* ne donnant malheureusement pas une définition précise du « bien », il convient dès lors d'en rappeler les fondements

³⁵ Matthew M Chew, « [Virtual Property in China: The Emergence of Gamer Rights Awareness and the Reaction of Game Corporations](http://nms.sagepub.com/content/13/5/722) » (2011) 13:5 *New Media & Society* 722, en ligne : <<http://nms.sagepub.com/content/13/5/722>>.

³⁶ CcQ, art 1708 et s.

³⁷ Goldstein, *supra* note 19 aux pp 103–24.

³⁸ Article 1713 CcQ et article 1599 *Code civil français*. Voir Hugues Nsiangani, [La propriété dans l'univers virtuel, mémoire de maîtrise](http://static.iquesta.com/fichiers/theses/Droit/hnspuv051108.pdf) (Master 2), Faculté de droit, Université de Versailles, 2008 [non publiée], en ligne : <<http://static.iquesta.com/fichiers/theses/Droit/hnspuv051108.pdf>> [Nsiangani].

³⁹ Dobah Carré, « La loi applicable aux droits réels portant sur les biens virtuels » (2017) R Crit DIP 337 au para 23 [Carré, « La loi applicable »].

théoriques. La définition de la propriété prévue à l'article 947 CcQ précise que le droit porte sur « un bien » alors que l'ancien Code, comme en droit français, mentionnait qu'un tel droit portait sur « des choses »⁴⁰. Ce changement de terminologie reflète pour une partie de la doctrine seulement un choix de termes alors que pour l'autre partie de la doctrine, ce changement relève d'une volonté d'accepter la dématérialisation de l'objet de la propriété, c'est-à-dire de reconnaître que la propriété peut porter tant sur un bien corporel que sur un bien incorporel⁴¹.

1) Objet virtuel : bien corporel ou incorporel?

S'il peut sembler évident qu'un objet virtuel n'est pas corporel, pour les auteurs S Gilker et C Lupien, il convient de nuancer cette affirmation notamment au regard de la présomption de l'article 906 CcQ selon laquelle « sont réputées meubles corporels les ondes ou l'énergie maîtrisées par l'être humain et mis à son service (...) ». Déduction faite de cet article, certains pourraient prétendre à qualifier l'objet virtuel de « biens corporels dématérialisés »⁴² en admettant que l'existence des données sous-tendant les objets virtuels exige l'inscription de ces données dans la mémoire interne des serveurs hébergeant le monde virtuel et que « cette inscription exig[e] l'induction de courants électriques dans le champ magnétique des Segments du disque dur du Serveur et résult[e] en une modification de la polarisation de ces champs magnétiques (donc de leur énergie magnétique) »⁴³. Selon S Gilker et C Lupien, il semble raisonnable de soutenir que ce processus requiert aussi bien la maîtrise de l'énergie électrique que magnétique afin d'inscrire et de lire les codes sous-tendant les objets virtuels aux fins d'utilisation par les utilisateurs et le développeur. Or, il convient de ne pas confondre l'objet virtuel en tant que représentation graphique, d'image qui apparaît à notre écran avec d'autres biens qualifiés de corporels comme le gaz ou l'électricité qui sont constitués d'une masse physique microscopique, respectivement d'atomes et d'électrons, mais qui ont une existence réelle dans le monde physique.

⁴⁰ CcBC, art 405. Sylvio Normand, « Les nouveaux biens » (2004) 106 R Notariat 177 [Normand]. Denys-Claude Lamontagne, « Les biens corporels et incorporels, meubles et immeubles » dans *Biens et propriété*, 6^e éd, 2009, La référence, EYB2009BEP3, n° 47 [Lamontagne, 6^e édition].

⁴¹ Denys-Claude Lamontagne, *Biens et propriété*, 5^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005, à la p 135, n° 96 et s [Lamontagne, 5^e édition].

⁴² Lamontagne, 6^e édition, supra note 40, n° 47.

⁴³ Stéphane Gilker et Charles Lupien, « Le droit de propriété dans les mondes virtuels en droit civil québécois » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du divertissement (2009)*, vol 311, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009, 155 à la p 193 [Gilker et Lupien].

À l'opposé du corporel se situe l'incorporel. Les choses incorporelles, comme leur nom l'indique, n'ont pas de corps, pas de matière, elles sont immatérielles⁴⁴. Un courant doctrinal tend à définir les biens incorporels comme des droits qui sont des représentations mentales. Par exemple, Lamontagne précise que « les biens incorporels, sans *corpus*, sont les droits sur les biens corporels ou incorporels (art. 899 C.c.Q.). »⁴⁵ Une autre partie importante de la doctrine⁴⁶, dont Pierre-Claude Lafond, soutenue par les tenants de l'analyse économique du droit, n'hésite plus aujourd'hui à considérer un bien comme « un droit, lequel est essentiellement immatériel, auquel se rattache une **valeur économique** »⁴⁷. L'admission de la valeur économique de l'objet est très importante dans la qualification d'un « bien » aussi bien au niveau de l'analyse économique du droit qu'en matière du droit des biens.

La doctrine juridique contemporaine reconnaît que « le droit des biens est en crise »⁴⁸ et s'accorde en général « pour une rénovation de la théorie de

⁴⁴ Au contraire, une partie de la doctrine distingue les biens incorporels et les biens immatériels puisque, selon eux, ils peuvent être facilement confondus. Par exemple, selon Jean-Louis Bergel : « Les biens incorporels et les biens immatériels ne correspondent pas à la même chose. L'électricité est un bien matériel, mais elle a un caractère incorporel. Une œuvre de l'esprit est incorporelle et immatérielle. Les supports électroniques sont des biens matériels qui véhiculent des valeurs intellectuelles ou financières et qui ont une valeur économique, qui sont objets de propriété et dont la circulation correspond à une exploitation économique. » (Jean-Louis Bergel, « Une "approche" économique de la propriété en droit privé » (2008) 22 (numéro spécial—L'analyse économique du droit autour d'Ejan MacKaay) RRD 2501).

⁴⁵ Voir Robert Vouin et Pierre Robino, *Droit privé civil et commercial*, t 2, 3^e éd, Paris, PUF, 1967 à la p 476 et s; Normand, *supra* note 40. Voir aussi Lamontagne, 5^e édition, *supra* note 41 à la p 29, n^o 48.

⁴⁶ François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit civil: Les obligations*, 8^e éd, coll « Précis », Paris, Dalloz, 2002 à la p 1181; Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit québécois des obligations*, t 1, Montréal, Thémis, 1998 à la p 8, n^o 7; Jean Pineau, Danielle Burman et Serge Gaudet, *Théorie des obligations*, 4^e éd, Montréal, Thémis, 2001 à la p 9, n^o 3; Maurice Tancelin, *Des obligations: Actes et responsabilité*, 6^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 1997 à la p 646, n^o 1264. Ces références sont citées dans Yaël Emerich, « Faut-il condamner la propriété des biens incorporels ? Réflexions autour de la propriété des créances » (2005) 46:4 C de D 905, n 39 [Emerich]. Voir aussi Christian Atias, *Droit civil*, 9^e éd, coll « Manuel », Paris, LexisNexis/Litec, 2007. Pour avoir un aperçu des critiques formulées sur la notion de valeur en droit des biens, voir l'exposé de Gaëtan Pirou, *La valeur et les prix*, Paris, Sirey, 1945 aux pp 15–124 cité dans Aurore Benadiba, *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels: propositions pour une rénovation du système des sûretés mobilières en France et au Québec*, thèse de doctorat, Université de Montréal, 2012, n 768.

⁴⁷ Pierre-Claude Lafond, *Précis de droit des biens*, Montréal, Thémis, 2007, n^o 72.

⁴⁸ Mikhail Xifaras, *La propriété : étude de philosophie du droit*, coll « Fondements de la Politique », Paris, PUF, 2004 à la p 8 (pdf), en ligne : <http://www.philodroit.be/IMG/pdf/MXLapropriete_etudedephilosophiedudroit.pdf> [Xifaras].

la propriété »⁴⁹. En effet, durant les dernières années, il a été possible de se rendre compte que la définition absolutiste et matérielle de la propriété devait être mise de côté pour répondre, notamment, « aux objets de l'économie contemporaine, de la propriété des créances (actions, obligations, etc.) ou des biens immatériels (marques, brevets, œuvres ...), etc. »⁵⁰.

La théorie rénovatrice du droit des biens connaît un véritable succès dans la doctrine contemporaine : celle-ci prône l'assimilation juridique des richesses matérielles et immatérielles. Ainsi, le droit des biens ne se limite pas aux choses matérielles. Il porte sur les choses matérielles et les biens immatériels (brevet, valeurs mobilières et autres créances)⁵¹. On est d'accord avec le professeur F Zenati, grand partisan de cette doctrine contemporaine, lorsqu'il tient les propos suivants : « contester que la propriété puisse porter sur des biens immatériels devient de plus en plus un combat d'arrière-garde »⁵². Cet auteur insiste sur la dimension subjective de la propriété, c'est-à-dire son rapport fondamental au sujet de droit⁵³. Il justifie l'extension technique de la notion de propriété et de l'entier droit des biens à l'ensemble des richesses immatérielles⁵⁴.

M Xifaras précise qu'« il n'existe pas UN concept de propriété, mais DES modes de conceptualisation possibles, qui correspondent à un nombre limité de configurations juridiques possibles, toutes assez cohérentes et assez générales pour prétendre fournir l'assise d'une théorie générale du droit des

⁴⁹ Frédéric Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété » (1993) RTD civ. 305 à la p 310 [Zenati].

⁵⁰ Xifaras, *supra* note 48 à la p 9 (pdf).

⁵¹ Frédéric Zenati et Thierry Revet, *Les biens*, 2^e éd refondue, coll « Droit fondamental », Paris, PUF, 1997 à la p 61, n° 116 [Zenati et Revet].

⁵² Zenati, *supra* note 49 à la p 312.

⁵³ F Zenati reprend ainsi la thèse historique et philosophique développée par Michel Villey au milieu du XX^e siècle. Voir Louis D'Avout, « La liberté d'entreprendre au bâcher ? Retour sur une critique récente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel » [2014] 22 Recueil Dalloz 1287, n 3 et à la p 62, n° 44 [D'Avout].

⁵⁴ *Ibid* à la p 65, n° 44.

biens ». Il a nommé ces modes de conceptualisation la *maîtrise souveraine*⁵⁵, l'*appartenance patrimoniale*⁵⁶ et la *réserve de jouissance*⁵⁷.

Ainsi, le postulat, dépassé, selon lequel les biens immatériels ne sont pas susceptibles de propriété, car il est impossible de les posséder matériellement, devient erroné. Selon la théorie rénovatrice du droit des biens, c'est finalement l'utilité combinée à la rareté qui conduit à faire d'une chose un bien en fonction de la valeur qui lui sera attribuée pour son aliénation. Cette notion de valeur de l'objet est très importante au niveau juridique dans le droit positif français et québécois⁵⁸ et surtout au niveau économique. Elle a servi aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence de fondement pour qualifier certains objets immatériels comme « biens ». En effet, une partie de la doctrine précise qu'un « bien » peut ne pas être qualifié de « chose ». Comme l'énonce l'article 899 CcQ, les « biens » comportent certaines valeurs abstraites exclues des « choses », par exemple, les « droits » et plus généralement les « biens incorporels », c'est selon cette théorie moderne du droit des biens que l'objet virtuel pourra éventuellement se voir qualifier comme un « bien ». Sylvio Normand affirme que « la valeur économique s'est substituée à la matérialité comme élément déterminant permettant d'établir qu'une chose constitue un bien »⁵⁹. Ainsi, il convient d'analyser si les objets virtuels ont une valeur économique et sociale afin d'opérer leur qualification en tant que « bien ».

2) L'objet virtuel en tant que valeur

Si les objets virtuels ne peuvent être possédés matériellement, car ils existent seulement sous la forme d'une image représentée dans les mondes virtuels, ils font l'objet de transaction et il peut être utile de se les « approprier », d'autant

⁵⁵ La « maîtrise souveraine » est le mode de conceptualisation de la propriété dite « classique » selon laquelle le droit de propriété est le droit exclusif et absolu d'une personne sur des choses matérielles. C'est ce qui a été consacré dans les Codes civils français et québécois, ce choix politique a été pris afin d'accorder à la personne la plus absolue des libertés en lui reconnaissant le droit d'exercer sur les choses la plus absolue des dominations : Xifaras, *supra* note 48 à la p 26 (pdf).

⁵⁶ L'« appartenance patrimoniale » invite à voir le propriétaire comme « le titulaire d'un droit de propriété sur un patrimoine, qui n'est ni un bien matériel, ni même un bien immatériel » : *Ibid* à la p 19, n°7, à la p 201 et s.

⁵⁷ La « réserve de jouissance » doit son existence à Augustin Charles Renouard (1794–1878). Elle se présente comme la nouvelle branche du droit civil que Renouard appelle le droit industriel dans lequel trouve sa place le droit d'auteur par l'entremise de la théorie des droits moraux : *Ibid* à la p 349.

⁵⁸ Le *Code civil du Québec* fait ainsi référence aux droits de propriété intellectuelle et industrielle (art 458 et 909, al 2 CcQ), le secret commercial (art 1612 et 1472 CcQ), les brevets et les marques de commerce (art 2684 CcQ) : Normand, *supra* note 40 aux pp180–181.

⁵⁹ Normand, *supra* note 40 à la p 179.

qu'ils supposent souvent des efforts et des heures de travail importants devant être reconnus comme valeur⁶⁰.

Une fois que l'utilisateur a fini de créer l'objet virtuel, il a la possibilité, par l'intermédiaire de son avatar, soit de l'utiliser dans le monde virtuel, soit de le transférer à un autre utilisateur moyennant ou non une somme d'argent ou en échange d'un autre objet virtuel, selon ce que les règles établies par le développeur relativement aux transactions dans le monde virtuel permettront. Le plus souvent, les objets virtuels s'échangent pour de l'argent, puisqu'en « achetant » des objets virtuels, les utilisateurs les accumulent plus vite et obtiennent la satisfaction d'une meilleure représentation dans l'univers virtuel et dans le monde réel. L'objet virtuel est à la fois le fruit de la création humaine, des relations sociales et des transactions commerciales.

Il faut savoir que le *coût d'achat* d'un objet virtuel peut être plus élevé que son *coût de création* en fonction de sa rareté et de son utilité tout comme dans le monde réel. On a vu que les utilisateurs qui « vendent » des objets virtuels font des *profits* en argent virtuel convertibles en monnaie réelle selon les mondes virtuels, tel est le cas dans *Second Life*⁶¹.

L'émergence du phénomène connu sous l'appellation de « *gold farming* »⁶² démontre aussi que l'objet virtuel a une valeur. Il s'agit d'entreprises de *farming* qui se sont créées pour la plupart en Chine⁶³ et qui emploient de nombreuses personnes appelées « fermiers », de la traduction anglaise « *gold farmers* »⁶⁴, afin de travailler plusieurs heures pour une faible rémunération dans le but de « récolter de l'or virtuel » ou de passer des niveaux de jeu au bénéfice d'un utilisateur qui en contrepartie paiera l'entreprise en argent réel. La transaction prend alors une valeur utilitaire dans le sens où l'utilisateur fait appel à cette entreprise pour dépenser moins de temps et d'énergie à acquérir des objets virtuels ou à passer plus rapidement des niveaux de jeu dans le monde virtuel. Pour tenter de contrer ce phénomène, certains développeurs vendent eux-mêmes des objets virtuels directement aux

⁶⁰ Zenati et Revet, *supra* note 51 aux pp 41–42.

⁶¹ Par exemple, en 2006, une utilisatrice de *Second Life* est devenue millionnaire en argent réel, en achetant et en développant des terrains virtuels qu'elle louait et revendait à d'autres utilisateurs. Voir [Atelier BNP Paribas, « Second Life : Le premier millionnaire est une chinoise »](http://www.atelier.net/trends/articles/second-life-premier-millionnaire-une-chinoise), décembre 2006, en ligne : <<http://www.atelier.net/trends/articles/second-life-premier-millionnaire-une-chinoise>>.

⁶² Gilker et Lupien, *supra* note 43 à la p 165.

⁶³ Environ 80% des entreprises de *Gold farming* sont installées en Chine. Selon Jin Ge, chercheur de l'Université de Californie à San Diego qui travaille sur le phénomène chinois du *Gold farming*, la Chine est une usine de biens virtuels. Voir Danny Vincent, « [China used prisoners in lucrative internet gaming work](http://www.guardian.co.uk/world/2011/may/25/china-prisoners-internet-gaming-scam) », *The Guardian* (25 mai 2011), en ligne : <<http://www.guardian.co.uk/world/2011/may/25/china-prisoners-internet-gaming-scam>>.

⁶⁴ Carré, *supra* note 17 à la p 148 et s.

utilisateurs et créent des espaces de vente pour faciliter les échanges entre les utilisateurs⁶⁵.

On peut alors se poser la question de savoir comment en pratique la valeur est attribuée à un objet virtuel. La revue de littérature relative au monde virtuel et l'analyse du concept de valeur en économie et en marketing nous permettent d'évaluer la valeur de l'objet virtuel (vêtements, accessoires, comptes de joueur, items, monnaie virtuelle, coupe de cheveux pour un avatar, etc.) sous l'angle de la *valeur perçue* dans une perspective transactionnelle et relationnelle, surtout dans notre contexte.

Il s'agit alors de différencier le mode d'appropriation de l'objet virtuel. D'une part, l'utilisateur peut s'approprier un objet virtuel en l'achetant avec de la monnaie virtuelle convertible en monnaie réelle. Dans ce type de monde virtuel, comme *Habbo*⁶⁶, il est admis sans aucun doute que la valeur de l'objet est pécuniaire pour l'utilisateur⁶⁷. D'autre part, l'utilisateur peut s'approprier un objet virtuel en réalisant des étapes supérieures de jeu. Le but du jeu dans certains mondes virtuels comme *Runescape* est de devenir le meilleur joueur en passant les différents niveaux de jeux pour accumuler le plus d'objets virtuels possible⁶⁸. Il est donc permis de supposer que ces objets virtuels ont une *valeur perçue relationnelle ou sociale*⁶⁹ dans le monde réel. L'utilisateur cherche à se distinguer des autres utilisateurs en amassant de nombreux et/ou de rares objets virtuels ou même en offrant des cadeaux virtuels à ses amis⁷⁰.

⁶⁵ Exemple dans le monde virtuel Diablo III où l'opérateur *Blizzard Entertainment* avait mis en place une maison de vente aux enchères en pièces d'or et en argent réel, mais il a décidé de la fermer le 18 mars 2014, sans nous donner la raison : Lylirra (pseudonyme), « [Mise à jour de la F.A.Q. dédiée à l'hôtel des ventes](http://eu.battle.net/d3/fr/blog/13265001) », 14 mars 2014, en ligne : <<http://eu.battle.net/d3/fr/blog/13265001>>.

⁶⁶ En ligne : <<http://www.habbo.com>>. Voir, Litska Strikwerda « Theft of Virtual Items in Online Multiplayer Computer Games: an Ontological and Moral Analysis » (2012) 14:2 Ethics & Info Tech 89 [Strikwerda].

⁶⁷ Strikwerda, *supra* note 66 à la p 93.

⁶⁸ En ligne: <<http://www.runescape.com>>.

⁶⁹ Valarie A Zeithaml, « Consumer Perceptions of Price, Quality and Value: A Means-End Model Synthesis of Evidence » (1988) 52:3 J Marketing 2.

⁷⁰ Suzanne Wu, CEO d'*Ohai*, une compagnie de jeu en ligne, a expliqué lors de son intervention au *Virtual Goods Summit* de 2008, à l'Université Stanford, que les objets virtuels sont une métaphore graphique d'un comportement d'une personne envers une autre. En ce sens, elle donne l'exemple d'un bouquet de fleurs virtuel qui possède trois composantes : la première est sa représentation graphique; la deuxième est l'action d'envoyer ces fleurs à quelqu'un; enfin, la troisième est le fait d'exposer ces fleurs comme un trophée que l'on a reçu afin que tous les joueurs sachent que l'on est apprécié. Voir Suzanne Wu, « [Virtual Goods: The Next Big Business Model](http://www.techcrunch.com/2007/06/20/virtual-goods-the-next-big-business-model/) », *TechCrunch* (20 juin 2007), en ligne : <<http://www.techcrunch.com/2007/06/20/virtual-goods-the-next-big-business-model/>> [Wu].

Également, la valeur de l'objet virtuel est telle qu'elle est perçue par l'utilisateur. Cette valeur s'évalue notamment en fonction du temps⁷¹, de l'effort, de la créativité, de la rareté sous-tendant la création de l'objet virtuel et aussi de la gratification, de la satisfaction personnelle et du divertissement qu'on obtient dans les mondes virtuels, mais aussi dans le monde réel⁷².

Enfin, certains objets virtuels sont vus par les utilisateurs de jeune âge et même certains plus âgés, comme un symbole ou un *badge* qui envoie un message de son « propriétaire », qu'il possède une chose unique achetée ou gagnée que les autres n'ont pas. Dans ce contexte, la *valeur perçue* associée à cet objet virtuel est importante⁷³. En effet, l'utilisateur ne peut pas toucher ou manipuler physiquement l'objet virtuel comme il aurait l'opportunité de le faire avec un objet réel qu'il désirerait acheter, ainsi sa décision d'achat serait forcément prise sur la *valeur perçue* de l'objet virtuel.

Ainsi, l'existence de l'objet virtuel en tant que valeur et la vitalité du marché économique de leurs transactions ou « marchandisations »⁷⁴ permettent d'inclure les « objets virtuels » dans la catégorie des « biens

⁷¹ Le temps occupe effectivement une place centrale dans les MMOs. Un utilisateur doit investir beaucoup de temps pour avancer dans le jeu, pour créer ou trouver un objet virtuel et garantir sa performance dans le monde virtuel.

⁷² Pour un exemple concret : Susanne Wu est une grande joueuse de MMO, elle a dépensé, en 2005, 10 dollars réels pour acheter 1 million de pièces d'or virtuelles dans un monde virtuel. Elle explique que ses amis se sont moqués d'elle, en lui disant qu'elle « jetait son argent par la fenêtre » et voici ce qu'elle leur a répondu : « ce million de pièces d'or me donnerait 20 heures de divertissement. Si j'allais au cinéma, ces 10 dollars ne m'apporteraient que 2 heures de divertissement. En assumant que 1 heure de cinéma me donne la même satisfaction personnelle que 2 heures de jeu en ligne, j'aurais été prête à payer jusqu'à 50 dollars pour ce million de pièces virtuelles. Alors j'avais l'impression d'avoir fait une bonne affaire en ne payant que 10 dollars! » (Wu, *supra* note 70, traduit dans Marion Garnier et Guillaume Probst, « Pourquoi payer dans un jeu par navigateur gratuit? Motivations à jouer et achat d'objets virtuels » (2015) 8:82 *Management & Avenir* 183 à la p 190)

⁷³ [How Brands are Making Real Money Selling Virtual Goods](#), International Licensing Industry Merchandisers' Association (LIMA), 16 mai 2018, en ligne : <<https://www.licensing.org/news/how-brands-are-making-real-money-selling-virtual-goods/>>.

⁷⁴ Voir Paul Van Den Bulck, « Le régime juridique des avatars créés dans le cadre des jeux vidéo » (2007) 24 *Propriétés intellectuelles* 279 à la p 280 [Bulck]. Terme employé au sens économique, qui consiste à affecter une valeur d'échange à des choses qui avaient tout au plus une valeur d'usage. Ce serait un mécanisme d'affectation d'un prix et de mise sur le marché de choses qui demeuraient auparavant en dehors de la sphère marchande. Cette définition a été employée par le professeur Éric Loquin de l'Université de Bourgogne et Annie Martin, chargée de recherche au CNRS, dans la brochure publicitaire du Colloque international-CREDIMI Dijon, « [Droit et Marchandisation](#) », *Colloque international—CREDIMI Dijon. 18 et 19 mai 2009*, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Université de Bourgogne—CNRS UMR 5598, en ligne : <<http://www.cnrs.fr/infoslabos/conferences-colloques/Docs-PDF/Droit-et-Marchandisation.pdf>>.

meubles incorporels », tout comme le droit positif québécois le fait pour les *actifs intangibles* comme la monnaie, les valeurs mobilières ou le *know-how*⁷⁵, dès lors qu'ils ont une valeur économique et sont appropriables⁷⁶. De ce fait, puisque les biens virtuels peuvent probablement faire l'objet d'un droit de propriété en vertu du Code civil, il s'agira de comparer les caractéristiques de la *propriété virtuelle* avec celles de la propriété dite « classique ».

B) Analyse comparative des caractéristiques de la propriété virtuelle au regard du contenu du droit de propriété

Selon l'article 947 du CcQ, la propriété doit contenir les caractéristiques suivantes : être libre, perpétuelle et absolue ou complète, son contenu est généralement déterminé par le mécanisme qui permet ses usages ou attributs (*usus, fructus, abusus*), soit par l'exclusivité qu'on a sur la chose et le pouvoir de disposer entièrement de la chose.

La doctrine américaine qui s'intéresse au monde virtuel s'entend pour dire que la *propriété virtuelle* possède principalement trois caractéristiques⁷⁷ qui sont : « *Rivalrous, Persistent, and Interconnected Code* » qu'on traduit par « rivalité, persistance et interconnectivité dans le Code ». Il s'agit d'analyser chacun des caractères spécifiques de la *propriété virtuelle* au regard de ceux du droit de propriété : rivalité *v* exclusivité, persistance *v* perpétuité et l'interconnectivité, caractéristique propre à la *propriété virtuelle* pour vérifier leurs similarités ou différences.

⁷⁵ *Gaudreau c 9090-2438 Québec Inc*, 2007 QCCA 1254 aux para 41–45. La Cour définit le « *know-how* » ou « savoir-faire » « comme étant le savoir et les connaissances techniques acquises par expérience (...) c'est-à-dire une œuvre intellectuelle et immatérielle qui se manifeste au moyen d'un support matériel » pouvant ainsi être classifiée dans la catégorie de « biens incorporels » (au para 41).

⁷⁶ Voir aussi Normand, *supra* note 40 aux pp 189–91.

⁷⁷ Carré, *supra* note 17, n° 35–36. Charles Blazer ajoute à ces trois caractéristiques deux indices qui permettent d'aider à déterminer si on est en présence d'une propriété virtuelle. Ces indices sont des facteurs extérieurs relatifs au comportement du marché et des utilisateurs : « *secondary market and value-added-by-users* ». Nous ne retiendrons pas ces indices dans le cadre de l'analyse comparative entre la propriété virtuelle et la propriété classique, car ils ne sont pas déterminants. Charles Blazer, « [The Five Indicia of Virtual Property](https://scholars.unh.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1090&context=unh_lr) » (2006) 5:1 *Pierce LR* 137 à la p 146, en ligne : <https://scholars.unh.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1090&context=unh_lr> [Blazer]. JW Nelson critique cette approche : « *This approach is ambiguous, however, and does not provide a clear outline of how property rights will apply to virtual resources* » (Nelson, *supra* note 21 à la p 288).

1) La rivalité v l'exclusivité

La rivalité se traduit par le fait que la personne qui utilise un bien virtuel (nommé par J Fairfield, un « Code »⁷⁸) empêche une autre personne de l'utiliser. Est-ce que cela suffit à en conclure qu'il en a l'exclusivité comme en matière de propriété?

Il convient ici de vérifier si le propriétaire d'un bien virtuel, à l'instar du propriétaire d'une chose corporelle, détient l'usage exclusif et le pouvoir de disposer de son bien virtuel. Ces deux attributs de la propriété seront traités ici sous le même titre puisqu'ils sont tous deux sous-jacents à la jouissance du bien (l'*usus*) par son propriétaire.

Dans le cadre des MMOs, il s'agit de revenir à la distinction de leur genre pour déterminer une possible transposition des attributs authentiques du propriétaire dans le monde virtuel. On a vu qu'il existe principalement deux types de monde virtuel, avec et sans *script*⁷⁹. Rappelons brièvement que dans le premier cas, le développeur a fixé les objectifs de jeu et ne laisse pas de place à la créativité des joueurs, le produit des créations étant prédéfini par le code du jeu. Le plus souvent ces mondes virtuels avec *script* interdisent les transactions d'objets virtuels pour de l'argent. Dans ce type de MMO, les attributs de la propriété appartiennent au développeur. Au contraire, le second type de monde virtuel, sans *script*, ne propose pas de quête à accomplir. Il offre les outils nécessaires aux utilisateurs leur permettant de créer des biens virtuels ou des événements scriptés et d'en faire le commerce à l'intérieur du monde virtuel. Ce sont ces mondes virtuels qui nous intéressent dans le cadre de la détermination de la *propriété virtuelle*, car les utilisateurs ont une grande liberté dans la création et le contrôle des transferts des biens virtuels.

⁷⁸ Fairfield définit le « Code » de deux manières qu'il convient de distinguer pour les fins de cette discussion sur la comparaison des caractères de la propriété classique avec la propriété virtuelle : « *Much computer code is just one step removed from a pure idea. It is non-rivalrous; that is, one person's use of the code does not stop another person from using it. This kind of code is, correctly, protected by the law of intellectual property. Intellectual property protects the creative interest in non-rivalrous resources. If intellectual property did not exist, creators would not be able to recoup the costs of creation. But there is another kind of code, rarely discussed in the technical or legal literature. Much computer code is just one step removed from a pure idea. This kind of code is designed to act more like land or chattel than ideas. It pervades the internet and comprises many of the most important online resources. Often, this kind of code makes up the structural components of the internet itself. Domain names, URLs (uniform resource locators), websites, email accounts, and entire virtual worlds are all examples of this second type of code.* » (Fairfield, *supra* note 29 à la p 1049)

⁷⁹ Carré, *supra* note 17, n° 33.

L'essence de la propriété réside dans l'exclusivité du propriétaire sur son bien. L'exclusivité suppose donc la jouissance du bien virtuel au sens large. Dans le monde virtuel *sans script* de *Second Life*, l'utilisateur-créateur de l'objet virtuel détient le contrôle sur les actions que peuvent prendre les autres utilisateurs par rapport à l'objet créé. Il peut décider de « vendre » l'objet virtuel qu'il a créé à un autre utilisateur et il peut décider que ce dernier aura le droit de modifier⁸⁰, de copier, de revendre ou non l'objet en question⁸¹. Est-ce que ces paramètres suffisent à déterminer que l'exclusivité de la *propriété virtuelle* existe?

Pour certains auteurs partisans de la reconnaissance de la *propriété virtuelle* en droit civil, dont W Dross,⁸² et en *common law*, dont J Fairfield⁸³, il ne fait aucun doute que le caractère exclusif du bien virtuel existe, car chaque objet virtuel est finalement un programme informatique dont la suite de données permet de définir les caractéristiques de l'objet ainsi que l'identité de l'avatar (à quel compte utilisateur il appartient). Le transfert d'un objet virtuel à un autre avatar résulte de la modification des données concernant le détenteur de cet objet. Selon W Dross : « l'appropriation fait donc partie intégrante de la structure même de l'objet. »⁸⁴ Aussi, les auteurs Greg Latowska et Dan Hunter tentent de démontrer la similarité du fonctionnement des mondes virtuels avec le monde réel en matière de propriété⁸⁵, en expliquant que certains mondes virtuels fournissent des espaces virtuels qui offrent les caractéristiques de propriété privée ou publique. Par exemple, dans le monde virtuel *There.com*, il existe beaucoup d'espace virtuel public et la possibilité pour les avatars de construire leur propre maison moyennant certains frais⁸⁶. Les avatars ont même la possibilité de louer leur espace virtuel. À priori, on y rencontre ainsi les droits fondamentaux relatifs à la propriété d'utiliser, d'exclure et de transférer les objets virtuels acquis⁸⁷.

Également, l'utilisateur a souvent la possibilité de personnaliser les options de contrôle sur son bien virtuel afin de délimiter les attributs de la propriété sur son bien. Comme dans le monde réel où les terres sont

⁸⁰ L'utilisateur X peut aussi limiter les possibilités de modification de l'objet qu'il transfère. Il peut choisir, par exemple, de transférer l'objet avec la possibilité de modifier la forme et la couleur sans permettre à l'utilisateur Y de voir ou modifier le *script* de l'objet.

⁸¹ Pour plusieurs exemples concrets, voir [Second Life wiki, « Permission »](http://wiki.secondlife.com/wiki/Permission), en ligne: <<http://wiki.secondlife.com/wiki/Permission>>.

⁸² William Dross, « Le droit de propriété dans les mondes virtuels » dans Gérald Delabre, dir, *Le droit dans les mondes virtuels*, coll « CRIDS », Bruxelles, Larcier 2013, 27 à la p 34 [Dross].

⁸³ Fairfield, *supra* note 29.

⁸⁴ Dross, *supra* note 82.

⁸⁵ Lastowka et Hunter, *supra* note 18 à la p 37 et s.

⁸⁶ Dross, *supra* note 82 à la p 40.

⁸⁷ *Ibid* à la p 38.

délimitées par leur propriétaire par une clôture physique pour y exclure l'empiètement des tiers sur sa propriété, l'utilisateur a aussi la possibilité d'instaurer une clôture virtuelle pour délimiter le contour de sa terre virtuelle dans certains mondes virtuels comme *Second Life*. Susan Abramovitch et David Cummings prennent pour exemple le propriétaire de la ligne de code formant l'objet virtuel qui a la faculté d'exclure un tiers de l'utilisation de sa *propriété virtuelle* comme le propriétaire d'un nom de domaine peut exclure tout tiers à l'utilisation de son nom de domaine⁸⁸.

Pour autant, l'utilisateur ne doit pas considérer cette clôture virtuelle comme une délimitation de sa propriété puisque les options de contrôle ou de maîtrise du bien virtuel dans ces mondes virtuels sans *script* sont à l'origine préprogrammées par le développeur du monde virtuel. En effet, ce sont des paramètres de jeu qui peuvent être modifiés selon le bon vouloir du développeur, donc ces paramètres ne sont pas suffisants pour dire que l'exclusivité de la *propriété virtuelle* existe. Aussi, dans les mondes virtuels avec *script*, ces paramètres ne sont même pas offerts aux utilisateurs puisque, le plus souvent, les développeurs interdisent dans les termes et conditions du monde virtuel la marchandisation même des objets virtuels bien que les utilisateurs ne respectent pas toujours ces termes et transfèrent leurs objets virtuels contre de l'argent.

En application de la théorie économique des droits de la propriété, les professeurs E Mackaay et S Rousseau expliquent que : « pour que la propriété existe, l'exclusivité ou la maîtrise effective sur l'objet n'a pas besoin d'être parfaite, mais elle doit être au moins suffisante pour arrêter la surconsommation et pour assurer la rémunération de l'aménagement pour l'utilisation humaine. »⁸⁹ En effet, la maîtrise doit permettre au propriétaire d'utiliser « tout ou partie de l'objet et d'en récolter les fruits »⁹⁰. Ces caractéristiques réunies forment un « droit exclusif minimal », ce qui est également admis selon la théorie rénovée de la propriété⁹¹. Dans les mondes virtuels sans *script*, l'utilisateur bénéficie de l'*usus* partiel ou total des objets virtuels, ce qui constitue un droit exclusif « minimal ». Cependant, en droit civil, la théorie classique de la propriété admet que le droit exclusif ainsi que la maîtrise sur l'objet sont absolus par rapport à la nature de l'objet⁹². Puisque l'*usus* de l'utilisateur sur l'objet virtuel dépend de la volonté du développeur, qui peut à tout moment modifier les options de contrôle sur l'objet virtuel, le droit exclusif de la propriété n'est pas présent.

⁸⁸ Nsiangani, *supra* note 38 à la p 8.

⁸⁹ Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, 2^e éd, coll « Méthodes du droit », Montréal, Thémis/Paris, Dalloz, 2008, n° 767.

⁹⁰ *Ibid*, n° 784.

⁹¹ Carré, *supra* note 17, n° 204.

⁹² *Ibid*, n° 217, 221.

2) Persistance v perpétuité

Pour certains auteurs, la notion de *persistance* ressemble à la *perpétuité* de la propriété dans le sens où, comme c'est le cas pour un logiciel, le Code ne disparaît pas en se déconnectant du monde virtuel ou en éteignant l'ordinateur⁹³. Les objets virtuels d'un utilisateur existent dans le monde virtuel à chaque fois qu'il se reconnecte sur son compte. Cette caractéristique des mondes virtuels est essentielle, à défaut, les objets virtuels n'auraient aucune valeur. C'est ainsi que pour certains comme C Blazer ou J Fairfield, la persistance du monde virtuel et des objets virtuels est une caractéristique semblable à celle de la perpétuité en matière de propriété qui assure que la propriété d'un objet est maintenue même si elle n'est pas utilisée⁹⁴. Pour expliquer l'analogie des caractéristiques de persistance de la *propriété virtuelle* avec la perpétuité de la propriété classique, l'auteur C Blazer prend l'exemple d'une voiture qui est garée dans un *stationnement* et laissée par son propriétaire en début de journée. Alors que le propriétaire s'éloigne, la voiture est toujours à sa place et le propriétaire peut s'attendre à la retrouver à son retour. Selon nous, cet exemple ne sert pas sa cause, car la voiture en question est un bien matériel qui existe, qui est tangible dans le monde réel. Or, dans le monde réel, les objets virtuels n'existent pas, car ils sont virtuels. Aussi, la perpétuité des objets virtuels n'existe pas au sein du monde virtuel puisqu'à tout moment, un développeur peut décider de supprimer le compte de jeux d'un utilisateur ou de fermer le monde virtuel et les objets virtuels qui s'y trouvent seront supprimés à tout jamais. Ainsi, la notion de *persistance* au sens des jeux en ligne est bien différente de la question de la « nature » perpétuelle reconnue en droit de la propriété.

3) Code interconnecté

Une autre caractéristique de la *propriété virtuelle* est l'*interconnectivité* dans le sens où d'autres personnes que le propriétaire peuvent interagir avec le Code. Cette caractéristique permet aux utilisateurs connectés simultanément de visualiser et d'interagir avec les avatars et les objets virtuels de chacun d'entre eux. Cette caractéristique permet ainsi l'échange d'objets virtuels entre les avatars. Dans ce sens, l'interconnectivité permet de créer de la valeur aux objets virtuels, source d'échange et de transactions entre les utilisateurs. Or, les utilisateurs n'ont pas un véritable pouvoir de libre disposition des objets virtuels⁹⁵ puisque leur pouvoir de disposition dépend du bon vouloir du développeur et donc des mondes virtuels dans lesquels ils se trouvent⁹⁶. De

⁹³ Fairfield, *supra* note 29 à la p 1054; Blazer, *supra* note 77 à la p 144.

⁹⁴ Blazer, *supra* note 77.

⁹⁵ Carré, *supra* note 17, n° 265-69.

⁹⁶ *Ibid*, n° 281.

plus, même si le développeur autorise les transactions d'objets virtuels, ces dernières doivent se dérouler à l'intérieur du monde virtuel (d'un compte de jeu à un autre) et non en dehors comme c'est le cas dans la pratique du « marché noir » des objets virtuels.

4) Distinctions du contenu des droits de la propriété classique et de la *propriété virtuelle*

Si plusieurs auteurs américains admettent une analogie entre les caractéristiques de la *propriété virtuelle* et de la propriété classique, c'est certainement parce que la propriété en *common law* est une notion plus large dans ses caractéristiques qu'en droit civil.

Il convient de rappeler l'étude du doyen G Ripert sur les caractéristiques semblables entre la propriété corporelle et incorporelle :

Les propriétés incorporelles ont en effet tous les caractères du droit de propriété : l'exclusivisme, l'opposabilité absolue et la cessibilité. Seul l'usage n'est pas le même; mais l'usage dans la propriété des corporels varie suivant la chose qui est l'objet du droit; il n'est donc pas étonnant qu'une propriété incorporelle ne se manifeste pas par le même usage qu'une propriété corporelle. (...) Les propriétés incorporelles ne sont pas des propriétés mineures; et beaucoup ont une valeur bien plus grande que celle des propriétés immobilières.⁹⁷

En conséquence, même si la propriété incorporelle comporte certaines caractéristiques particulières et contingentes à son objet, il suit le modèle de la propriété corporelle, qui se manifeste par la présence des éléments caractéristiques de la propriété⁹⁸. Or, l'analyse comparative entre les différentes caractéristiques de la propriété classique et celles de la *propriété virtuelle* nous permet de conclure que leurs droits ne sont pas analogues dans leur contenu. Alors que les utilisateurs possèdent et contrôlent les objets virtuels dans certains mondes virtuels, dans le sens où d'autres utilisateurs ne peuvent s'en emparer ou les utiliser, sauf malicieusement, cela ne signifie pas pour autant que dans le monde réel, ils en sont les véritables propriétaires. En effet, s'approprier une chose signifie en être le propriétaire. Ce sont les développeurs qui choisissent les options à donner aux utilisateurs sur le contrôle des objets virtuels. Par exemple, dans *Second Life*, les options de contrôle des objets virtuels peuvent être différentes selon que l'objet virtuel fait partie du domaine « public » qui est ouvert à tous les utilisateurs ou « privé », c'est-à-dire restreint à certains utilisateurs qui ont des comptes

⁹⁷ Georges Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1955 à la p 199, n° 80 [Ripert]. Voir aussi Yaël Emerich, *La propriété des créances : approche comparative*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Montréal en cotutelle avec l'Université Jean Moulin Lyon 3, 2004 aux pp 176-77 [Emerich, *La propriété des créances*].

⁹⁸ Emerich, *La propriété des créances*, *supra* note 97 à la p 177, n° 227.

premium par exemple. Ainsi, certains pourraient juger que l'*usus* de l'objet virtuel par l'utilisateur est dans ce sens limité. Par contre, l'utilisateur décide dans ses options si l'objet virtuel qu'il détient peut être librement vendu ou même faire l'objet d'une revente par le premier acheteur. En ce sens, l'*usus* paraît être présent bien qu'il reste limité puisque l'usage de l'objet virtuel ne peut se manifester qu'à l'intérieur du monde virtuel.

Également, l'existence de l'*abusus* est problématique dans notre matière. On sait que la libre transmissibilité de l'objet est un élément caractéristique important pour déterminer une véritable propriété. Or, le développeur peut décider ou non d'accorder une véritable propriété des objets virtuels aux utilisateurs dans le codage du logiciel et/ou dans les termes de la licence et du CLUF. Dans la majorité des mondes virtuels, le développeur interdit le transfert de biens virtuels à l'extérieur du monde virtuel. La notion d'*abusus* est donc également limitée. Dans les cas où l'utilisateur est autorisé à aliéner l'objet virtuel, il en récupère les fruits. La notion de *fructus* est donc présente.

Enfin, la perpétuité ne se retrouve pas dans la *propriété virtuelle*, car le développeur peut à tout moment mettre fin au jeu ou au compte de l'utilisateur et supprimer ainsi les objets virtuels qui ne peuvent être visualisés qu'à travers le jeu.

On en déduit que les caractéristiques de la propriété classique et de la *propriété virtuelle* ne sont pas similaires puisque la *propriété virtuelle* n'est ni exclusive, ni absolue, ni perpétuelle au sens « classique » ou strict du droit de propriété prévu dans le Code civil québécois et français, donc il n'y a pas ici de droit de propriété classique. Néanmoins, notre analyse comparative entre les deux notions n'est pas complète, il convient maintenant de traiter des modes d'acquisition des droits de la propriété classique et de les comparer avec ceux de la *propriété virtuelle*.

C) Comparaison des modes d'acquisition et de transfert de la propriété classique avec ceux de la *propriété virtuelle*

Aux termes de l'article 916, al 1 CcQ : « Les biens s'acquièrent par contrat, par succession, par occupation, par prescription, par accession ou par tout autre mode prévu par la loi. » Il est possible d'être, seul ou avec plusieurs, titulaire d'un droit de propriété⁹⁹.

Il convient de noter que nous n'allons pas procéder ici à une analyse exhaustive de chacun de ces modes d'acquisition, mais plutôt nous concentrer sur ceux susceptibles d'application dans le domaine des mondes virtuels. Ainsi, nous n'allons pas traiter des cas de succession, ni de prescription

⁹⁹ CcQ, art 911.

qui, de nos jours, ne trouvent pas ou très rarement application dans notre domaine¹⁰⁰.

En droit québécois comme en droit français, les modes d'acquisition de la propriété sont les mêmes. On distingue deux types de mode d'acquérir : originaire et dérivé¹⁰¹. L'acquisition est qualifiée d'originaire lorsqu'elle est « pure et simple », ici l'acquéreur ne tient pas son bien d'un précédent propriétaire, soit le bien acquis n'appartient à personne (occupation), soit la transmission a lieu à cause de la loi (prescription, succession, acquisition des fruits et revenus par le possesseur de bonne foi, accession, tout autre mode légal)¹⁰². Au contraire, l'acquisition est dérivée lorsqu'elle est translatrice, c'est-à-dire quand l'objet de la propriété est transféré d'un propriétaire à un autre¹⁰³. Il convient ainsi de distinguer les modes d'acquisition originaires et les modes d'acquisition dérivés.

1) Modes originaires d'acquisition de la propriété

Il est intéressant d'analyser ici les modes originaires d'acquisition¹⁰⁴ et notamment celui de l'appropriation par création des objets, qui sous-entend juridiquement de s'arrêter sur l'étude de l'accession en vertu du *Code civil du Québec*. Il s'agira ainsi d'éliminer l'application des concepts d'accession immobilière naturelle et de l'occupation à notre matière pour se concentrer sur l'application des règles d'accession mobilière artificielle du Code civil afin de permettre de déterminer le propriétaire initial d'un bien virtuel.

a) La non-application de l'accession immobilière naturelle et de l'occupation

On parle ici de l'acquisition d'un bien qui, à son origine, n'appartient à personne. Charles Lupien et Stéphane Gilker se sont déjà penchés sur l'analyse de ce mode d'acquisition de la propriété du bien virtuel¹⁰⁵. On est d'accord avec leur constatation qu'aucune des modalités d'acquisition originaire de la propriété prévue au Code civil ne permet d'attribuer la titularité initiale du droit de propriété sur un bien virtuel. En effet, selon la doctrine, les modes d'acquisition originaires de la propriété sont notamment « l'accession

¹⁰⁰ En règle générale, le mécanisme de dévolution à cause de mort n'est pas prévu dans les CLUFs. Termes et conditions de *Second Life*, article 5.5 : « Upon Account termination, you will lose access to your Account and all licenses, Content, and data, and you understand this is a risk of participating in the Service (...). » (Linden Lab, [Terms of Service](https://www.lindenlab.com/tos), en ligne : <<https://www.lindenlab.com/tos>> [Linden Lab])

¹⁰¹ Zenati et Revet, *supra* note 51 à la p 159, n°120.

¹⁰² Lamontagne, 5^e édition, *supra* note 41 à la p 158, n°209.

¹⁰³ Zenati et Revet, *supra* note 51 à la p 158.

¹⁰⁴ Emerich, *La propriété des créances*, *supra* note 97 à la p 406.

¹⁰⁵ Gilker et Lupien, *supra* note 43 à la p 205.

naturelle » et « l'occupation »¹⁰⁶. Or, ces derniers ne peuvent trouver application aux biens virtuels, car d'une part, « l'accession naturelle »¹⁰⁷ ne concerne que les biens immobiliers alors que les biens virtuels sont mobiliers par nature¹⁰⁸, et d'autre part, « l'occupation »¹⁰⁹ suppose la préexistence d'un bien « vacant » ou « sans maître » alors que selon l'analyse qu'on en a faite plus tôt, les biens virtuels ne préexistent pas dans la nature, ils doivent être nouvellement créés par l'utilisateur ou le développeur.

b) L'accession artificielle mobilière¹¹⁰

Denys-Claude Lamontagne explique que l'accession mobilière « vise les biens meubles appartenant à plusieurs personnes et dont les composantes ne peuvent être séparées sans détérioration ou sans un travail excessif (mélange ou adjonction) ou qui ont été travaillées ou transformées par autrui (spécification) »¹¹¹. L'accession mobilière est dite « artificielle »¹¹², car elle résulte toujours du travail de l'homme, elle ne se trouve pas dans la nature comme c'est le cas pour l'accession immobilière naturelle. Il existe trois formes d'accession mobilière. Tout d'abord, *le mélange*, résultant de la fusion de biens meubles dans un tout (ex : alliage de plusieurs métaux) ainsi que *l'adjonction*, consistant dans l'union de biens meubles difficilement dissociables (ex : tableau et cadre), en vertu desquels le bien nouvellement formé appartient à celui des propriétaires qui a le plus contribué à sa création, par la valeur du bien initial ou par son travail (art 971 CcQ). Enfin, *la spécification* selon laquelle la matière est travaillée ou transformée par une autre personne que son propriétaire (ex. : bloc de marbre sculpté), dans un tel cas, si la valeur du travail ou de la transformation de la matière excède la valeur de la matière elle-même, alors le bien nouveau appartient à celui

¹⁰⁶ Il y en a d'autres : possession, usucapion, chose sans maître ou vacant. Voir Emerich, *La propriété des créances*, *supra* note 97 aux pp 406, 410.

¹⁰⁷ L'accession naturelle est immobilière et indépendante de toute volonté. CcQ, art 854; Code civil français, art 546; Lamontagne, 5^e édition, *supra* note 41 à la p 486, n° 767. Voir aussi Gilker et Lupien, *supra* note 43 à la p 205.

¹⁰⁸ Carré, *supra* note 17, n° 255, 308.

¹⁰⁹ L'occupation s'entend de « l'acte par lequel une personne acquiert la propriété d'une chose mobilière qui n'appartient à personne par le seul fait de l'appréhension de cette chose avec la volonté de se l'approprier » : Pierre Martineau, *Les biens*, 5^e éd, coll « Cours Thémis », Montréal, Thémis, 1979 à la p 62.

¹¹⁰ CcQ, art 971. Il convient de noter que la doctrine n'est pas unanime sur la division des modes d'appropriation originaires et dérivés. Pour certains, l'accession mobilière dite « artificielle » est un mode dérivé d'acquisition alors que pour d'autres, elle fait partie du mode originaire. On a choisi de placer l'accession mobilière sous les modes originaires d'acquisition, le mode dérivé s'identifiant seulement à la transmission. Voir aussi Zenati et Revet, *supra* note 51 à la p 158, n°129.

¹¹¹ Lamontagne, 5^e édition, *supra* note 41 à la p 500, n° 792; Gilker et Lupien, *supra* note 43 à la p 207.

¹¹² Gilker et Lupien, *supra* note 43.

qui a modifié la matière (art 972 CcQ). Le Code civil prévoit que s'il est impossible de déterminer qui a contribué davantage à la création du bien nouveau, les personnes ayant participé à sa création en sont copropriétaires indivis (art 973 CcQ). À noter également que dans les cas où il est possible de déterminer le propriétaire du bien nouveau, ce dernier devra payer la valeur et non le coût de la matière ou de la main-d'œuvre accessoire à la création du nouveau bien. À défaut de paiement, le propriétaire de l'accessoire a un droit de rétention jusqu'au paiement complet de l'indemnité qui lui est due, à moins qu'il décide volontairement de se dessaisir du bien¹¹³.

À première vue, il est possible de soulever des réserves à l'application de l'accession mobilière en tant que modes d'acquisition de la propriété aux biens virtuels dans le sens où les critères traditionnels de l'accession résident d'une part, dans l'existence d'un lien « matériel »¹¹⁴ et d'autre part, entre deux biens meubles corporels. Or, la tendance doctrinale et jurisprudentielle est à l'effet de reconnaître à côté de l'union matérielle de deux biens, une union immatérielle, intellectuelle ou simplement économique entre deux biens¹¹⁵. D'autre part, comme le précise Yaël Emerich dans son argumentation pour l'application de l'accession comme mode d'acquisition des créances, « le législateur ayant utilisé le terme “bien” dans la définition qu'il donne de l'accession (art. 948 C.c.Q.) et les biens pouvant être corporels ou incorporels (art. 899 C.c.Q.), le domaine de l'accession devrait logiquement les englober les uns comme les autres. »¹¹⁶

Ainsi, le mode d'acquisition de la propriété par l'accession pourrait à première vue s'appliquer aux biens virtuels puisque d'une part, on a déterminé que l'objet virtuel créé par l'utilisateur est un bien meuble tout comme le monde virtuel qui est créé par le développeur. Il convient de rappeler également que la création d'un objet virtuel par l'utilisateur suppose l'écriture ou l'inscription de données sur le disque dur du serveur du développeur modifiant ainsi les données de ce dernier¹¹⁷. Enfin, il faut remarquer que les règles de l'accession trouvent application à défaut de rapports contractuels entre les parties concernées réglant la question de la propriété des biens affectés par cette adjonction ou transformation¹¹⁸. Il s'agira donc aux fins de notre analyse de faire abstraction des contrats de licence d'utilisateur final proposés par les développeurs, la validité de ces

¹¹³ CcQ, art 974, 1502, 1593.

¹¹⁴ Emerich, *La propriété des créances*, supra note 97 à la p 438, n° 649.

¹¹⁵ William Dross, *Le mécanisme de l'accession : Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, thèse de doctorat, Nancy, Université Nancy II, 2000 aux pp 77, n° 78, 71, n° 70.

¹¹⁶ Emerich, *La propriété des créances*, supra note 97 à la p 446, n° 663.

¹¹⁷ Gilker et Lupien, supra note 43 à la p 208.

¹¹⁸ *Ibid*; Lamontagne, supra note 41 à la p 500, n° 792.

contrats étant de toute façon incertaine et relative à l'interprétation qu'en feront les juges.

On se demande alors si la théorie de l'accession permet de déterminer le propriétaire de l'objet virtuel. En d'autres termes, selon les règles de l'accession, le propriétaire serait-il l'utilisateur qui travaille à l'inscription des données ou le développeur qui fournit la matière, soit le serveur et le monde virtuel, pour permettre la création de l'objet virtuel en question?

Pour tenter de répondre à cette question, il convient d'analyser les trois situations envisagées par la règle de l'accession mobilière en fonction du mode de création de l'objet virtuel. Les situations de mélange et d'adjonction supposent respectivement la fusion et l'union d'un bien meuble à un autre, soit l'ajout de deux biens pour n'en former qu'un. Or, la création d'un bien virtuel ne résulte pas de l'ajout d'un bien sur un autre, mais de la modification d'un bien par le travail d'un individu. En effet, S P Gilker et C Lupien rappellent dans ce contexte que : « l'enregistrement des données qui sous-tendent les Objets Virtuels résulte en la *modification* du champ magnétique des Segments du disque dur de l'Opérateur requis pour leur enregistrement, et non en l'ajout de quoi que ce soit au disque dur de l'Opérateur. »¹¹⁹ Les situations de mélange et d'adjonction ne peuvent donc trouver application dans le cadre de la création d'un bien virtuel¹²⁰. Toutefois, la règle de l'accession pourra trouver application si l'on parvient à justifier que la création technique d'un bien virtuel se confond avec la situation de l'accession par spécification¹²¹.

Reprenons l'exemple classique de l'accession par spécification sur lequel les juristes de Rome du 1^{er} siècle se sont penchés : un sculpteur crée une statue en utilisant le bloc de marbre appartenant à quelqu'un d'autre. La question se posait alors de savoir à qui appartient cette statue. À l'époque, il n'était pas encore question de distinguer entre l'œuvre et le support qui l'incarnait¹²².

C'est la même question qu'on se pose pour la création de biens virtuels puisque l'utilisateur se sert de deux choses appartenant au développeur du monde virtuel : les *primes*¹²³ qui sont définis comme des « [é]léments de base tels qu'un point, une ligne, une courbe, un cercle, un polygone, etc., stocké et manipulé par un programme de dessin, et qui sert, lorsque combiné avec d'autres éléments, à réaliser des formes complexes »¹²⁴ et les

¹¹⁹ Gilker et Lupien, *supra* note 43 à la p 209.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid* à la p 210.

¹²² Dross, *supra* note 82 à la p 35.

¹²³ Carré, *supra* note 17, n° 79.

¹²⁴ *Ibid*, n° 182.

outils (application *logiciel-client*¹²⁵ permettant à l'utilisateur de se servir de l'interface de création de l'objet virtuel afin de le doter d'attributs particuliers et notamment, de décider de l'exclusivité ou du partage de son usage). On se demande alors à qui appartient l'objet virtuel conçu par l'utilisateur à l'aide des « matières premières » appartenant au développeur du monde virtuel.

Les solutions pour l'appropriation avaient déjà été envisagées par les juriconsultes romains de la première moitié du 1^{er} siècle de l'école proculienne qui s'opposaient à ceux de l'école sabinienne¹²⁶. Selon les Proculiens, la forme doit l'emporter sur la matière puisque l'utilité d'une chose que les hommes peuvent en retirer consiste plus dans sa forme que dans la matière¹²⁷. Le sculpteur qui aurait alors travaillé à confectionner l'objet serait alors propriétaire de la sculpture créée à partir du bloc de marbre ne lui appartenant pas. On retrouve dans cette logique celle de Locke fondée sur la valeur du travail. À l'inverse, les Sabinien, dans un courant plus classique, admettaient que la sculpture appartenait au propriétaire du bloc de marbre, car, sans cette matière, rien n'aurait été possible. Selon eux, les choses n'existent et n'ont de valeur que par leur côté matériel, leur forme peut être variable, elle n'est que secondaire¹²⁸. Le sculpteur mérite toutefois d'être indemnisé pour son travail. Les législateurs français et québécois se sont fondés sur ce courant doctrinal pour admettre que la chose résultante de la matière devrait en principe appartenir au propriétaire de la matière à moins que le coût de la main-d'œuvre pour créer la chose excède celui de la matière, dans ce cas c'est le créateur qui devient propriétaire¹²⁹.

Puisque l'accession par *spécification* suppose que la matière ait été travaillée ou transformée par une autre personne que son propriétaire pour créer un nouveau bien, elle peut parfaitement trouver application dans la création des biens virtuels par l'utilisateur. En effet, l'utilisateur travaille de longues heures à créer et à innover des biens virtuels souvent en utilisant des outils de création mis à sa disposition dans le monde virtuel qu'il contrôle et qui lui permettent de déterminer, notamment, la forme, la couleur et autres caractéristiques du bien virtuel (utilisation, restriction ou reproduction du bien par un autre utilisateur). Il en résulte une inscription de données sous-jacentes au bien virtuel qui modifie le champ magnétique des segments du disque dur (bien meuble) du développeur.

¹²⁵ Pour une définition et représentation imagée de l'outil utilisé dans *Second Life*, voir la figure illustrée dans Carré, *supra* note 17 à la p 45.

¹²⁶ Dross, *supra* note 82 à la p 36. Voir aussi Jean Gaudemet, « PROCULIENS », *Encyclopædia Universalis*, en ligne: <<http://www.universalis.fr/encyclopedie/proculiens/>>.

¹²⁷ Frédéric Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code civil: contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, v 1, Paris, Garnier frères, 1884 à la p 759.

¹²⁸ Dross, *supra* note 82 à la p 36.

¹²⁹ *Ibid*; Code civil français, art 570, 571; CcQ, art 972.

Il nous est donc permis de conclure, au regard de l'article 972 CcQ, que le droit de propriété du bien virtuel sera attribué soit à l'utilisateur si la valeur de son travail de création excède la valeur de la matière (« biens »)¹³⁰, soit au développeur si la valeur de son « bien » est supérieure au travail de l'utilisateur.

Il est important de déterminer « la valeur du travail » de création de l'utilisateur et celle du « bien » du développeur afin de déterminer le propriétaire du bien virtuel. La valeur étant relative, il s'agira de la déterminer au cas par cas. En effet, d'une part, la valeur du travail de création du bien virtuel variera dépendamment du temps, des efforts et surtout de l'innovation dont l'utilisateur a fait preuve pour parvenir à la création d'un bien virtuel *rare* sur le marché. C'est finalement la rareté du bien virtuel qui sera l'élément déterminant dans la détermination de valeur, cette dernière pourra ainsi varier de quelques dollars à des milliers de dollars. Pour prendre un exemple connu, dans le monde virtuel *Entropia Universe*, en 2008, une station spatiale a été achetée pour 100 000 dollars américains. Son acquéreur a tourné la station spatiale en boîte de nuit pour les avatars, nommé le « *Club Neverdie* », et qui lui a rapporté 50 000 dollars américains au cours des cinq mois suivant son achat. D'autre part, la valeur du « bien » du développeur pourra varier selon la détermination du « bien » en question, soit de quelques centaines de dollars, si le « bien » est considéré être le disque dur du développeur, soit de quelques milliers de dollars si le « bien » est considéré être le serveur du développeur, soit de quelques millions de dollars si le « bien » est considéré être le monde virtuel lui-même avec tout l'investissement et le travail que cela a demandé au développeur pour sa création¹³¹.

Selon les possibilités qu'on vient de voir pour déterminer la valeur, on peut prévoir que, dans les mondes virtuels *avec script*, la valeur de la matière (disque dur ou serveur ou monde virtuel) du développeur excédera la valeur du bien virtuel créé par l'utilisateur, surtout si ce dernier n'a pas la possibilité au sein du monde virtuel de créer des biens virtuels nouveaux. En principe, le développeur deviendra automatiquement propriétaire du bien virtuel créé par l'utilisateur et devra payer à ce dernier la valeur de son travail de création du bien virtuel qui pourra être plus ou moins élevée. Néanmoins, dans un monde virtuel *avec script*, on peut relever un cas selon lequel la valeur de la station spatiale « *Club Neverdie* » excéda certainement la valeur du serveur ou du disque dur du développeur, mais pas celle du monde virtuel. William Dross souligne le fait que dans les mondes virtuels *sans script* comme *Second*

¹³⁰ Nous reprenons ici la présomption de S Gilker et C Lupien dans le sens que la matière décrite à l'article 972 CcQ signifie un bien, en l'absence de précisions dans le Code civil. Voir Gilker et Lupien, *supra* note 43, n° 43, 147.

¹³¹ *Ibid.*

Life, « la valeur de la matière fournie par *Linden Lab* est quasi nulle : ce qui coûte, c'est le temps passé à façonner l'objet, ce qui implique d'en reconnaître presque systématiquement la maîtrise exclusive, autrement dit la propriété, à l'avatar » qui revient finalement à l'utilisateur¹³². Mais cette opinion est discutable, car c'est bien le logiciel qui supporte le monde virtuel en cause. En effet, sans ce monde, il ne peut y avoir de création puisque l'utilisateur n'existe pas.

En conséquence, selon la règle de l'accession par spécification, l'appropriation du bien virtuel au développeur ou à l'utilisateur dépendra de plusieurs éléments : du monde virtuel dans lequel on se trouve, laissant ou non la possibilité à l'utilisateur de créer des biens virtuels sans trop de restrictions; du choix de la « matière première » (serveur, disque dur ou monde virtuel) appartenant au développeur conditionnant sa valeur, à partir de laquelle le bien virtuel a été créé; et enfin, de l'absence de dispositions contractuelles contraires. Selon l'étude des auteurs C Lupien et S Gilker, à présumer que l'utilisateur est titulaire du droit d'auteur sur le bien virtuel créé, il aura la possibilité de copier son bien virtuel au sein du monde virtuel¹³³. À chaque copie effectuée, le processus d'acquisition par accession s'appliquera automatiquement, si les parties ne l'ont pas contractuellement écarté, ainsi le développeur devra payer à l'utilisateur chaque exemplaire du bien virtuel. Dans le cas contraire où l'utilisateur deviendrait propriétaire du « bien » du développeur, à supposer que ce « bien » soit le disque dur ou le serveur (puisque'il n'est pas possible d'imaginer que la valeur d'un bien virtuel puisse être supérieure au monde virtuel lui-même) et que la valeur de création du bien virtuel leur est supérieure, dans un tel cas, l'utilisateur devra payer la valeur du « bien » du développeur. Selon William Dross, la prestation de travail de l'utilisateur sera presque toujours essentielle à la création du bien virtuel dans *Second Life*¹³⁴.

Si la règle de l'accession par spécification s'applique en théorie à la création du bien virtuel, les conséquences qu'elle engendre ne sont pas forcément adaptées aux mondes virtuels¹³⁵, elles sont en pratique irréalistes. En effet, ni l'utilisateur ni le développeur ne souhaitent en pratique voir appliquer les conséquences de la règle de l'accession. Ainsi, en règle générale, ils rédigent un contrat pour en écarter l'application¹³⁶. En conséquence, sauf exception, dans certains mondes virtuels sans *script*, la majorité des développeurs s'autoproclament propriétaires des biens virtuels dans la rédaction du *Contrat de licence d'utilisateur final* (CLUF) en donnant aux utilisateurs une licence qui accorde un droit d'usage sur les biens virtuels

¹³² Dross, *supra* note 82 à la p 36.

¹³³ Gilker et Lupien, *supra* note 43 à la p 213.

¹³⁴ Dross, *supra* note 82.

¹³⁵ Gilker et Lupien, *supra* note 43 aux pp 214–215.

¹³⁶ *Ibid.*

qu'ils créent au sein du monde virtuel et ceci, dans le but d'écarter toutes sortes de règles d'acquisition de propriété des biens virtuels. Mais la validité de ces contrats est remise en cause, car le consentement des utilisateurs n'est pas éclairé, ces derniers ne lisent généralement pas les termes du contrat ou ne les comprennent pas avant de les signer¹³⁷.

2) Le transfert des biens virtuels par convention comme mode dérivé d'acquisition

Rappelons que les modes dérivés d'acquisition de la propriété visent des situations où le droit de propriété sur un bien préexistant est volontairement ou involontairement transmis par le propriétaire originaire du bien à une autre personne notamment à la suite d'un contrat de vente, d'une donation, d'une expropriation, d'un testament ou encore par jugement ou prescription acquisitive. On a choisi de traiter ici de l'acquisition qui résulte ici du transfert de propriété par la vente des biens. Le transfert de propriété est une prérogative importante du droit de propriété (*abusus*) qui trouve son fondement dans la liberté contractuelle¹³⁸ et qui donne lieu à la création des marchés, à la concurrence et à la formation des prix¹³⁹.

Selon M Von Mehren, « le modèle contractuel classique correspond essentiellement à l'échange de biens et de services dont le contrat est l'instrument privilégié »¹⁴⁰. En effet, dès le 18^e siècle, les économistes ont assimilé le contrat au concept d'échange. Selon eux, « l'échange est la recherche du nécessaire »¹⁴¹. Cette idée est complétée par la notion de valeur, pour conclure que « tout échange n'est qu'un transfert réciproque, non d'objets, mais de valeurs, l'objet n'existe plus en lui-même, mais en tant que valeur »¹⁴². Certains juristes, dont Aubry et Rau, ont repris cette large définition de l'échange pour définir le contrat comme « une opération économique fondée sur l'équilibre objectif ou subjectif des valeurs échangées »¹⁴³.

Dans les cas de modes dérivés d'acquisition, la transmission de l'objet virtuel peut se faire soit du développeur du monde virtuel à l'utilisateur (par exemple, ce sont les biens dont chaque avatar dispose lors de sa constitution

¹³⁷ Sur les rapports contractuels entre les développeurs et les utilisateurs, voir Carré, *supra* note 17, n° 393–402.

¹³⁸ *Ibid.*, n° 785.

¹³⁹ *Ibid.*, n° 773.

¹⁴⁰ Arthur von Mehren, « A General View of Contract » dans Arthur von Mehren, dir, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol 7, Tübingen, Mohr/La Haye, Nijhoff, 1982, 109, cité dans Bruno Deffains, dir, *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Cujas, 2002 à la p 213 [Deffains].

¹⁴¹ Deffains, *supra* note 140 à la p 214.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ *Ibid.*

ou ceux transmis après le passage de niveaux de jeu ou encore ceux vendus par le développeur), soit entre utilisateurs par le biais ou non de leurs avatars grâce à une opération d'échange ou de vente moyennant de l'argent virtuel ou réel selon que la transaction a lieu à l'intérieur du monde virtuel ou à l'extérieur par l'entremise d'entreprise de courtage comme *PlayerAuctions*, la délivrance de l'objet virtuel ayant toujours lieu à l'intérieur du monde virtuel. Certains développeurs prévoient dans les termes et conditions des CLUFs des clauses interdisant la vente d'objets virtuels à l'intérieur et/ou à l'extérieur du monde virtuel sous peine de suppression du compte utilisateur. Entre les utilisateurs, en règle générale les transferts sont effectués par la volonté des parties, mais il existe de plus en plus de cas de transferts de biens virtuels forcés ou non voulus par une partie qui peut se voir victime de vol ou de piratage¹⁴⁴, les utilisateurs recherchent alors la protection offerte par le droit de propriété.

Puisque les discussions sont partagées sur les similarités des caractéristiques et des modes d'acquisition entre la propriété classique et la *propriété virtuelle*, il convient d'émettre l'hypothèse que nous nous situons pour un instant du côté de la doctrine qui voit dans la *propriété virtuelle* une forme de propriété classique. Dans cette hypothèse, le droit de propriété des biens virtuels serait alors protégé par les actions en justice prévues à cet effet par le Code civil, et ce dernier aurait alors la possibilité d'exercer une action en revendication¹⁴⁵.

D) La protection de la propriété

En vue d'assurer la protection de son droit, le propriétaire qui peut faire la preuve de son droit de propriété peut se voir reconnaître plusieurs actions en justice. En l'espèce, on est en présence d'un contentieux de la propriété dans le sens où, en matière de *propriété virtuelle*, une difficulté existe quant à l'existence du bien et quant à son attribution. L'action en revendication a été prévue dans pareille situation où une personne se prétend propriétaire d'un bien et le revendique en justice, demandant ainsi que son droit de propriété soit consacré et protégé.

Dans les mondes virtuels, on rencontre principalement deux situations dans lesquelles on peut envisager la possibilité d'exercer l'action en revendication. La première suppose le cas d'un piratage d'un compte d'un utilisateur par un autre utilisateur dans le but de s'emparer d'un ou de plusieurs objets virtuels. La seconde situation suppose la confiscation des objets virtuels ou la suppression du compte de l'utilisateur et donc des objets

¹⁴⁴ Carré, *supra* note 17, n°183-189.

¹⁴⁵ C'est l'action par laquelle celui qui se prétend propriétaire d'une chose tend à faire reconnaître son droit de propriété et, en conséquence, à obtenir la restitution de la chose.

virtuels par le développeur. Est-ce que, dans ces deux situations, l'utilisateur victime peut exercer une action en revendication?

La revendication d'un bien est le corollaire du pouvoir d'exclusivité qui est un attribut essentiel de la propriété. Il s'agit pour une personne qui prétend être le propriétaire d'un bien d'en demander la possession, ce bien se trouvant être dans les mains d'une autre personne. Si le juge fait droit à sa demande, il ordonne la restitution du bien au profit du demandeur et à défaut de pouvoir restituer, le défendeur pourra être tenu d'indemniser le propriétaire s'il a perdu ou brisé le bien. L'action en revendication est une action réelle, elle ne repose sur aucun engagement personnel, aucun contrat, elle tend à la consécration d'une prérogative sur une chose¹⁴⁶. Cette chose étant généralement entendue comme un bien corporel susceptible de possession matérielle. Toutefois, l'action en revendication n'est pas exclue à l'égard d'autres formes de biens comme les propriétés incorporelles (comme les brevets d'invention), les droits (comme les créances) ou les universalités (comme le fond de commerce ou l'hérédité). C'est la loi suivie par la jurisprudence qui institue l'exercice de cette action dans ces cas spécifiques où la possession de la chose n'est pas si évidente à prouver.

Dans l'hypothèse où la *propriété virtuelle* serait juridiquement reconnue comme une forme de propriété, le législateur devrait alors possiblement admettre l'action en revendication comme recours en justice à exercer pour le titulaire de l'objet virtuel qui serait victime d'une atteinte à sa *propriété virtuelle*. À charge pour ce dernier de prouver qu'il en est bel et bien le propriétaire. Mais, en matière de *propriété virtuelle*, le fardeau de la preuve devient plus lourd puisque l'objet virtuel est immatériel et il n'existe pas d'autre moyen de le repérer que par son Code. Or, si l'objet virtuel est confisqué ou volé du compte de l'utilisateur, le code disparaît avec lui. Comment prouver que le demandeur possédait effectivement cet objet virtuel? Comment prouver qu'un autre utilisateur ou le développeur qui a « volé » l'objet virtuel le possède à son tour?

Dans le cadre d'un litige entre le développeur et l'utilisateur, il ne faut pas oublier que l'utilisateur a signé un CLUF qui prévoit que l'utilisateur n'est aucunement propriétaire des objets virtuels et que ces derniers appartiennent au développeur qui a le droit à tout moment de les supprimer. Dans ces conditions, en tant que défendeur, le développeur pourra apporter la preuve que l'utilisateur a signé les termes du CLUF, renonçant ainsi à la propriété au profit du développeur. Puisque la propriété est en principe exclusive, en prouvant qu'il est propriétaire des objets virtuels, le développeur/défendeur va indirectement démontrer que l'utilisateur/le demandeur n'en est pas le propriétaire.

¹⁴⁶ Zenati et Revet, *supra* note 51 à la p 202, n° 166.

Cependant, dans l'hypothèse où le juge décide d'annuler ces clauses du CLUF qu'il considère comme abusives, l'utilisateur pourrait se voir reconnaître la propriété des objets virtuels s'il démontre que sa part dans la création de l'objet virtuel est supérieure à celle du développeur, comme on l'a vu plus haut en matière d'acquisition par accession¹⁴⁷. Or, l'utilisateur pourra avoir du mal à en faire la preuve puisque, sans le développement du monde virtuel, les objets virtuels n'existeraient pas.

Aussi, dans le cadre d'un litige entre les utilisateurs, l'utilisateur demandeur devra prouver avoir eu une possession utile de l'objet virtuel en litige. Ce qui sera très difficile en pratique. Toutefois, le fardeau de la preuve pourrait se voir alléger par la création d'un registre de biens virtuels indépendant du monde virtuel, dans lequel chaque utilisateur devrait s'identifier et enregistrer l'image et le code de l'objet virtuel qu'il a créés ou acquis selon le monde virtuel. Ce registre pourra servir également à localiser les objets virtuels lorsqu'on posera, dans la seconde partie de cette étude, la question de la loi applicable aux transferts de biens virtuels.

C'est dans le même ordre d'idées que, pour tenter de régler les problèmes de revendications de propriété des terrains virtuels entre les utilisateurs versus le « domaine public virtuel », le développeur du monde virtuel *LambdaMOO* a décidé de créer une autorité de régulation indépendante responsable de la gestion de la propriété au sein de ce monde virtuel, appelé « *Architecture Review Board* »¹⁴⁸, tenant lieu de cadastre du monde virtuel. Aussi, cette autorité est chargée de gérer l'espace numérique disponible du serveur dans le sens où elle devait maintenir un certain quota de données créées par l'utilisateur. Au-delà du quota, l'ajout de nouveaux objets virtuels dont le créateur peut revendiquer la propriété doit obtenir l'autorisation préalable de cette autorité¹⁴⁹.

Il convient de préciser que, si le juge ne parvient pas à reconnaître la qualité de propriétaire à l'une des parties, en l'absence de preuve convaincante, les parties seront déboutées, ce qui signifie en conséquence que le défendeur demeurera en possession de l'objet virtuel.

Ainsi, la protection de la *propriété virtuelle* par le biais de l'action en revendication dépendra de la reconnaissance par le législateur et la jurisprudence de sa nature juridique en tant que forme de propriété classique prévue par le Code civil. Mais on a vu plus haut qu'en droit civil, il

¹⁴⁷ Carré, *supra* note 17, n° 309–322.

¹⁴⁸ Jennifer L. Mnookin, « [Virtual\(ly\) law: the emergence of law in LambdaMOO: Mnookin](#) » (1996) 2:1 *Journal of Computer-Mediated Communication*, en ligne : <<https://doi.org/10.1111/j.1083-6101.1996.tb00185.x>>.

¹⁴⁹ Elizabeth Reid, « Hierarchy and Power, social control in cyberspace » dans Marc A. Smith et Peter Kollock, dir, *Communities in Cyberspace*, New York, Routledge, 1999, 127.

serait délicat pour le législateur ou la jurisprudence de se prononcer sur cette reconnaissance de la *propriété virtuelle*, car les spécificités de la *propriété virtuelle* se distinguent plus qu'elles ne ressemblent aux caractéristiques de la propriété classique. Il s'agit ainsi de considérer l'hypothèse d'une qualification comme droit de propriété intellectuelle des questions touchant les droits sur les biens virtuels. En effet, en matière de propriété intellectuelle, la possession matérielle n'a en principe pas de sens, le droit ne se trouve pas diminué ou limité par l'absence d'existence de cet objet.

III. La nature de la propriété dans les univers virtuels : un droit de propriété intellectuelle?

Dans la mesure où l'application de la théorie de la propriété classique peut ne pas correspondre à la situation de création d'objets virtuels, on devrait logiquement se tourner vers un autre régime plus adapté au caractère incorporel de ces objets¹⁵⁰.

Les droits de propriété intellectuelle interdisent de copier des idées, des dessins, des marques similaires ou de produire des produits faisant l'objet d'un brevet. Ces droits ont tous les caractères du droit de propriété : l'exclusivisme, l'opposabilité absolue, la cessibilité. C'est seulement l'usage qui est différent puisque l'usage d'une propriété incorporelle ne se manifeste pas de la même manière que l'usage d'une propriété corporelle¹⁵¹. Il convient avant tout de noter qu'aux fins de cet article, dans le cadre de la détermination de la nature juridique de la *propriété virtuelle*, seules les questions relatives au droit d'auteur seront abordées puisque la création des objets virtuels pose le plus souvent des questions de propriété artistique. Ce choix ne signifie aucunement que les autres branches des droits de propriété intellectuelle comme le droit des marques ou des brevets ne sont pas concernés. Au contraire, ces autres droits jouent un rôle important dans la protection des droits des mondes virtuels et de son contenu¹⁵².

¹⁵⁰ Carré, *supra* note 17 aux pp 166–83; Carré, « La loi applicable », *supra* note 39, n° 93 et s.

¹⁵¹ Ripert, *supra* note 97, n° 90.

¹⁵² Kelly M Slavitt, « *Gabby in Wonderland-Through the Internet Looking Glass* » (1998) 80 J Pat & Trademark off soc'y 611 à la p 618 (analysant comment les principes de droit des marques et des brevets s'appliquent dans le cyberspace), cité dans Daniel C Miller, « Determining Ownership in Virtual Worlds: Copyright and License Agreements » (2003) 22 Review of Litigation 435 à la p 438, n 8 [Miller]. Voir aussi Louis-Pierre Gravelle et Jean-Francois Journault, « Protection des jeux vidéo: la propriété intellectuelle en mode multijoueur » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle* (2012), vol 357, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012, 149 [Gravelle et Journault].

Si certains auteurs proposent une analogie entre la *propriété virtuelle* et la propriété intellectuelle, d'autres parlent de la *propriété virtuelle* en tant que complémentarité entre la propriété classique et la propriété intellectuelle. En effet, il est possible d'envisager l'hypothèse où le droit de propriété classique pourrait s'appliquer à certains aspects de la création des biens virtuels, comme les données informatiques à la base de ces objets, alors que le droit de propriété intellectuelle pourrait régir un autre aspect, comme le résultat apparent (les images), au moins dans certains cas, de ces données informatiques¹⁵³.

Puisque les utilisateurs revendiquent un droit de propriété et un droit de propriété intellectuelle sur les objets virtuels, il est intéressant d'analyser tout d'abord la question de la coexistence des droits de propriété intellectuelle et de propriété classique (A) avant de justifier l'application du droit d'auteur (B).

A) La coexistence des droits de propriété intellectuelle et de propriété classique

Les droits de propriété et les droits de propriété intellectuelle ne sont pas incompatibles¹⁵⁴.

Selon le professeur J Fairfield, la propriété classique et la propriété intellectuelle peuvent coexister dans les termes suivants :

*We understand instinctually and logically that ownership of a thing is always separate from ownership of the intellectual property embedded in a thing. Ownership of a book is not ownership of the intellectual property of the novel that the author wrote. The book purchaser owns the physical book, nothing more. Ownership of a CD is not ownership of the intellectual property in the music. The music purchaser owns that copy of the music, nothing more.*¹⁵⁵

En matière de *propriété virtuelle*, aussi bien les développeurs que les utilisateurs, tout comme une bonne partie de la doctrine, sont convaincus de la coexistence des deux régimes du droit de propriété. Par exemple, dans la célèbre affaire *Bragg*¹⁵⁶, les utilisateurs n'ont pas mis en cause une quelconque perte de leurs droits de propriété intellectuelle¹⁵⁷, mais plutôt de leurs droits de propriété, l'objet de leur plainte portait sur le fait qu'ils ont souffert d'une confiscation d'objet virtuel de valeur à cause de la suppression

¹⁵³ Carré, « La loi applicable », *supra* note 39, n° 95.

¹⁵⁴ Carré, *supra* note 17, n° 349–51.

¹⁵⁵ Fairfield, *supra* note 29 à la p 1096.

¹⁵⁶ *Bragg v Linden Research, Inc*, 487 F Supp 2d 593 (ED Pa 2007) [*Bragg*]. Pour un résumé de l'affaire voir Carré, *supra* note 17, n° 92.

¹⁵⁷ Lastowka, *supra* note 18 à la p 166 et s.

de leur compte de jeux par le développeur. Au contraire, dans l'affaire *Eros LLC v Simon*¹⁵⁸, six propriétaires de contenu dans *Second Life* avaient poursuivi Thomas Simon pour avoir copié illégalement plusieurs objets virtuels qu'ils avaient créés comme des habits virtuels et des fournitures et avoir ainsi entravé leurs droits d'auteur¹⁵⁹. L'affaire a été réglée à l'amiable devant le juge le 12 mars 2007 et Simon a consenti, d'une part, à payer la somme de 525 \$ en restitution des bénéfices provenant de la copie non autorisée et de la distribution de la marchandise des plaignants et, d'autre part, de signer une entente dans laquelle il s'oblige à cesser ce genre d'activité.

B) L'application du droit d'auteur

Il s'agit de relever les théories relatives à l'application du droit d'auteur sur les objets virtuels, afin de justifier l'intérêt d'une qualification de l'objet virtuel en tant qu'« œuvre » et d'analyser la titularité des droits sur l'œuvre.

1) Les théories en présence

En *common law*, le professeur J Fairfield a raison de reconnaître la *propriété virtuelle* au niveau des codes informatiques, puisque ces derniers sont l'essence des biens virtuels dans les mondes virtuels et sont transférables¹⁶⁰. Il explique sa thèse de la façon suivante :

*The physical computers and connections that are the backbone of the net form the basis for internet communication; layered on top of that are the transfer protocols that enable communications between computers; layered on top of that is the basic code that creates a website or a virtual world; layered on top of that is the intellectual property that inheres in the content of the website or the virtual word; and layered on top of that are the creations of the environment users.*¹⁶¹

Selon lui, pour avoir un bien virtuel de valeur qui soit transférable contre de l'argent, l'utilisateur a besoin d'avoir en sa possession le code (de créations

¹⁵⁸ *Eros LLC and al v Simon*, 24 octobre 2007, cour de district de l'État de New York, n° 1:07-cv-04447-SLT-JMA.

¹⁵⁹ Voir aussi l'affaire *Marvel Enterprises, Inc v NCSOFT Corp*, 11 novembre 2004, cour de district de l'État de Californie, n° 04CV9253, réglée à l'amiable en 2005 dans laquelle Marvel Enterprises poursuit NCSOFT pour être responsable de la violation des droits de propriété intellectuelle des personnages Marvel en sachant que ses utilisateurs les copient illégalement sous la forme d'avatar dans le monde virtuel et bénéficient financièrement de leurs ventes. Pour un commentaire de cette affaire, voir Lastowka, *supra* note 18 aux pp 166-68.

¹⁶⁰ Fairfield, *supra* note 29 à la p 1077.

¹⁶¹ *Ibid* à la p 1076.

intellectuelles) dans son entier à la source du bien virtuel¹⁶², ce code est source de protection par le droit d'auteur.

Certains proposent une analogie entre la *propriété virtuelle* et la propriété intellectuelle, plus précisément le droit d'auteur¹⁶³ dans le sens où la *Loi sur le droit d'auteur* au Canada protège les « programmes d'ordinateur »¹⁶⁴ comme les logiciels¹⁶⁵.

Normand Tamaro propose une définition de la *Loi sur le droit d'auteur* (ci-après citée « LDA ») en ces termes :

La Loi sur le droit d'auteur est donc de la nature d'un droit de propriété accordé aux auteurs en vertu des principes de justice naturelle en retour d'une propriété qu'ils ont eux-mêmes créée. (...) Le droit d'auteur est donc un droit de propriété privé portant sur un bien, une œuvre, qui ne préexistait pas à son auteur, et qui ne prive personne de quoi que ce soit, sauf de la liberté de s'emparer de ce qu'un auteur a exprimé sous une forme qui lui est originale.¹⁶⁶

Dans les pays civilistes, les auteurs F Zenati et T Revet révèlent la nécessité de protéger « les créations ayant nécessité un important travail, sans répondre, pour autant, aux critères des œuvres protégées—ainsi pour le savoir-faire non brevetable. L'idée se fait d'ailleurs de plus en plus jour que toute émanation de l'esprit issue d'un travail personnel peut être appropriable »¹⁶⁷. Il convient donc de se demander si l'objet virtuel peut être défini en tant que création protégeable par le droit d'auteur, c'est-à-dire en tant qu'« œuvre ».

2) L'objet virtuel en tant qu'œuvre

Avant de vérifier si l'objet virtuel peut être défini comme une œuvre pouvant prétendre à la protection par le droit d'auteur, il convient de relever les principes généraux en matière de droit d'auteur.

¹⁶² *Ibid* à la p 1077.

¹⁶³ Barry B Sookman, *Computer, Internet and Electronic Commerce Law*, vol 1, Scarborough: Carswell, 2007, feuilles mobiles à la p 3-2.1 [Sookman] cité dans Susan H Abramovitch et David L Cummings, « Virtual Property, Real Law: The Regulation Of Property In Video Games » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du divertissement (2001)*, vol 272, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001, 29 à la p 39, n° 28 [Abramovitch et Cummings].

¹⁶⁴ *Loi sur le droit d'auteur*, LRC (1985), c C-42, art 5(1) [LDA].

¹⁶⁵ Abramovitch et Cummings, *supra* note 163 à la p 39.

¹⁶⁶ Normand Tamaro, *Loi sur le droit d'auteur, texte annoté*, 6^e éd, Sarborough, Thomson Carswell, 2003 à la p 3.

¹⁶⁷ Zenati et Revet, *supra* note 51 aux pp 48-49, n° 33.

a) Les principes généraux du droit d'auteur

En règle générale, dès la création de l'œuvre, le droit d'auteur tend à la protéger. L'œuvre peut être présentée sous différentes formes : littéraire, dramatique, musicale, artistique¹⁶⁸, programme d'ordinateur¹⁶⁹, compilations¹⁷⁰. Le droit d'auteur vise également les enregistrements sonores et les signaux de communication (ondes radio)¹⁷¹. Le créateur de l'œuvre est généralement le titulaire du droit d'auteur, sauf exception prévue dans les relations de travail. L'enregistrement auprès de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (« OPIC ») est important pour se prémunir d'une preuve de sa création en cas de litige.

L'article 3(1) de la LDA énonce notamment que « [l]e droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l'œuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante (...) ». Ces droits ne sont pas attachés à un exemplaire de l'œuvre, mais à l'œuvre elle-même. Le droit d'auteur confère aussi à son titulaire des droits moraux¹⁷², ces droits sont importants, car ils confèrent à l'auteur d'une œuvre le droit à l'intégrité de l'œuvre et le droit d'en revendiquer la création, ainsi que le droit à l'anonymat¹⁷³. Il est important de mentionner que la loi prévoit que la cession du droit d'auteur n'emporte pas renonciation automatique des droits moraux¹⁷⁴; s'ils ne sont pas cessibles, il est toutefois possible d'y renoncer¹⁷⁵.

La question se pose ici de savoir si l'objet virtuel peut être un élément visé par le droit d'auteur tel qu'il est défini par la loi.

b) L'objet virtuel, élément visé par le droit d'auteur

Le droit d'auteur s'applique à toutes les œuvres originales de nature littéraire, dramatique, musicale et artistique, dans la mesure où l'auteur était, à la date de la création de l'œuvre, citoyen, sujet ou résident habituel du Canada ou

¹⁶⁸ LDA, art 5.

¹⁶⁹ *Ibid*, art 2.

¹⁷⁰ *Ibid*.

¹⁷¹ [Office de la propriété intellectuelle du Canada](http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr03861.html?Open&wt_src=cipo-ip-main), en ligne: <http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr03861.html?Open&wt_src=cipo-ip-main>.

¹⁷² Voir Laurent Carrière, [Le droit moral au Canada](#), présentation lors du colloque *Insight* à Montréal le 24 octobre 1989, en ligne: <<http://www.robic.ca/admin/pdf/24/031-LC.pdf>>.

¹⁷³ LDA, art 14.1(1).

¹⁷⁴ *Ibid*, art 14.1(3).

¹⁷⁵ *Ibid*, art 14.1(2).

d'un autre pays signataire¹⁷⁶ de la Convention de Berne¹⁷⁷, de la Convention universelle sur le droit d'auteur ou membre de l'Organisation mondiale du commerce.

Le droit d'auteur s'applique également aux œuvres **publiées** pour la première fois dans un pays signataire, même si l'auteur n'était pas citoyen, sujet ou résident habituel du Canada ou d'un autre pays signataire.

Si on a vu que les objets virtuels sont des objets ayant une valeur économique certaine pouvant être ou non qualifiés de « biens » dépendamment de la conception stricte ou large qu'on retient de la notion de propriété en droit civil des biens, la question se pose de savoir s'ils peuvent aussi ou seulement constituer des « œuvres ». Pour être protégé par le droit d'auteur, l'objet virtuel doit être un élément visé par le droit d'auteur¹⁷⁸, être original et son titulaire doit réunir les conditions requises par la LDA comme énoncées plus haut¹⁷⁹. On a vu que les objets virtuels sont technologiquement parlant une représentation graphique, une image traduite d'un code source sur l'écran de notre ordinateur¹⁸⁰.

Il s'agit ici de vérifier si le code source et les images peuvent être des éléments potentiellement visés par le droit d'auteur et d'étudier la définition du critère d'originalité.

¹⁷⁶ *Ibid*, art 5(1) : « Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le droit d'auteur existe au Canada, pendant la durée mentionnée ci-après, sur toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale si l'une des conditions suivantes est réalisée: a) pour toute œuvre publiée ou non, y compris une œuvre cinématographique, l'auteur était, à la date de sa création, citoyen, sujet ou résident habituel d'un pays signataire; b) dans le cas d'une œuvre cinématographique — publiée ou non —, à la date de sa création, le producteur était citoyen, sujet ou résident habituel d'un pays signataire ou avait son siège social dans un tel pays; c) s'il s'agit d'une œuvre publiée, y compris une œuvre cinématographique, selon le cas : (i) la mise à la disposition du public d'exemplaires de l'œuvre en quantité suffisante pour satisfaire la demande raisonnable du public, compte tenu de la nature de l'œuvre, a eu lieu pour la première fois dans un pays signataire, (ii) l'édification d'une œuvre architecturale ou l'incorporation d'une œuvre artistique à celle-ci, a eu lieu pour la première fois dans un pays signataire. »

¹⁷⁷ [Convention de Berne de 1886 relative à la protection des œuvres littéraires et artistiques](http://www.wipo.int/treaties/fr/ShowResults.jsp?lang=fr&treaty_id=15) [Convention de Berne]. La Convention de Berne entrée en vigueur le 19 novembre 1984 compte 168 pays signataires en 2015, en ligne : <http://www.wipo.int/treaties/fr/ShowResults.jsp?lang=fr&treaty_id=15>. [La Convention a été amendée en 1979](http://www.wipo.int/treaties/fr/ShowResults.jsp?lang=fr&treaty_id=15), voir le texte en ligne : <http://www.wipo.int/wipolex/fr/treaties/text.jsp?file_id=283695>.

¹⁷⁸ Selon Daniel Miller: « *Seven distinct categories of elements that may receive copyright protection under a current understanding of copyright law are as follows: text, digital images, characters, building designs, music, multimedia, and 3-D environments.* » (Miller, *supra* note 152 à la p 445)

¹⁷⁹ Carré, *supra* note 17, n° 359.

¹⁸⁰ *Ibid*.

i) Le code source : élément visé par le droit d'auteur

L'article 2 de la LDA assimile les *programmes d'ordinateur* comme les logiciels à une œuvre littéraire protégeable, qui sont définis comme un « ensemble d'instructions ou d'énoncés destiné, quelle que soit la façon dont ils sont exprimés, fixés, incorporés ou emmagasinés, à être utilisé directement ou indirectement dans un ordinateur en vue d'un résultat particulier »¹⁸¹. Ainsi, dans le cas où une personne copie le code source d'un jeu vidéo formant cette série d'instructions, elle commet une violation de droit d'auteur¹⁸². Il convient de noter que cette protection est indépendante du langage de programmation utilisé lors de la rédaction du code source. Également, selon la jurisprudence américaine, le droit d'auteur protège l'objet et le code source comme un travail littéraire¹⁸³. Ainsi, l'objet virtuel n'étant qu'une représentation graphique d'un code source, on pourrait l'assimiler à une œuvre littéraire protégeable. Également, la représentation graphique en tant que telle pourrait se voir protégée comme on va le voir maintenant.

ii) Les images ou composantes audiovisuelles

Au Canada, aucune jurisprudence n'a formellement statué sur la question de la protection des effets audiovisuels d'un jeu vidéo par le droit d'auteur. Au contraire, aux États-Unis, les tribunaux ont depuis longtemps reconnu la possibilité de protection des éléments audiovisuels par le droit d'auteur¹⁸⁴. L'affaire *Midway Manufacturing Co v Arctic International Inc*¹⁸⁵ est intéressante à relever ici, car la Cour a décidé dans cette affaire qu'un jeu vidéo pouvait se qualifier comme œuvre audiovisuelle telle que définie par

¹⁸¹ LDA, art 2. Voir Gravelle et Journault, *supra* note 152 à la p 155. Molly Stephens, « Sales of In-Game Assets: An Illustration of the Continuing Failure of Intellectual Property Law to Protect Digital-Content Creators » (2002) 80 Texas L Rev 1513 à la p 1521 [Stephens], cité dans Lastowka et Hunter, *supra* note 18, n 202.

¹⁸² La question se posait déjà en 1982 dans l'affaire *Atari, Inc v Video Amusement of Canada Ltd*, 1982 CF 1100, [1982] FCJ No 1100, citée dans Gravelle et Journault, *supra* note 152.

¹⁸³ *Apple Computer, Inc v Franklin Computer Corp*, 714 F 2d 1240 à la p 1249 (3^e Cir 1983). Selon M Stephens: « Source code is the set of instructions written by programmers in a high-level programming language, such as C++, C, or Java. In an online game, for example, these instructions control the appearance of objects and the series of events that occur in the game. Although humans are able to read and understand source code, computers are not. Computers can only read binary instructions called object code. Compilers transform human-readable source code into computer-readable object code. » (Stephens, *supra* note 181 à la p 1521, n^o 61)

¹⁸⁴ Gravelle et Journault, *supra* note 152 à la p 155.

¹⁸⁵ *Midway Manufacturing Co v Arctic International Inc*, 704 F 2d 1009 (7^e Cir 1983) [*Midway*], citée dans Gravelle et Journault, *supra* note 152 à la p 155.

la loi comme une « série d'images liées »¹⁸⁶ et pouvait ainsi être protégée par le droit d'auteur. La question se posait, car dans les jeux vidéo, la séquence d'images représentées à l'écran varie chaque fois que le jeu est joué.

En droit canadien, certains sont d'avis que la représentation audiovisuelle (séquences d'images et trame sonore) de la majorité des jeux vidéo peut être assimilée à une œuvre cinématographique, car on peut y voir une analogie dans leur caractéristique propre : « une séquence d'images enregistrée sur un support et pouvant être affichée comme une image animée, justifiant ainsi une telle protection en droit canadien. »¹⁸⁷

Également, la doctrine française est unanime aujourd'hui sur le fait qu'un personnage de bande dessinée ou de dessins animés peut se voir reconnaître une protection par le droit d'auteur¹⁸⁸, comme pour un personnage de fiction¹⁸⁹. On pourrait alors s'accorder à donner une protection analogue aux objets virtuels (avatars ou autres) dans les jeux vidéos à condition qu'ils présentent un caractère original¹⁹⁰ comme n'importe quelle œuvre de l'esprit au sens du *Code de la propriété intellectuelle*¹⁹¹ français. Qu'est-ce qu'on entend par une œuvre « originale »?

iii) Le critère d'originalité

Si l'« originalité » de l'œuvre est une condition essentielle à la protection d'une œuvre par le droit d'auteur, elle n'a pourtant pas été définie par le législateur. Ce critère a fait l'objet d'une interprétation jurisprudentielle controversée : il s'agit soit de la simple idée d'effort ou de labeur, soit de la nécessité que l'œuvre soit créative pour être originale. La première interprétation suggère un léger fardeau de la preuve pour l'auteur, qui n'aura qu'à démontrer un effort minimal de travail dans la création de l'œuvre alors que la seconde interprétation impose un fardeau plus lourd à l'auteur qui devra prouver le caractère créatif de l'œuvre. Il est intéressant de relever les propos de la Cour suprême dans l'affaire *CCH*¹⁹², qui a été amenée à analyser la jurisprudence

¹⁸⁶ *US Copyright Law*, 17 USC 2001, n° 101 [*US Copyright Law*].

¹⁸⁷ Sookman, *supra* note 163 aux pp 104–105, cité dans Gravelle et Journault, *supra* note 152 à la p 156.

¹⁸⁸ Bulck, *supra* note 74.

¹⁸⁹ France, Cass 1^{ère} civ, 5 mai 1993, n° 91-13664 citée dans *ibid*.

¹⁹⁰ Alain Strowel, « La protection des personnages par le droit d'auteur et le droit des marques » dans *Droit d'auteur et bandes dessinées. Colloque organisé par le Centre belge de la bande dessinée avec la collaboration de Benoit Van Asbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 37.

¹⁹¹ Article L.112-4 du Code de la propriété intellectuelle [CPI].

¹⁹² *CCH Canadienne Ltée c Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 RCS 339 [« l'affaire CCH »]. Cette affaire traite de la question du droit d'auteur en matière de compilation de données. « La principale question qui s'est posée devant la Cour suprême est celle de savoir si le Barreau a violé le droit d'auteur des éditeurs (1) en offrant à ses membres

relative au critère d'originalité et à se prononcer sur sa définition en adoptant une position intermédiaire :

Le critère fondé sur « l'effort » n'est pas assez strict. Il favorise indûment les droits du titulaire et ne protège pas l'intérêt du public dans la production et la diffusion optimales des œuvres intellectuelles. Par contre, le critère d'originalité fondé sur la créativité est trop rigoureux. La créativité implique qu'une chose doit être nouvelle et non évidente – des notions que l'on associe à plus juste titre au brevet qu'au droit d'auteur. En comparaison, la norme exigeant l'exercice du talent et du jugement dans la production d'une œuvre contourne ces difficultés et offre, pour l'octroi de la protection du droit d'auteur, un critère fonctionnel et approprié qui est compatible avec les objectifs de politique générale de la *Loi sur le droit d'auteur*.¹⁹³

Selon la Cour suprême, l'œuvre doit être *le produit de l'exercice du talent et du jugement d'un auteur*, c'est-à-dire le recours aux connaissances personnelles, à une aptitude acquise, à une compétence issue de l'expérience, au discernement ou à la capacité de se faire une opinion¹⁹⁴. Cet exercice qui implique un effort intellectuel, et donc qui ne doit pas se limiter à une entreprise purement mécanique, ne doit toutefois pas obligatoirement relever de la « créativité »¹⁹⁵.

En ce qui concerne la création des objets virtuels par l'utilisateur, on se demande si l'utilisateur qui a passé du temps et a fourni de l'énergie a créé un bien virtuel, a produit une œuvre « originale ». On a vu que, selon la Cour suprême, l'effort mis pour créer ne suffit plus à rendre une œuvre originale. La question revient ainsi à se demander si l'objet virtuel est le *produit de l'exercice du talent et du jugement* de l'utilisateur qui l'a créé. Pour répondre à cette question, il convient de distinguer les modes de création des objets virtuels selon les mondes virtuels *avec* et *sans* script. On rencontre le plus souvent dans les mondes virtuels *avec* script comme *World of Warcraft*, un mode de création de bien virtuel appelé « *crafting* traditionnel ». Il s'agit de la récupération et fusion d'objets préexistants dans la base de données du développeur créée par le développeur du jeu dans l'univers en cause. L'utilisateur va ici combiner ou agencer des objets existants dans le monde virtuel pour créer un nouvel objet.

un service de photocopie grâce auquel une seule copie d'un ouvrage des éditeurs est transmise sur demande ou (2) en mettant à la disposition des usagers des photocopieuses libre-service et des exemplaires des ouvrages des éditeurs. » (Catherine Bergeron, « Développements récents en matière de droit d'auteur et d'utilisation équitable : l'après CCH » dans *Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (2004)*, vol 215, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2004, 145 à la p 152 [Bergeron]).

¹⁹³ CCH, *supra* note 192 au para 24.

¹⁹⁴ Bergeron, *supra* note 192 à la p 154.

¹⁹⁵ *Ibid.*

Alors que dans les mondes virtuels *sans script* comme *Second Life*, l'utilisateur a la possibilité de créer un bien virtuel à partir de rien, on parle ainsi de « *crafting* moderne ». L'utilisateur dispose d'un outil de modélisation et de création en trois dimensions lui permettant de définir le type, la forme, la taille, le style, la couleur (etc.) de l'objet en faisant appel à son imagination.

Pour réclamer un droit d'auteur sur l'objet virtuel créé dans le monde virtuel avec *script*, l'utilisateur pourra prouver facilement un effort de création, mais cela ne suffira pas. Selon la décision de la Cour suprême dans l'affaire *CCH*, il devra prouver *l'exercice de son talent et de son jugement dans la production de son œuvre*, son fardeau de preuve sera donc bien plus lourd que pour l'utilisateur qui aura créé un objet virtuel dans le monde virtuel *sans script*, car les objets virtuels produits à partir du mode de création de « *crafting moderne* » résultent forcément d'une expérience et d'un travail intellectuel important.

Toutefois, même si l'utilisateur parvient à prouver que l'objet virtuel qu'il a créé est une œuvre originale protégeable par le droit d'auteur, il se verra confronté aux dispositions contraires du *Contrat de licence d'utilisateur final* (CLUF) qu'il a signé.

c) La question de la titularité des droits

Aux termes des CLUFs, on a vu que le développeur, en général, se réserve le droit d'auteur de tout le contenu du monde virtuel¹⁹⁶. Seul l'auteur de l'œuvre a le droit de reproduire ou de donner la permission à quelqu'un de la reproduire, il a donc la titularité initiale du droit d'auteur sur son *œuvre originale*. C'est pour cette raison que les développeurs prennent le droit de supprimer un objet virtuel ou un compte de jeu à leur bon vouloir sans qu'aucune compensation ne soit prévue en retour pour l'utilisateur. Il convient de relever ici une confusion entre ce qui relève des droits exclusifs de l'auteur et ce qui tient de la prestation de service dans les termes du contrat de licence utilisé par les développeurs. Le terme « licence » est défini en matière de propriété intellectuelle comme « un contrat par lequel le titulaire d'un monopole d'exploitation concède à une personne en tout ou en partie la jouissance de son droit d'exploitation », ce que le développeur concède aux utilisateurs est l'autorisation de télécharger le logiciel du monde virtuel et de l'utiliser plus ou moins largement dans ses fonctions dépendamment du compte de joueur qu'ils décident de payer. Mais le terme licence évoque aussi, en dehors de la propriété intellectuelle, toute autorisation d'une utilisation ou de la jouissance d'un bien quelconque. Dans les CLUFs, on trouve un peu de tout, que ce soit des clauses contractuelles classiques réglant les

¹⁹⁶ Exemple des termes et conditions du monde virtuel de *Second Life* prévus aux articles 2.1 et 2.4 : Linden Lab, *supra* note 100.

droits et obligations des parties, la compétence en cas de litige, l'autorisation d'utiliser le monde virtuel, le droit d'auteur du développeur sur le monde virtuel et tout son contenu, la cession du droit moral des utilisateurs sur leurs créations au profit du développeur (alors qu'on a vu plus haut que, selon la LDA, le droit moral est incessible), l'interdiction de la vente d'objets virtuels en dehors du monde virtuel et parfois, même au sein du monde virtuel, le droit de supprimer un objet virtuel ou un compte de jeu selon la volonté du développeur sans qu'aucune compensation ne soit prévue en retour pour l'utilisateur (...).

Bien que les termes du CLUF attribuent au développeur le droit d'auteur sur tout le contenu du monde virtuel incluant les objets virtuels, dans l'affaire *Midway*¹⁹⁷, la Cour devait se pencher sur la question de savoir si finalement ce n'était pas le joueur qui, par son action de jouer, créait la séquence d'images et réalisait ainsi une œuvre à chaque période de jeu. La Cour a décidé que l'effort créatif du joueur par le seul fait de jouer, c'est-à-dire par son action à partir du contrôleur, était insuffisant pour créer une œuvre lors de chaque période de jeu puisque le jeu lui donnait un choix limité dans le nombre de séquences. Selon cette décision, on peut en déduire que le seul travail d'agencement d'objets virtuels préexistants dans le monde virtuel *avec script* dans la création d'un nouvel objet ne suffirait pas à prouver son originalité.

En France, la Cour de cassation s'est déjà prononcée en faveur des utilisateurs de jeux vidéo en reconnaissant dans plusieurs décisions que les jeux vidéo sont des « œuvres de l'esprit », quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination dès lors que l'œuvre est originale et du seul fait de sa création (art L 112-1 CPI) et qu'en conséquence, ils sont protégés par le droit d'auteur au sens du Code de la propriété intellectuelle français¹⁹⁸. Ainsi, les utilisateurs qui réalisent eux-mêmes, à partir des ressources du jeu, des biens virtuels originaux, peuvent prendre la qualité « d'auteurs ».

Il est intéressant de relever que, toujours selon le droit français, les jeux vidéos peuvent être considérés en fonction de leur mode d'élaboration : soit

¹⁹⁷ Carré, *supra* note 17, n° 399.

¹⁹⁸ France, Cass Ass plén, 7 mars 1986, arrêts *Atari* et *Williams Electronics* (juillet 1986) RIDA 134, cité dans Pascal Alix, « [Le droit appliqué aux jeux en ligne \(partie 1\)](#) », *Le blog juridique de Pascal Alix* (12 juin 2009), n 5, en ligne : <<http://www.net-iris.fr/blog-juridique/12-pascal-alix/22436/le-droit-applique-aux-jeux-en-ligne-partie-1>>.

en tant qu'œuvre collective¹⁹⁹ ou en tant qu'œuvre de collaboration²⁰⁰, la première octroie tous les droits à l'organisateur du jeu tandis que, dans le second cas, les droits d'auteur de l'œuvre appartiennent en copropriété à tous les coauteurs qui ont participé à l'élaboration de l'œuvre, et donc également aux utilisateurs²⁰¹. Dans ce dernier cas, la règle est formulée à l'article L 113-3, alinéa 2: « *les coauteurs doivent exercer leurs droits d'un commun accord.* » Elle correspond au droit commun de l'indivision s'agissant des actes de disposition²⁰². Cette solution peut être source de difficulté dans les cas où les coauteurs sont nombreux. Ainsi, pour simplifier la situation, les coauteurs peuvent conclure une convention d'indivision²⁰³.

La Cour de cassation a été saisie suite à la décision de la Cour d'appel de Paris du 20 septembre 2007 qui a retenu la deuxième hypothèse dans le but de préserver l'équilibre entre les intérêts des utilisateurs et des développeurs, en soutenant que les jeux vidéo demeuraient des œuvres complexes²⁰⁴.

La première Chambre civile de la Cour de cassation, dans son arrêt rendu le 25 juin 2009, a décidé qu'un jeu vidéo est une « œuvre complexe qui ne saurait être réduite à sa seule dimension logicielle, quelle que soit l'importance de celle-ci, de sorte que chacune de ses composantes est soumise au régime qui lui est applicable en fonction de sa nature »²⁰⁵.

Également aux États-Unis, le droit d'auteur peut être défini dans un travail conjoint comme « *a work prepared by two or more authors with the intention that their contributions be merged into inseparable or interdependent parts of a unitary whole* »²⁰⁶. Le problème reste à définir la portée de l'intention et de la contribution de chaque personne partie à la création. La Cour, dans l'affaire *Thomson v Larson*²⁰⁷, a introduit un test en deux temps pour déterminer les co-auteurs : 1. Les co-auteurs font indépendamment des contributions originales à l'œuvre; 2. Chacun d'eux s'attend à être co-auteur.

¹⁹⁹ L'œuvre collective est créée à l'initiative d'une personne morale qui dirige la fusion des contributions et assure la publication de l'œuvre physique. Carine Bernault, « Titulaires du droit d'auteur. Règles générales (CPI, art. L 113-1 à L 113-7) » dans Jurisclasseur, *Objet du droit d'auteur*, coll « Propriété littéraire et artistique », Fasc 1185, LexisNexis France, à jour au 17 mai 2015, n° 61-88 [Bernault].

²⁰⁰ L'œuvre de collaboration est l'œuvre créée de concert par plusieurs personnes : *Ibid*, n° 12-60.

²⁰¹ *Ibid*.

²⁰² *Ibid*, n° 35; Code civil français, art 815-3.

²⁰³ Bernault, *supra* note 199.

²⁰⁴ CA Paris, 3^e Chambre, section B, 20 septembre 2007, n° 07/01793.

²⁰⁵ France, Cass Civ 1^{ère} Chambre, 25 juin 2009, n° 07-20.387.

²⁰⁶ *US Copyright Law*, *supra* note 186.

²⁰⁷ 147 F 3d 195 (2^e Cir 1998), affaire citée dans Miller, *supra* note 152 à la p 458, n 107.

En tant que co-auteurs, ils se partagent équitablement les droits d'auteurs sur l'œuvre créée en commun.

La thèse de la copropriété dans les relations entre le développeur et les utilisateurs dans les mondes virtuels serait une solution équitable pour les deux parties, car le degré d'originalité dans la création de l'utilisateur dépend du mode de création des biens virtuels créé par le développeur selon le scénario du monde virtuel qu'il choisit. Pour autant, ce n'est pas la solution que les développeurs choisissent dans les termes et conditions de leurs jeux puisqu'ils s'approprient la propriété intellectuelle de tout le contenu du monde virtuel.

Conclusion

Le développement de réalités immatérielles met à l'épreuve le droit des biens²⁰⁸. Un problème central à l'existence d'un véritable droit de propriété virtuel est que ce concept est inconnu des lois québécoises. Contrairement à la *common law*, le droit civil québécois ne permet pas de créer des conceptions flexibles de la propriété. Les choses doivent exister pour pouvoir être des biens, c'est-à-dire être appropriables.

En droit civil, S Gilker et C Lupien sont deux des rares auteurs québécois à avoir conclu que la *propriété virtuelle* était une forme de propriété en se basant sur la conception économique de la valeur de l'objet de la propriété comme l'ont fait certains auteurs de *common law*. En effet, la doctrine de *common law* adopte une vision très large du concept de propriété basée sur des considérations économiques. Pourtant, les auteurs de *common law* ne sont pas tous d'accord pour admettre la *propriété virtuelle* comme une forme de propriété authentique. Chaque courant doctrinal sur la question à ses points forts et ses points faibles, de sorte que l'on peut se sentir un peu perdu sur la position à prendre. Ainsi, on a décidé de procéder à une analyse comparative des caractéristiques essentielles du contenu des droits de propriété avec celles de la *propriété virtuelle*. En nous rattachant à la doctrine civiliste classique en matière de droit de propriété, on a pu démontrer que les éléments caractéristiques de la propriété ne sont pas présents dans les spécificités propres de la *propriété virtuelle*. En effet, par le biais de son avatar, l'utilisateur devient un « pion » dans le monde virtuel créé et organisé par le développeur, qui peut décider à tout moment de supprimer ce pion du jeu ou simplement de terminer le jeu. C'est le développeur qui énonce les règles du jeu et qui a le droit de « vie ou de mort » sur l'avatar et autre objet virtuel qui se trouvent dans son monde. En conséquence, l'utilisateur détient

²⁰⁸ Daniel Gutman, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, les ressources du langage juridique » dans François Terré, dir, *Le droit et l'immatériel*, t 43, coll « Archives de philosophie du droit », Paris, Sirey, 1999, 65.

seulement un droit d'usage sur les objets virtuels qu'il a créés ou acquis dans le monde virtuel et le développeur peut y mettre fin selon son bon vouloir. De plus, les biens virtuels ne sont que la représentation du code binaire composé de 0 et de 1 créé le plus souvent par le développeur du jeu, qui est traduit à travers l'image de notre écran. Par exemple, un avatar peut « vivre » seulement dans le monde virtuel, à l'extérieur du monde, il n'a aucune utilité, plus encore, il n'a aucune existence. Il est donc difficile d'appliquer le droit de propriété classique en droit civil à notre matière puisque le droit de propriété, dans son sens traditionnel, suppose l'existence d'un bien que l'on a en sa possession. Cependant, en common law, la notion de propriété est plus flexible et permettrait ainsi selon la doctrine et les précédents jurisprudentiels en matière de propriété de reconnaître la *propriété virtuelle* comme une forme de propriété.

Toutefois, en droit civil, la thèse de la reconnaissance de la *propriété virtuelle* en tant que propriété classique n'est pas à bannir. Elle dépend finalement de l'évolution de la notion de propriété qui sera faite par les tribunaux et le législateur dans un sens plus souple, plus moderne, pour s'ouvrir à de nouveaux biens immatériels. Cette évolution est actuelle, le droit de propriété n'a plus le même sens que lors de sa rédaction, certains disent de lui qu'il est profondément en « crise »²⁰⁹. La distinction fondamentale entre les biens corporels et incorporels n'aurait plus lieu d'être pour définir la notion de propriété. Pour certains, le bien devrait prendre le sens de « commun », la propriété exclusive ne devrait même plus exister²¹⁰. La *propriété virtuelle* pourrait alors trouver sa place au sens de cette notion de la propriété, puisque, dans son sens classique, c'est bien la caractéristique de l'exclusivisme de la propriété qui était la source principale de l'opposition entre les deux notions. Toutefois, cette doctrine « reconstructionniste » du droit de propriété ne rassemble pas tant de prêcheurs. Elle est pour le moment fortement critiquée²¹¹. En conséquence, en l'état actuel du droit de propriété, la place de la *propriété virtuelle* en droit civil de la propriété n'est pas encore établie, il s'agit de suivre dans les prochaines années les décisions jurisprudentielles ou l'adoption de nouvelles dispositions législatives en la matière.

Puisque l'hypothèse d'admettre en droit interne un droit réel sur un objet virtuel, qui n'existe pas, est très controversée, on s'est alors posé la question de savoir si on peut appréhender la notion de la propriété virtuelle sous l'analyse de la propriété intellectuelle. On a ainsi analysé la définition de l'objet virtuel au regard de celle d'« œuvre de l'esprit » qui est protégée

²⁰⁹ Xifaras, *supra* note 48 à la p 8.

²¹⁰ Jean-Pascal Chazal, « Propriété et entreprise: le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie » (2014) 19 Recueil Dalloz 1101.

²¹¹ D'Avout, *supra* note 53 à la p 1287.

par la loi et la jurisprudence en matière de droit d'auteur. On a pu conclure de cette analyse que les objets virtuels peuvent être qualifiés d'œuvres et se voir protégés par les règles de droit d'auteur si la condition d'originalité de l'œuvre est respectée²¹². Cette condition sera plus ou moins facile à prouver pour l'utilisateur selon le mode de création « traditionnel » ou « moderne » des biens virtuels qu'il aura utilisé dépendamment du monde virtuel *avec* ou *sans* script auquel il sera inscrit.

Même si l'utilité sociale des objets virtuels peut se voir questionner par certains, il reste opportun de vouloir protéger cette création particulière même si elle apparaît seulement dans le cadre du monde auquel elle appartient puisque d'une part, elle est source de valeur et d'autre part, il reste important de conserver une éthique favorisée par la société, récompensant l'effort créatif et visant à défavoriser une attitude de plagiat ou d'opportunisme²¹³. De plus, comme des relations entre personnes physiques peuvent se produire en dehors de ce monde fictif au sujet de la propriété de ces créations, il paraît normal de vouloir appliquer les règles habituelles relatives à la propriété intellectuelle²¹⁴.

En définitive, il est regrettable de nos jours d'avoir un vide juridique sur la question de l'attribution de la propriété dans les mondes virtuels et qu'aucune cour, du moins en Amérique du Nord et en Europe, n'ait tranché cette question²¹⁵ qui fait le plus souvent l'objet d'arbitrage²¹⁶. Dès lors, il conviendra de surveiller les futurs développements législatifs et jurisprudentiels dans cette matière ainsi que les séries de normes établies par les acteurs des mondes virtuels²¹⁷.

²¹² Antoine Cheron, « Un joueur de MMOG peut-il être créateur protégé juridiquement? », 2006, référé dans Nsiangani, *supra* note 38 à la p 29.

²¹³ Carré, *supra* note 17, n° 644; Carré, « La loi applicable », *supra* note 39, n° 97.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ *Evans et al v Linden Research, Inc et al*, cour de district du nord de la Californie, 2012, no 4:11-cv-1078-DMR [*Evans*].

²¹⁶ Carré, *supra* note 17, n° 647; *Id.* L'affaire *Evans* a été réglée hors cour en date du 29 avril 2014. Voir [la décision d'arbitrage du 27 février 2014](http://www.seconddlifeselement.com/hc/en-us), en ligne : <<http://www.seconddlifeselement.com/hc/en-us>>.

²¹⁷ En effet, selon Vincent Gautrais : « Sans interventions nationales ou internationales, des entités d'influences variables, établissent séries de normes qui par le poids de leur persuasion, souvent économique, parviennent à obtenir une reconnaissance parfois très grande auprès de l'ensemble de la communauté du cyberspace. [U]ne interaction grandissante est en train de s'établir entre les modèles proposés par les *acteurs* du médium de communication et la *communauté* elle-même, avides de sources normatives étant donné la moindre existence et pertinence de sources formelles. » (Vincent Gautrais, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1998 aux pp 292-93 [italiques dans l'original]). Carré, *supra* note 17, n° 487.