

Université de Montréal
et
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Thèse de doctorat effectuée en cotutelle

La loi applicable aux transferts de biens virtuels

par
Dobah CARRÉ

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures de l'Université de Montréal
en vue de l'obtention du grade de docteur en droit
et
à la Faculté de droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
en vue de l'obtention du grade de docteur en droit

Septembre, 2015

© Dobah Carré, 2015

Université de Montréal
Faculté des études supérieures
Et
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Faculté de droit

Cette thèse intitulée :

La loi applicable aux transferts de biens virtuels

présentée et soutenue à l'Université de Montréal par :

Dobah CARRÉ

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Jeffrey Talpis
président-rapporteur
représentant du doyen de la FES

Gérald Goldstein
directeur de recherche

Horatia Muir-Watt
co-directrice de recherche

Harith Al-Dabbagh
membre du jury

Yaël Emerich
examineur externe

RÉSUMÉ

Les mondes virtuels multi-joueurs sont des jeux à trois dimensions. Leurs utilisateurs s'adonnent depuis plusieurs années à plusieurs activités en se transférant des objets virtuels créés ou achetés dans les mondes virtuels dont ils revendiquent la propriété. Ces objets appelés « biens virtuels » n'ont d'existence qu'en ligne et peuvent prendre n'importe quelle forme (avatars, vaisseaux spatiaux, etc.).

Bien que le marché des transactions de biens virtuels représente un important impact économique, social et juridique sur l'ensemble de la consommation, ces « biens » ne sont pourtant pas juridiquement reconnus, ni protégés par la loi ou par la jurisprudence en Amérique du Nord et en Europe, seuls les contrats de licence rédigés par les développeurs régissent leurs utilisations. Or, les conflits dans ce domaine peuvent devenir très complexes, car les rencontres virtuelles donnent lieu à une grande variété d'activités et sont créatrices de liens de droit entre des internautes qui peuvent se trouver physiquement à l'autre bout de la planète pour se rencontrer virtuellement dans l'environnement du cyberspace. Ainsi, les effets dommageables de ces activités vont se manifester en dehors du réseau. Puisque dans ces cas, l'espace virtuel et l'espace matériel sont interconnectés, on se pose la question suivante : quelle est la loi applicable aux transferts de « biens virtuels »?

Pour traiter d'une question litigieuse en droit international privé, il faut passer par l'étape préalable de la qualification juridique de l'objet du litige, ici les biens virtuels, afin d'être en mesure de le rattacher à un régime juridique et à la règle de conflit applicable selon ce régime. Les biens virtuels, immatériels par essence, n'existent pas réellement. Techniquement parlant ce sont des représentations graphiques de codes sources enregistrés dans le logiciel du monde virtuel. Ainsi, l'existence juridique de l'objet virtuel en tant que « bien » est controversée en droit civil, car elle dépend de la conception stricte (traditionnelle) ou élargie (moderne) que l'on adopte du droit de propriété. En admettant que les biens virtuels soient reconnus en droit des biens, les règles de conflits de lois applicables à cette matière portent beaucoup d'importance sur la situation *matérielle* du bien pour la localisation du rapport de droits, ce qui rend très difficile la recherche de solution des conflits de lois dans notre matière. Ainsi, l'application du principe de l'autonomie tend à s'élargir aux questions de droits réels, mais cette solution n'est pas satisfaisante pour les tiers.

Dès lors, il convient de se rallier à la doctrine contemporaine qui critique la référence générale à la règle de rattachement localisatrice dans des situations nouvelles et spécifiques empreintes de difficultés de localisation afin d'appliquer préférentiellement le régime de propriété intellectuelle, adoptée spécifiquement pour les biens immatériels. L'application de la loi sur les droits d'auteur est plus adaptée aux biens virtuels en tant qu'œuvre de l'esprit, parce que les droits ne se trouvent pas limités par l'inexistence de cet objet et parce que les règles de conflits propres au droit d'auteur d'origine conventionnelle permettent une protection internationale du droit d'auteur.

Mots-clés : mondes virtuels, biens virtuels, propriété virtuelle, droit international privé, conflits de lois, propriété intellectuelle.

ABSTRACT

Multi-player virtual worlds are three-dimensional games. Over the past few years, players have been engaging in various activities involving the transfer of virtual objects that they have themselves created or purchased in these virtual worlds and over which they claim ownership. The objects, called “virtual goods”, exist only in the online world and may take any number of forms (e.g. avatars, space ships, etc.).

Although the market for virtual property has important economic, social and legal impacts on consumption, these “goods” are neither recognized by the law, nor protected by North American or European legislation or jurisprudence; only the licensing contracts drafted by the developers regulate their uses. However, conflicts that arise in this domain may grow very complex since virtual interactions give rise to a great variety of activities and create legal relationships between the cybernauts who meet in the virtual environment of cyberspace although they may be physically located on either ends of the planet. Thus, the adverse effects of these activities may manifest themselves outside of the cyber environment. Since the virtual world and the physical world are interconnected in these cases, we have to ask the following question: what law should apply to the transfer of the “virtual goods”?

In order to answer contentious questions that arise under private international law, one must first go through the initial step of juridically qualifying the objects in question, here the virtual goods, in order to be able to assign them to a specific legal regime and to the specific conflict of laws rules that apply under that regime. Virtual goods – inherently immaterial – do not really exist: they are graphic representations of source code embedded in the software of the virtual world. Thus, the legal characterization of the virtual objects as “property” is controversial under civil law because it depends on whether one adopts a strict (traditional) concept of property law or a more expansive (modern) concept. Even if virtual goods were to be recognized under property law, since the conflict of laws rules applicable to property law place a lot of importance on the physical location of the property in order to determine the legal attachment, this renders the search for a solution to the conflict of laws in this area very difficult. Application of the principle of contractual autonomy therefore provides greater scope in determining property rights, but this solution may not be satisfactory to third parties.

Thus, it is useful to turn to the contemporary doctrine that criticizes the general application of the rule of physical attachment to particular and novel contexts that present difficulties in determining the location of the property and instead applies the intellectual property regime which is specifically designed to deal with incorporeal goods. Copyright law is better suited to virtual goods as creations of the mind since its application is not hampered by the non-existence of the goods and because the conflict of laws rules applicable to traditional copyright law provide international protection for copyrights.

Key words: virtual worlds, virtual goods, virtual property, private international law, conflict of laws, intellectual property.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
PARTIE 1 : L'EXISTENCE D'UN DROIT DE LA « PROPRIÉTÉ VIRTUELLE »	13
Chapitre préliminaire. Les différents aspects des transferts d'objets virtuels dans les mondes virtuels.....	14
Section 1. Définitions et caractéristiques des mondes virtuels.....	14
Paragraphe 1. Le monde virtuel.....	15
A. Définition du « virtuel ».....	15
B. Définition des MMO.....	16
C. Les différents types de MMO	17
D. Les caractéristiques des MMOs	20
E. Les différents intervenants.....	21
F. Les différents modèles d'inscription.....	24
Paragraphe 2. La forme des objets virtuels et leurs utilisations dans les mondes virtuels	25
Paragraphe 3. Définition d'un avatar	26
Paragraphe 4. Illustration d'un monde virtuel – l'exemple de Second Life	27
Section 2. L'aspect économique des mondes virtuels	30
Section 3. Les aspects sociologiques et psychologiques des mondes virtuels.....	32
Section 4. Quelques notions techniques relatives au fonctionnement des mondes virtuels	35
Paragraphe 1. Éléments constitutifs techniques du cyberspace	35
A. L'Internet	36
B. La Toile (ou le Web).....	38
Paragraphe 2. Définition technique de l'objet virtuel.....	39
Paragraphe 3. Définitions des termes techniques	40
A. Les logiciels donnant accès au monde virtuel.....	40
B. Le serveur.....	40
C. Les données informatiques et bases de données	41
D. Le disque dur.....	42

E. Les pixels	43
Section 5. Création et « transfert » d'un objet virtuel dans le monde virtuel	43
Paragraphe 1. Création d'un objet virtuel	44
Paragraphe 2. Transfert technique d'un objet virtuel.....	46
Conclusion du chapitre préliminaire.....	48
Chapitre 1. De la reconnaissance d'un droit de <i>propriété virtuelle</i>	49
Section 1. Les revendications antagonistes des principaux acteurs des mondes virtuels .	49
Paragraphe 1. Les arguments des utilisateurs en faveur de la reconnaissance de la propriété virtuelle.....	50
Paragraphe 2. Les arguments des développeurs contre la reconnaissance de la propriété virtuelle	55
A. Les développeurs sont les créateurs des objets virtuels	56
B. Le développeur offre un « service »	57
1. « Service » déterminé dans le CLUF.....	57
2. Le CLUF interdit la vente d'objets virtuels.....	58
3. Service offert en vertu de l'esprit et des règles du jeu.....	59
C. Les modèles de propriété virtuelle prévus par les développeurs dans les CLUFs.....	61
1. Le modèle général de CLUF	61
2. Le modèle particulier de CLUF dans Second Life	64
Section 2. L'approche théorique quant à l'existence de la <i>propriété virtuelle</i>	68
Paragraphe 1. La théorie lockéenne du travail.....	69
A. L'utilisation raisonnable de la théorie lockéenne au monde virtuel	69
B. Les critiques à l'application de la théorie lockéenne du travail.....	72
Paragraphe 2. La théorie utilitariste	74
A. L'application raisonnable de la théorie utilitariste au monde virtuel	74
B. Les critiques à l'application de la théorie utilitariste	76
Paragraphe 3. La théorie de la personnalité	77
A. Application de la théorie de la personnalité.....	77
B. Objections à l'application de la théorie de la personnalité au monde virtuel ...	79
Section 3. Justification économique de l'existence de la <i>propriété virtuelle</i>	80

Paragraphe 1. L'existence d'un droit de propriété virtuelle pour un marché efficient .	80
Paragraphe 2. L'attribution originaire de la propriété sous l'angle de l'analyse économique du droit	82
A. L'appropriation par le travail	82
B. L'attribution de la propriété en fonction de la maximisation de la valeur de l'objet.....	84
C. L'effet des coûts de transaction sur le choix de la titularité	85
1. La théorie économique de Joshua Fairfield quant à l'attribution de la propriété virtuelle	86
2. La théorie économique de John William Nelson quant à l'attribution de la propriété virtuelle.....	91
Section 4. Justification de la reconnaissance de la <i>propriété virtuelle</i> en droit pénal	95
Paragraphe 1. Approche doctrinale de la reconnaissance de la propriété virtuelle en droit pénal.....	95
Paragraphe 2. Reconnaissance jurisprudentielle du vol de biens virtuels	97
Conclusion du chapitre 1	100
Chapitre 2. La nature de la propriété dans les univers virtuels : un droit de propriété classique?.....	101
Section 1. Examen de la théorie classique de la propriété et son évolution	102
Paragraphe 1. La définition matérielle de la propriété.....	102
Paragraphe 2. La « rénovation » de la notion de propriété	105
Section 2. La classification des biens	111
Paragraphe 1. La définition du terme « bien » dans le Code civil du Québec.....	111
Paragraphe 2. La distinction des biens corporels et incorporels	113
A. Biens corporels.....	113
1. Définition.....	113
2. Hypothèses injustifiées de l'objet virtuel en tant qu'objet corporel	114
B. Les biens incorporels	115
1. Définition.....	116
2. La valeur économique, composante essentielle dans la qualification de bien.....	117

a. La notion de valeur économique	117
b. L'émergence des biens incorporels	119
c. L'objet virtuel en tant que valeur	121
Paragraphe 3. Les biens meubles ou immeubles	128
A. Définition	128
B. L'objet virtuel : bien meuble ou immeuble?.....	128
Section 3. Comparaison des éléments constitutifs du droit de propriété avec les spécificités de la <i>propriété virtuelle</i>	129
Paragraphe 1. Les caractéristiques propres au droit de propriété	130
A. Quant aux attributs du propriétaire	130
1. L'usage exclusif.....	130
2. Le pouvoir de disposer	131
B. Quant aux caractéristiques de la propriété	133
1. Un droit de propriété absolu ou complet	133
2. Un droit de propriété perpétuel.....	133
Paragraphe 2. Analyse comparative des spécificités de la propriété virtuelle au regard du contenu du droit de propriété	134
A. La rivalité v. l'exclusivité	135
B. Persistance v. perpétuité.....	138
C. Code interconnecté.....	139
D. Distinctions du contenu des droits de la propriété classique et de la propriété virtuelle	139
Paragraphe 3. Les modes d'acquisition et de transfert de la propriété	141
A. Les modes d'appropriation des biens virtuels dans la pratique	141
1. Modes d'appropriation des biens virtuels à l'intérieur du monde virtuel..	141
a. La création de biens virtuels.....	142
b. L'achat de biens virtuels	142
i. L'achat de biens virtuels directement du développeur	142
ii. L'achat de biens virtuels entre les utilisateurs.....	143
2. Modes d'appropriation des biens virtuels entre utilisateurs à l'extérieur du monde virtuel	143

3.	Transferts par l'intermédiaire d'entreprise de courtage	145
a.	Compagnie de courtage en ligne non spécialisée dans la vente de biens virtuels : le cas d'eBay	145
b.	Compagnie de courtage spécialisée dans la vente de biens virtuels : PlayerAuctions.com	146
4.	Tranferts par une entreprise de Gold Farming.....	148
B.	Comparaison des modes d'acquisition et de transfert de la propriété classique avec ceux de la propriété virtuelle	149
1.	Modes originaires d'acquisition de la propriété	150
a.	La non-application de l'accession immobilière naturelle et de l'occupation.....	150
b.	L'accession artificielle mobilière.....	151
2.	Le transfert des biens virtuels par convention comme mode dérivé d'acquisition.....	157
	Section 4. La protection de la propriété	159
	Conclusion du chapitre 2	163
	Chapitre 3. La nature de la <i>propriété virtuelle</i> , un droit de propriété intellectuelle ?	166
	Section 1. Distinction « relative » entre la propriété classique et la propriété intellectuelle	166
	Paragraphe 1. Ressemblances et dissemblances de la propriété artistique avec la propriété classique	167
	Paragraphe 2. La coexistence des droits de propriété intellectuelle et de propriété classique.....	170
	Section 2. L'application du droit d'auteur	171
	Paragraphe 1 : Les théories en présence	171
	Paragraphe 2. L'objet virtuel en tant qu'œuvre	173
	A. Les principes généraux du droit d'auteur.....	173
	B. L'objet virtuel, élément visé par le droit d'auteur	174
	1. Le code source : élément visé par le droit d'auteur.....	175
	2. Les images ou composantes audiovisuelles.....	175
	3. Le critère d'originalité	176

Paragraphe 3. La question de la titularité des droits	178
Conclusion chapitre 3	183
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	184
PARTIE 2. LA RÈGLE DE CONFLIT APPLICABLE AUX TRANSFERTS DE BIENS VIRTUELS	188
Chapitre préliminaire. L'identification des conflits de lois en présence.....	190
Section 1. Les conflits de lois entre les utilisateurs	191
Paragraphe 1. Rapports contractuels entre les utilisateurs.....	191
Paragraphe 2. Rapports extracontractuels entre utilisateurs	192
Section 2. Les conflits de lois entre le développeur et les utilisateurs.....	193
Paragraphe 1. Rapports contractuels entre le développeur et les utilisateurs	193
A. La rédaction des CLUFs au profit des développeurs	193
B. L'exemple des CLUFs de World of Warcraft et de Second Life	194
Paragraphe 2. Rapports extracontractuels entre le développeur et les utilisateurs	199
Conclusion du chapitre préliminaire.....	201
Chapitre 1. La règle de conflit de lois applicable aux biens	202
Section 1. La détermination de la loi applicable aux biens.....	202
Paragraphe 1. Les facteurs de rattachement en matière de droits sur les biens corporels	203
Paragraphe 2. Les facteurs de rattachement en matière de droits sur les biens incorporels	206
Section 2. Le champ d'application général de la règle de conflit et ses limites	207
Paragraphe 1. Contenu et exercice des droits réels.....	208
A. Compétence générale de la lex rei sitae.....	208
B. Cumul de lois applicables	209
Paragraphe 2. Création, transfert et acquisition des droits réels.....	215
A. Compétence générale de la lex rei sitae.....	216
B. Cumul de lois applicables	216
Paragraphe 3. Les difficultés d'application de la loi réelle en matière de conflits mobiles	219
A. Le domaine de la loi applicable aux conflits mobiles.....	219

B. Exemple du transfert de propriété de biens corporels en matière de vente internationale.....	223
1. Détermination de la loi applicable.....	223
2. Domaine de la loi applicable	226
Conclusion du chapitre 1	233
Chapitre 2. Les difficultés d’application de la loi réelle en matière de biens virtuels	237
Section 1. La nature spécifique du cyberspace	237
Paragraphe 1. La nature du cyberspace.....	238
A. Le cyberspace : un moyen de communication	238
B. Le cyberspace : un « espace imaginaire ».....	240
Paragraphe 2. Les caractéristiques particulières du cyberspace.....	243
A. Immatérialité et absence de contrôle étatique du réseau.....	243
B. Ubiquité et anonymat.....	243
Section 2. Les effets de la nature cyberspatiale sur le facteur de rattachement.....	244
Paragraphe 1. Le défaut de rattachement.....	245
A. Définition	245
B. Le remède douteux : la localisation cyberspatiale comme facteur de rattachement.....	246
Paragraphe 2. Les limites d’application de la loi de situation des biens aux biens virtuels	249
Section 3. Le recours à la fiction juridique en droit international privé	252
Paragraphe 1. La technique de la localisation fictive	252
Paragraphe 2. Exemples d’application de la technique de localisation fictive.....	255
A. En matière de droits corporels non situés sur un territoire étatique : exemple d’objet dans l’espace extra-atmosphérique.....	255
B. En matière de biens immatériels : exemple de la localisation des créances ordinaires.....	257
C. En matière de cyberdélit : le principe de « focalisation ».....	259
1. Le principe de « focalisation »	260
2. Les limites du critère de focalisation.....	262
3. Application du principe de « focalisation » au monde virtuel.....	262

Section 4. L'application de la technique de localisation fictive dans la recherche de rattachement des biens virtuels	264
Paragraphe 1. Le choix d'une localisation fictive en matière de transfert des biens virtuels.....	264
A. La loi qui présente les liens les plus étroits.....	265
B. La notion de la prestation caractéristique	266
C. Le lieu de la situation du serveur	267
D. Le lieu d'exécution des obligations	269
E. Le lieu d'établissement de l'une des parties	271
1. Lieu du domicile de l'utilisateur.....	271
2. Lieu du siège social du développeur.....	272
F. Le lieu de survenance du fait juridique.....	273
G. Le lieu d'enregistrement du bien	275
Paragraphe 2. La solution de la localisation fictive	276
A. Dans les domaines d'application de la loi réelle.....	277
B. Dans les domaines d'application de la loi contractuelle.....	279
1. L'application de la loi d'autonomie.....	280
a. Le choix des parties	280
b. Le domaine de la loi contractuelle	281
2. L'application de règles spécifiques à certains contrats	283
a. Le contrat de consommation	284
b. Le contrat de vente	287
3. L'absence de choix : localisation du contrat par la notion de prestation caractéristique	289
Conclusion du chapitre 2	295
Chapitre 3. Solution alternative aux règles de conflits de lois classiques des biens : l'application du droit d'auteur	298
Section 1. Les recours en cas de violation du droit d'auteur	298
Paragraphe 1. En cas de reconnaissance des droits d'auteur aux développeurs	299
A. Les rapports contractuels au regard du droit d'auteur	299
B. Les recours techniques	300

C. Les recours légaux	300
Paragraphe 2. En cas de reconnaissance des droits d’auteur à l’utilisateur/créateur de l’objet virtuel.....	303
A. Les recours en nullité des clauses abusives	304
B. Les recours à l’encontre d’un autre utilisateur.....	309
Section 2. Les règles de conflits de lois relatives au recours en matière de droit d’auteur	311
Paragraphe 1. Le champ d’application de la Convention de Berne.....	311
Paragraphe 2. Le domaine d’application de la lex loci protectionis	314
Paragraphe 3. Les limites de la protection internationale du droit d’auteur	316
A. Les limites prévues par les textes conventionnels	317
B. Les limites prévues par les CLUFs	318
Paragraphe 4. La détermination de la lex loci protectionis en matière de création et transfert de biens virtuels	319
Conclusion du Chapitre 3.....	324
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	326
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	330
PLAN SOMMAIRE.....	336
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE.....	338
ANNEXES	ii
Annexe 1 : Graphiques sur la croissance des mondes virtuels	ii
Annexe 2 : Exemples des Termes et conditions des mondes virtuels.....	iii
Annexe 2.1- <i>Second Life : Terms of services of Linden Lab</i>	iii
Annexe 2.2- <i>World of Warcraft- Terms of services of Battle.Net (Blizzard)</i>	xxxiv

LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS

AED	Analyse économique du droit
al.	Alinéa
art.	Article
c.	Contre
C.c.B.C.	Code civil du Bas Canada
C.c.fr.	Code civil français
C.c.Q.	Code civil du Québec
CLUF et suiv.	Contrat de Licence d'Utilisateur Final et suivants
EULA	<i>End User Licence Agreement</i>
<i>Id.</i>	Idem (au même endroit)
<i>In</i>	Dans
<i>Infra</i>	Ci-dessous
<i>IPBA</i>	<i>Inter-pacific Bar association</i>
JCP	Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique)
L.D.A.	Loi sur le droit d'auteur
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
L.p.c.	Loi sur la protection du consommateur
MMOG	Jeux en ligne massivement multi-joueurs
MMORPG	Jeux de rôle en ligne massivement multi-joueurs
n°	Numéro
n.b.p.	Notes de bas de pages
Obs.	Observations
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
p.	Page ou pages
Par.	Paragraphe
Préc.	Précité(e)
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur
suiv.	Suivants, suivantes
SL	Second Life
ss.	Sous
Somm.	Sommaire
<i>Supra</i>	Ci-dessus
t.	Tome
TOS	<i>Terms of Service</i> , traduit en français par « termes et conditions »
v.	Versus
WoW	<i>World of Warcraft</i>
WIPO	<i>World intellectual property organization</i>

*À mon mari,
À mes enfants,
À mes parents.*

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier très sincèrement mes deux directeurs de recherche, sans qui cette thèse n'aurait jamais pu être menée à bien, Dr. Gérald Goldstein, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, et Dr. Horatia Muir-Watt, professeure à l'école de droit à Sciences Po., en France. Merci à vous, pour votre disponibilité, vos précieux conseils, vos encouragements et votre soutien continu.

Également, je remercie la Faculté de droit virtuelle du Centre Droit et Nouvelle Technologie de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, particulièrement, son codirecteur, notre regretté Gérald Delabre, qui nous a tristement quitté, mais qui, de son vivant, avait beaucoup d'intérêt pour ma recherche et m'a donné l'opportunité d'ouvrir un cours en ligne en droit des affaires canadien pour enseigner dans le monde virtuel de « *Second Life* ».

Je voue une reconnaissance spéciale envers mon mari pour ses encouragements, sa patience et son soutien sans égal. Ma gratitude va également à mes parents qui m'ont toujours encouragée tout au long de mes études et à mon frère, pour m'avoir montré un bon exemple de courage et de persévérance lors de l'accomplissement de sa thèse en ingénierie.

Enfin, ce travail de recherche a été gratifié du soutien financier du *Conseil de recherches en sciences humaines du Canada* (CRSH) et du *Fonds québécois de recherche société et culture* (FQRSC) dans l'octroi de leurs bourses de doctorat. De plus, je voudrais aussi exprimer ma reconnaissance aux membres du jury d'attribution des bourses qui m'ont octroyé la bourse de soutien aux études doctorales et la bourse d'excellence de la FES de l'Université de Montréal. Enfin, je souhaite fortement remercier Aubrey Vincent-Senez qui m'a octroyé deux bourses d'excellence en droit des affaires durant mon cursus universitaire.

INTRODUCTION

1. « Il était une fois... etc. ». C'est bien ainsi que commence toute histoire extraordinaire se déroulant dans un monde fantastique, non? C'est bien ce que nous nous apprêtons à vous raconter. Ainsi commence notre récit dans le monde fantastique du virtuel.

2. Il était une fois, en 2001, un groupe de jeunes entrepreneurs du Sud de la Californie qui faisait des affaires sous le nom de *Black Snow Interactive* (ci-après cité « *Black Snow* »). Ils passaient leurs journées à faire beaucoup de profits par l'achat et la vente, sur *eBay* ou ailleurs, de potions magiques, de terrains, de maisons, d'épées, d'habits, de pièces d'or et d'autres objets virtuels qui prennent leur existence dans les mondes virtuels comme *Ultima Online* et *Dark Age of Camelot* qui sont des jeux « massivement multijoueurs » en ligne appelés « MMORPG » de l'anglais *Massively multiplayer online role-playing game*, dont le diminutif « MMO »¹ est couramment utilisé, et auquel nous ferons référence dans notre étude. Ces jeunes entrepreneurs faisaient ce qu'on appelle du *Real Money Trading*². Ils ont loué des bureaux à Tijuana au Mexique équipés de huit ordinateurs et d'une ligne internet et ont embauché trois travailleurs mexicains, sans aucune qualification, payés une pièce mexicaine de l'heure pour jouer en ligne dans les mondes virtuels *Ultima Online* et *Dark Age of Camelot*, qui étaient à l'époque deux des plus populaires MMO. Pendant que leurs employés, par des clics de souris, faisaient jouer leurs avatars pour combattre des monstres virtuels dans le but de remporter des pièces d'or virtuelles, des nouvelles options ou niveaux de jeux pour chaque monstre qu'ils tuaient, *Black Snow* revendait ces objets virtuels pour un très bon prix sur *eBay*, où par exemple le compte d'un « Maître dragon » sur *Ultima Online* se vendait facilement pour 200 \$ US.

3. Mais les opérations lucratives de *Black Snow* dans ces mondes virtuels ont soudain pris fin. Le développeur de ces mondes virtuels, une compagnie nommée *Mythic Entertainment* a

¹ MMO connu aussi sous l'appellation MMOG qui est généralement défini comme suit: « *a massively multiplayer online game refers to videogames that allow a large number of players to participate simultaneously over an internet connection* », voir, en ligne : <<http://www.techopedia.com/definition/27054/massively-multiplayer-online-game-mmog>> (site consulté le 10 juillet 2013).

² Ung-gi YOON, « *Real Money Trading in MMORPG Items From a Legal and Policy Perspective* », (2008) 1 *Journal of Korean Judicature*, p. 418-477, en ligne: <<http://ssrn.com/abstract=1113327>> (site consulté le 10 juillet 2013).

suspendu brusquement les comptes de jeu de nos jeunes entrepreneurs sur la base d'une violation de leur propriété intellectuelle prévue dans le *Contrat de licence d'utilisation finale* (CLUF)³. La compagnie a ainsi demandé à *eBay*, qui s'est exécutée, de suspendre leurs ventes aux enchères pour les objets virtuels acquis dans le royaume fantastique de *Dark Age of Camelot*. Nos héros se retrouvent donc dépouillés de leurs « biens » confisqués par *Mythic entertainment* et ils décident ainsi de s'engager dans une bataille judiciaire pour les récupérer, en argumentant fortement sur les pratiques commerciales déloyales de *Mythic entertainment* qu'ils ont dénoncé publiquement. Également, Lee Caldwell, associé de *Black Snow* justifie la légalité de ses affaires en tant que propriétaire des objets virtuels. Selon lui, il serait injuste que *Mythic entertainment* interdise aux joueurs de vendre les objets virtuels ou comptes de jeux qu'ils ont créé avec leur temps et qui, de ce fait, leur appartiennent. Il explique aussi que *Mythic* ne peut prétendre dans le CLUF détenir un droit d'auteur sur ce qu'un joueur a créé avec son temps⁴. On est a priori d'accord avec cette opinion. En effet, il est permis d'hésiter au regard de l'argument soulevé par *Mythic entertainment* relatif aux termes du contrat de licence d'utilisation finale. En effet, les CLUFs sont généralement rédigés par les développeurs des mondes virtuels (très souvent à leurs avantages). En l'espèce, chaque joueur était obligé de signer ce contrat avant de pouvoir accéder au jeu offert par *Mythic entertainment*. Ce contrat comportait une clause de renonciation du joueur de son droit de revendre en dehors du jeu les objets virtuels acquis dans le jeu. *Black Snow* n'avait pu y échapper.

4. Nul besoin d'être juriste pour comprendre dès à présent la complexité de notre matière qui suscite des questions légales importantes dans les domaines de biens, de propriété, de

³ L'expression « contrats de licence d'utilisation finale » ou « CLUF » se dit en anglais « EULA » pour « *End User Licence Agreement* ». Dans le même sens, il sera fait référence aux « termes et conditions » (dits de l'anglais « TOS » pour *Terms of Service*). Définition du CLUF : « Acronyme de l'expression "Contrat de Licence d'Utilisateur Final". Le CLUF est le document (regroupant l'ensemble des conditions d'utilisation du MMO, destinées à organiser les éventuels litiges entre l'éditeur et le joueur) que le joueur accepte d'appliquer lorsqu'il s'abonne à un MMO. « Une rupture du CLUF peut entraîner le bannissement du joueur », *JeuxOnline*, <<http://www.jeuxonline.info/lexique/mot/CLUF>> (site consulté le 11 juin 2013).

⁴ Selon les termes de Lee Caldwell: « *What it comes down to, is, does a MMORPG player have rights to his time, or does Mythic own that player's time? It is unfair of Mythic to stop those who wish to sell their items, currency or even their own accounts, which were created with their own time. Mythic, in my opinion, and hopefully the court's, does not have the copyright ownership to regulate what a player does with his or her own time or to determine how much that time is worth on the free market* ». Voir, Julian DIBELL, « *Black Snow Interactive and the World's First Virtual Sweat Shop* », 2003, en ligne: <<http://www.juliandibell.com/texts/blacksnow.html>> (site consulté le 10 juillet 2013).

validité de contrat, et des problèmes de conflits de lois omniprésents dans le cadre des transactions au sein du cyberspace. En effet, dans notre histoire, la compagnie *Black Snow* avait son bureau à *Tijuana* au Mexique, vendait des objets virtuels à l'extérieur du monde virtuel via le site internet *eBay*, alors que le transfert de l'objet de la vente s'effectuait à l'intérieur du monde virtuel et que le développeur du monde virtuel en question, *Mythic entertainment*, était localisé à Fairfax en Virginie.

5. *Black Snow c. Mythic* aurait pu devenir un précédent historique important dans notre matière, mais la Cour n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce cas d'espèce, car *Black Snow* a, en quelque sorte, renoncé à leurs procédures⁵.

6. Mais cette histoire n'est pas finie, au contraire elle ne fait que commencer et se répéter. Si on a choisi de conter l'histoire de l'entreprise *Black Snow*, c'est parce qu'elle était la première à s'engager dans les transactions décrites plus haut, qui sont appelées depuis 2001 « *Real Money Trading* ». Ce genre de *business* est aujourd'hui très courant et prospère, il existe maintenant sous différentes formes soulevant une panacée de problèmes juridiques, dont celui de la loi applicable aux transferts d'objets virtuels, question non encore résolue, à l'origine de notre recherche. En effet, de nos jours, dans l'univers parallèle des mondes virtuels, des millions de personnes font des affaires par les moyens d'échange, de « vente » ou de « louage » d'objets virtuels communément appelés « biens virtuels »⁶. Ces nouvelles technologies d'information et de communication prennent la forme d'objets 3D qui n'ont d'existence qu'en ligne. Il peut s'agir, par exemple, de personnages (« avatars »), de vêtements, de terrains virtuels ou de

⁵ Sans raison, ni explication, plusieurs mois après qu'il ait introduit son action en justice, *BlackSnow* s'est littéralement volatilisé. Plus personne n'en a entendu parler. La cause en est certainement que quelque mois après son action en justice la *Federal Trade Commission* a condamné Lee Caldwell et un autre associé principal de *Black Snow* à payer 10 000\$ relativement à des affaires antérieures qu'ils avaient développé dans lequel ils vendaient en ligne des pièces d'ordinateur qu'il ne possédaient pas et qu'il n'avaient pas l'intention de livrer. Il est certain que ce jugement ne serait pas intervenu en leur faveur devant la Cour. Vili LEHDONVIRTA, « *BlackSnow Interactive: the Documents* », (2006) *Virtual Economy Research Network*, en ligne: <http://virtualeconomy.org/2006/10/17/blacksnow_interactive_the_docu/> (site consulté le 3 juin 2013).

⁶ En effet, selon Arnaud Dimeglio et Martin-Daniel Gleize, « le marché des jeux en ligne totalise un chiffre d'affaire de 2,5 milliards de dollars et représente 18 millions de joueurs à travers le monde ». Arnaud DIMEGLIO et Martin-Daniel GLEIZE, « Les produits dérivés des MMOG », (2009) *Centre d'études juridiques et économiques du multimédia*, lettre n°39, en ligne: <http://cejem.uparis2.fr/IMG/CEJEM_LETTRE_No39_-_AVRIL_-_NOVEMBRE_2008.pdf> (site consulté le 3 juin 2013). 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, Praeger Publishing, 2009, p. 69.

monnaies virtuelles qu'il peut être utile de s'approprier dans les mondes virtuels comme *Second Life*⁷ ou *Habbo Hotel*⁸, car ils ont une valeur réelle et peuvent faire l'objet de nombreuses transactions. Dans la plupart de ces *MMO*, la priorité pour un utilisateur est de faire acquérir à son avatar un grand nombre d'objets virtuels et des pouvoirs magiques, dont certains, ont une valeur importante au sein du monde virtuel.

7. Ces objets virtuels s'échangent, pour la plupart, contre de la monnaie virtuelle convertible en argent réel⁹ et peuvent parfois coûter très cher. Par exemple, le 29 décembre 2009, une station spatiale virtuelle s'est vendue aux enchères pour 330 000 dollars US dans l'univers virtuel *Entropia Universe*¹⁰. Les gens qui « vendent » des objets virtuels peuvent donc faire beaucoup de profits alors que les personnes qui les « achètent » pensent faire des investissements. Les objets virtuels présentent ainsi de véritables enjeux économiques à l'instar des noms de domaines¹¹ et représentent une valeur marchande incontestable dans le monde réel.

8. Aussi, les mondes virtuels, et le marché des transactions des objets virtuels qu'ils engendrent sont en pleine croissance économiques. Les utilisateurs deviennent aussi de plus en plus nombreux. Cette croissance est essentiellement basée sur l'avènement des réseaux sociaux en tant que plateforme de jeux¹² 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

⁷ En ligne : <<http://www.secondlife.com>> (site consulté le 3 juin 2013).

⁸ En ligne : <<http://www.habbo.fr>> (site consulté le 3 juin 2013).

⁹ 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 aux États-Unis contre le blanchiment d'argent et vise désormais la monnaie virtuelle (*Bank Secrecy Act*).

¹⁰ En ligne : <<http://droitvirtuel.com/fevrier-2010/79-vente-objet.html>> (site consulté le 3 juin 2013). 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.

¹¹ Pour une définition des « noms de domaine », voir, Pierre-Paul LEMYRE, «Le contexte des technologies de l'information», dans Daniel POULIN et autres (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 15 et 16.

¹² «*Marketers Are On Board with Virtual Goods*», (2011) *eMarketer*, en ligne:

<<http://www.emarketer.com/Articles/Print.aspx?R=1008513>> (site consulté le 27 juillet 2013). (Par exemple, le fameux Facebook qui 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 », (2012) *La Presse*, en ligne : <<http://affaires.lapresse.ca/bourse/nouvelles/201204/23/01-4518163-facebook-un-trimestre-au-ralenti.php>> (site consulté le 3 juin 2013).

que la connexion internet est de plus en plus rapide avec les 4G ou le WiFi et également plus accessible.

9. Lorsque les univers virtuels pénètrent le monde réel, les frontières entre les deux deviennent floues. Les activités financières et même criminelles¹³ au sein des mondes virtuels ont des conséquences importantes dans le monde réel. Notre étude concerne principalement les conflits de lois relatifs au droit de propriété dans le cadre des transferts d'objets virtuels, d'une part, entre les développeurs et les utilisateurs des MMO et, d'autre part, entre les utilisateurs¹⁴. Dans la première situation, un utilisateur s'oppose au développeur, par exemple, parce que ce dernier a effacé son compte d'utilisateur incluant son patrimoine virtuel sous forme d'objets ou de monnaie virtuels sans justification. La deuxième situation oppose des utilisateurs d'un même univers virtuel. Les exemples sont ici nombreux : un utilisateur estime que ses créations font l'objet d'une copie de la part d'un autre utilisateur en contravention avec les règles de la propriété intellectuelle. Pour un autre exemple, de plus en plus fréquent, un utilisateur emploie le piratage informatique connu sous le nom de *Hacking* ou la violence physique pour obtenir le mot de passe du compte d'un autre utilisateur et dérober ainsi ses objets virtuels. La technique du filoutage, de ruse et de fraude est aussi souvent employée dans les mondes virtuels par certains utilisateurs peu scrupuleux profitant de la naïveté d'autres utilisateurs. On pense, par exemple, à la *pseudobanque, Ginko*, qui s'est implantée dans *Second Life* pour recueillir l'épargne, en *Linden dollars*¹⁵ (monnaie virtuelle sur *Second Life*) des utilisateurs sur la

¹³ 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 vues violer par un 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 sexuels sans leurs consentements, causant ainsi un traumatisme aux utilisatrices. La même chose s'est déroulé en 2007 dans *Second Life* et ce genre de viole 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 financiers 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 emparé de près de 750 000 dollars US. Voir, Kevin W. SAUNDERS, "Acti Rei: Real and Virtual", (2011-2012) 44 *Texas Technology Law Review* 165, 169-172.

¹⁴ Pierre-Francois DOCQUIR, «Donjons et législations, ou les avatars du droit dans les mondes virtuels», (2010) 40-3 *Revue du droit des technologies de l'information* 91, 92.

¹⁵ Pour en savoir plus sur le *Linden dollars*, voir, Corinne HUBERT, *Risques juridiques générés par le "système monétaire" de Second Life*, mémoire de maîtrise, Paris, Université Paris 1-Panthéon Sorbonne, 2008, p. 7-15, en ligne : <http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/diplome_droit_internet/07-08_Hubert_Corinne_memoire.pdf> (site consulté le 3 juin 2013).

promesse d'une rémunération particulièrement attractive des dépôts et qui, après deux années d'activité s'est volatilisée avec les épargnes des utilisateurs estimées à 750 000 dollars américains bien réels¹⁶.

10. Tous ces exemples montrent bien l'incidence des activités se déroulant dans les mondes virtuels sur les sphères économiques et juridiques du monde réel. Il convient de rappeler que « tout litige nécessite de pouvoir déterminer dans quel cadre – devant quelle autorité – et sur quelle base – en vertu de quelles règles – il sera tranché »¹⁷. On doit alors s'interroger sur le point de savoir si le droit international privé classique, dont le principal objectif est de répondre aux questions soulevées par les problèmes de conflits de juridiction et de conflits de lois dans plusieurs matières, nous permet d'y répondre dans le cadre des transferts d'objets virtuels. Mais, avant toute chose, on doit s'interroger sur la définition juridique des objets virtuels. Sont-ils 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 de « création ». La question de propriété des objets virtuels fait couler beaucoup d'encre, car seul un bien peut faire l'objet d'une vente au sens juridique des termes¹⁸. 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 »¹⁹. De plus, le droit de propriété est relatif par rapport à la nature de son objet²⁰; il convient donc de définir la nature d'un objet virtuel, communément

¹⁶ P.-F. DOCQUIR, préc., note 14, n.b.p. 8, p. 94. Voir aussi, en ligne : http://www.wired.com/gaming/virtualworlds/news/2007/08/virtual_bank (site consulté le 20 janvier 2013). Pour une histoire similaire dans le monde virtuel de Eve Online en 2009, en ligne : <http://www.cbc.ca/news/technology/story/2009/07/03/science-online-bank-heist.html> (site consulté le 20 janvier 2013); en 2006, pareille escroquerie a rapporté l'équivalent de 120 000 EUR à son auteur, en ligne : http://terranova.blogs.com/terra_nova/2006/08/hold_your_breat.html (site consulté le 20 janvier 2013).

¹⁷ Lord M. MUSTILL, « *Arbitration : History and Background* », dans Alan REDFERN et Martin HUNTER (dir.), *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, 2^e éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p.1, à la page 2, cité dans Sylvette GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Faculté de droit, Université Laval et Université Paris II, 2003, p. 5-6.

¹⁸ Articles 1708 et suiv. C.c.Q.

¹⁹ Article 1713 C.c.Q et article 1599 *Code civil français*. Voir, Hugues NSIANGANI, *La propriété dans l'univers virtuel*, mémoire de maîtrise (Master 2), Saint-Quentin-en-Yvelines, Faculté de droit, Université de Versailles, 2008, en ligne : <http://static.iquesta.com/fichiers/theses/Droit/hnspuv051108.pdf>.

²⁰ Gérard GOLDSTEIN, « La relativité d'un droit de propriété: enjeux et valeurs d'un Code civil moderne », (1991), dans *Journées Maximilien-Caron, Enjeux et valeurs d'un code civil moderne*, Montréal, ÉditionsThémis, p. 103-124.

appelé un « bien virtuel », avant de se pencher sur l'utilisation (l'usus) qui peut en être faite selon sa nature. Les divergences matérielles entre les ordres juridiques et les difficultés d'harmonisation nous amènent à comparer le système civiliste avec celui de *common law*. Nous verrons que les développeurs des mondes virtuels tirent 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 pour pouvoir accéder au monde virtuel. Ils y énoncent, notamment, que les utilisateurs ne peuvent revendiquer aucune propriété sur les objets virtuels qu'ils créent ou qu'ils se procurent contre de l'argent à l'intérieur ou à l'extérieur du monde virtuel; les développeurs se gardant l'entière et pleine propriété du monde virtuel et de tout son contenu. Ainsi, la grande majorité des développeurs des MMO interdisent, dans les termes et conditions du jeu, le commerce des objets virtuels. Cependant, les utilisateurs continuent « d'acheter » et de « vendre » sur des sites internet extérieurs²¹ au monde virtuel en question. Nous verrons que ces groupes d'intervenants ont légitimement ou non, selon le parti pris, des arguments juridiques assez convaincants en matière de propriété²².

11. Les nombreuses particularités propres aux mondes virtuels ludiques et les transferts d'objets virtuels qu'ils engendrent génèrent ainsi plusieurs situations juridiques nouvelles, par exemple, des difficultés liées à la propriété intellectuelle, à la protection des *biens virtuels* ou aux relations contractuelles relatives à leurs transferts et aux conflits de lois. En effet, dans le domaine des transferts de *biens virtuels* le risque de litige comportant des éléments d'extranéité est important et bien réel. Les utilisateurs revendiquent leur *propriété virtuelle*²³ sur les biens virtuels 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. Plusieurs cas de confiscation injustifiée des objets virtuels par les développeurs ont été relevés durant les dernières années. Les développeurs justifient leurs actes en fonction des termes et conditions qu'ils ont prévu dans les Contrats de licence d'utilisateur final (CLUF), que les utilisateurs ont signés. En effet, certains CLUFS prévoient que les utilisateurs renoncent à tous leurs droits de

²¹ Par exemple, les sites d'enchères suivants : en ligne : <playerauctions.com> et <eq2.eqtraders.com> (sites consultés le 20 janvier 2013); *eBay.com* vendait aussi des objets virtuels mais a cessé cette activité.

²² Voir, *Infra*, n°90-123.

²³ 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.

propriété sur les objets virtuels ou même de les transiger contre de l'argent réel. Cependant, les utilisateurs n'ont pas d'autre choix que de signer les termes du CLUF, s'ils veulent pouvoir accéder au monde virtuel, la plupart d'entre eux ne prenant même pas le temps de lire les conditions qu'il renferme.

12. 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 civile²⁴ en Amérique du Nord et en Europe.

13. Les transferts de propriété des objets virtuels intéressent alors beaucoup les chercheurs dans différents domaines : économique, technologique, sociologique, psychologique et juridique. Ce sont les aspects juridiques de cette matière qui nous intéressent et principalement la problématique relative aux conflits de lois en matière de relations contractuelles affectant directement le droit des biens dans un environnement nouveau, les mondes virtuels créés sur Internet. En effet, cette question est préalable à la résolution du litige au fond qui est de savoir si l'utilisateur peut obtenir une indemnisation ou une compensation dans le cas où le développeur ou un autre utilisateur porterait atteinte (de manière contractuelle ou extracontractuelle) à « son » bien virtuel. Le juge devra ainsi désigner la loi applicable et déterminer selon cette loi si le bien virtuel peut faire l'objet de propriété afin de protéger son titulaire. Il convient dès lors de présenter les différents objectifs à atteindre dans le cadre de cette étude.

1. La qualification des objets virtuels

14. La question de la qualification du statut juridique d'un objet virtuel est très importante en pratique, car le mode d'exercice du droit de propriété est fonction de sa nature et de son objet²⁵. Par exemple, le droit de propriété d'un meuble ne s'exerce pas de la même manière que celui portant sur un immeuble. De même, les régimes juridiques sont différents. Instinctivement, en tant que juriste, on est tenté de définir un objet virtuel comme un « bien meuble incorporel »,

²⁴ À noter que le commerce des objets virtuels est aussi devenu important en matière criminel et a engendré des questions sur la nature des vols des objets virtuels, certaines cour de justice à travers le monde comme en Corée ou en Norvège, ont reconnu le statut de « bien » aux objets virtuels afin de pouvoir qualifier de vol toute soustraction frauduleuse d'objet virtuel. *Infra*, n° 187 et 188.

²⁵ G. GOLDSTEIN, préc., note 20.

car il relève du domaine de l'immatériel, du non tangible et ne rentre pas dans la définition d'un immeuble au sens du *Code civil du Québec*²⁶.

2. La détermination de la « propriété virtuelle »

15. Selon la qualification de l'objet virtuel, il conviendra d'analyser la nature du droit qu'on cherche à exercer sur ces objets. La notion de « propriété virtuelle » est largement employée par les juristes et les non-juristes, notamment par les différents intervenants dans les mondes virtuels. Depuis quelque temps, les joueurs revendiquent un droit de propriété sur les objets virtuels qu'ils auraient acquis à l'intérieur et/ou à l'extérieur du jeu. Ils souhaitent acquérir une véritable protection de leur *propriété virtuelle*²⁷. Dès lors, la question se pose de savoir si l'usage linguistique de ce terme entraîne des conséquences juridiques réelles. Peut-on parler de *propriété virtuelle* au regard du modèle classique de la propriété qui se veut traditionnellement corporelle? Plus largement, la question revient à se demander si la *propriété virtuelle* devrait se situer quelque part entre les droits classiques de propriété intellectuelle et ceux de la propriété tangible ou avoir un statut particulier? Une fois cette interrogation résolue nous pourrions nous tourner vers l'étude du droit international privé québécois et français selon la matière concernée (en droit des biens ou en droit de la propriété intellectuelle dépendamment de la qualification qu'on aura faite de l'objet virtuel), afin de voir comment ces législations répondent aux problèmes suscités, et si ces réponses sont appropriées au domaine de la *propriété virtuelle*.

3. L'identification des différents conflits de lois

16. Mis à part les pays d'Asie, sur le plan international, on constate un certain absentéisme en matière de régulation des transferts d'objet virtuel. Or, les conflits engendrés peuvent devenir très complexes, car les rencontres virtuelles donnent lieu à une grande variété d'activités et sont créatrices de liens de droit entre des internautes qui peuvent se trouver matériellement à l'autre bout de la planète dans un environnement virtuel sans frontières communément appelé le « cyberspace »²⁸. Pourtant, les effets dommageables de ces activités vont fréquemment se

²⁶ L.Q., 1991, c. 64 (ci-après cité « C.c.Q. »).

²⁷ H. NSIANGANI, préc., note 19, p. 4.

²⁸ S. GUILLEMARD, préc., note 17, p. 4.

manifester en dehors du réseau. Ainsi, il est important d'identifier les différents conflits de lois inhérents au phénomène des transferts des *biens virtuels* dans le but de proposer les moyens pour les résoudre, ceci, afin de mieux rendre compte de la réalité.

17. Nous pouvons dès à présent faire remarquer qu'en règle générale, ce sont les développeurs de jeux en ligne qui imposent dans leurs termes et conditions du jeu le « choix » de la loi applicable en cas de conflits potentiels intervenant avec leurs utilisateurs. La majorité des développeurs sélectionnent la loi de leur siège social comme loi applicable advenant un litige²⁹. Dès lors, on peut imaginer les conséquences négatives de telles clauses pour les utilisateurs.

4. *La résolution des conflits de lois*

18. Comme le rappelle la professeure Horatia Muir-Watt : « le droit international privé est un instrument de gestion de la diversité des droits. »³⁰. Face à des situations d'extranéité ou à caractère transfrontalière, le droit international privé est l'outil nécessaire pour résoudre notamment trois types de questions : quelle est la loi applicable à une situation juridique donnée? Quel est le tribunal ou l'autorité compétente pour connaître du litige en question? Et enfin, est-ce qu'une décision déjà rendue à l'étranger relativement à ce litige pourra être reconnue par cette autorité? La première question renvoie aux conflits de lois alors que les autres se regroupent dans la catégorie des conflits de juridiction³¹. Le but de notre étude est de chercher à résoudre les conflits de loi en la matière. On a choisi de ne pas traiter des questions de compétence juridictionnelle ainsi que de l'effet des décisions étrangères, qui sont aussi des questions importantes sur le plan du droit international privé, mais qui peuvent, à elles seules, faire l'objet d'une autre thèse.

19. Puisque tout litige nécessite de pouvoir déterminer, entre autres, quelle règle sera applicable, il conviendra de se tourner vers le droit international privé classique³² et de justifier

²⁹ Par exemple, les jeux en ligne *There.com*, *Second Life*, *IMVU* sont tous basés en Californie et tous spécifient qu'en cas de litige, la loi californienne sera la seule applicable. Benjamin DURANSKE, *Virtual Law: Navigating the Legal Landscape of Virtual Worlds*, American Bar Association, 2008, p. 30.

³⁰ Dominique BUREAU et Horatia MUIR-WATT, *Droit international privé*, 3^e éd., t. 1, coll. « Thémis droit », Partie générale, Paris, Presses Universitaires de France, 2007, n° 14, p. 32.

³¹ B. DURANSKE, préc., note 29, n° 15, p. 33.

³² Voir, S. GUILLEMARD, préc., note 17, p. 5.

tout d'abord son utilité au sein du cyberspace, bien qu'on lui reproche de ne pas offrir de solution suffisamment certaine dans les cas de transfert de biens immatériels³³.

20. On fera référence à la méthode de l'analyse économique du droit (« AED ») puisque notre sujet de recherche pénètre à la fois la sphère juridique et économique et que la fonction explicative de l'analyse économique du droit est de permettre de clarifier la raison d'être et le sens des concepts³⁴. Nous utiliserons cette analyse comme un outil utile pour la qualification des différentes notions en cause et pour la détermination de la loi applicable et la résolution des conflits de lois en cause, dans le sens d'une adaptation aux réalités nouvelles³⁵. En effet, l'AED nous servira grandement pour tenter de trouver la meilleure solution en recherchant celle qui permettra de maximiser l'innovation et la créativité dans le marché des transferts d'objets virtuels. De plus, les matières traitées dans le cadre de ce sujet de thèse, notamment le droit des biens et de la propriété, se prêtent bien à l'usage de cette méthode³⁶. Enfin, l'AED permet de saisir les besoins économiques à un moment donné et d'y répondre par la création d'une règle de droit, notamment lorsque les parties ne se trouvent pas sur un pied d'égalité³⁷. Ainsi, au cours de l'histoire, le droit de propriété s'est toujours étendu à des objets nouvellement créés, pouvant prendre des formes différentes en fonction des réalités économiques de chaque objet³⁸. En effet, c'est bien une logique économique qui inspire les adaptations des règles du droit de propriété et du droit international privé à la réalité.

21. Aussi, il conviendra d'analyser les différentes règles non étatiques émises par les acteurs privés concernés. Dans ces derniers cas, on peut penser aux règles émises par les développeurs de jeux en ligne par le biais du *Contrat de Licence d'Utilisateur Final*³⁹.

³³ Louis D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, coll. «Recherche juridiques», Paris, Éditions Economica, 2006, p. 8.

³⁴ Ejan MACKAAY, « L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes », dans Bruno DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Éditions Cujas, 2002, p. 13-32.

³⁵ Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., coll. «Méthodes du droit», Montréal, Paris, Éditions Thémis, Dalloz, 2008, n° 2121, p. 591.

³⁶ Comme J-L Bergel l'a si bien énoncé : « Si l'analyse économique du droit est "une méthode qui emprunte des concepts de l'économie pour mieux comprendre le droit", le droit de propriété ne peut qu'en être la terre d'élection ». Jean-Louis BERGEL, « Une "approche" économique de la propriété en droit privé », (2008) 22 *Cahier de méthodologie juridique, l'analyse économique du droit autour d'Ejan MacKaay*, 2501.

³⁷ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, préc., note 35, n° 840.

³⁸ *Id.*, n° 839.

³⁹ Traduction de l'anglais « *End-User Licence Agreement* » (EULA). Voir, H. NSIANGANI, préc., note 19, p. 33. Par exemple, on verra plus tard que l'éditeur du jeu *Second Life* reconnaît au joueur un droit de propriété

22. Il s'agira ainsi d'analyser quelle est la règle de conflit applicable aux transferts des *biens virtuels*, ce qui revient à se demander quelle est la meilleure méthode de résolution des conflits et/ou le meilleur facteur de rattachement possible (partie 2). Puisque la qualification juridique de l'objet permet de fonder les règlements des conflits de lois sur la nature juridique de l'objet en cause⁴⁰, on tentera, avant toute chose, de résoudre le problème important en pratique de la qualification des objets virtuels à laquelle dépend l'application des règles de conflits de lois relatives à leurs transferts (partie 1).

PARTIE 1 : L'EXISTENCE D'UN DROIT DE LA « PROPRIÉTÉ VIRTUELLE »

PARTIE 2 : LA RÈGLE DE CONFLIT APPLICABLE AUX TRANSFERTS DE BIENS VIRTUELS

intellectuelle sur leur création, à l'inverse de l'éditeur de *World of Warcraft* qui se réserve tous les droits de propriétés.

⁴⁰ Horatia MUIR-WATT, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », dans Bruno DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Éditions Cujas, 2000, p. 37, à la page 43.

PARTIE 1 : L'EXISTENCE D'UN DROIT DE LA

« PROPRIÉTÉ VIRTUELLE »

“God”, Locke says, “hath given the World to Men in common.” Unfortunately for users, the operators of the virtual worlds have not been so generous.⁴¹

23. En pratique, la majorité des développeurs des mondes virtuels imposent aux utilisateurs des Contrats de licence d'utilisateurs finals (CLUFS) qui régissent les règles du jeu, mais aussi les droits qui portent sur tout le contenu du monde virtuel incluant les objets virtuels. Dans le cadre de la première partie de cette étude, il s'agit de faire abstraction de toutes relations contractuelles entre les utilisateurs et les développeurs afin de tenter de déterminer s'il peut exister une propriété sur un objet virtuel, appelée couramment « *propriété virtuelle* »⁴². Tout d'abord, il s'agira d'examiner les fondements doctrinaux relatifs à la reconnaissance de la *propriété virtuelle* (chapitre 1). Nous verrons que les acteurs des mondes virtuels et la doctrine sont partagés sur la question de savoir si la *propriété virtuelle* peut se ranger sous le couvert de la protection offerte soit par le droit de propriété classique, soit par les droits de propriété intellectuelle. Il s'agira ainsi de vérifier successivement ces deux hypothèses (chapitre 2 et 3). Avant toute chose, il convient de constater que l'environnement virtuel dans lequel se situe l'objet de nos analyses peut être nouveau et très technique pour certains de nos lecteurs, c'est pourquoi, pour permettre une bonne compréhension de la matière, il est d'abord important de présenter les caractéristiques et le fonctionnement des mondes virtuels avant de s'engager dans des démonstrations juridiques (chapitre préliminaire).

⁴¹ Steven J. HOROWITZ, «Competing Lockean Claims to Virtual Property», (2007) 20 *Harvard Journal of Law and Technology* 458. Voir, en ligne: <<http://ssrn.com/abstract=981755>> (site consulté le 27 juillet 2013).

⁴² Joshua A. T. FAIRFIELD, “Virtual Property”, (2005) 85 *Boston University Law Review* 1047, p. 1052–1064.

Chapitre préliminaire. Les différents aspects des transferts d'objets virtuels dans les mondes virtuels

24. S'il paraît évident que l'accès au monde virtuel se fait par l'utilisation d'un ordinateur, il l'est moins de connaître les aspects techniques qui sous-tendent le fonctionnement des mondes virtuels. Ainsi, avant de chercher à qualifier juridiquement l'objet virtuel, il convient de prendre connaissance de l'environnement spécifique des mondes virtuels, de par l'étude de sa définition et ses caractéristiques (section 1), et de comprendre son essence en analysant les différents aspects de son organisation et fonctionnements économiques (section 2), sociopsychologiques (section 3), et techniques (section 4). Enfin, pour avoir en main tous les outils nécessaires à une bonne compréhension des transferts d'objets virtuels, encore faut-il expliquer les méthodes technologiques de création et de transfert de ces objets dans les mondes virtuels (section 5).

Section 1. Définitions et caractéristiques des mondes virtuels

25. Les mondes virtuels sont composés principalement de trois éléments que nous tenterons ici de définir : Le monde virtuel (paragraphe 1), les objets virtuels (paragraphe 2) et les personnages virtuels nommés les « avatars » (paragraphe 3). Pour bien comprendre ces différents concepts, il s'agira de prendre l'exemple de *Second Life* comme illustration d'un monde virtuel (paragraphe 4).

26. Il s'agit dès à présent de mentionner que dans le cadre de cette étude, au niveau terminologique, il sera fait référence au monde virtuel sous l'expression « MMO ». Les individus qui jouent au monde virtuel dans le but ou non de gagner de l'argent ou de faire des transactions seront désignés : les « utilisateurs »; alors que l'entreprise chargée du développement, de la gestion et de l'opération du monde virtuel sera nommée : le « développeur »⁴³.

⁴³ Stéphane P. GILKER et Charles LUPIEN, « Le droit de propriété dans les mondes virtuels en droit civil québécois », dans *Service de la formation continue, Barreau du Québec*, vol. 311, *Développements récents en droit du divertissement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 155.

Paragraphe 1. Le monde virtuel

27. Il n'existe pas de définition unique de ce qu'est un monde virtuel (aussi appelé « univers virtuel »), notion qui peut parfois se confondre avec le cyberspace. Dans un premier temps, il convient de définir ce qu'on entend quand on parle du *virtuel* (A). Ensuite, afin de comprendre ce qu'est un monde virtuel, il s'agira de définir la notion de MMO (B), d'étudier les différents types de MMO qui existent dans la pratique (C), de relever leurs caractéristiques (D), et enfin, de mentionner les différents types d'intervenants (E) et les différents modèles d'inscription (F).

A. Définition du « virtuel »

28. Selon l'Encyclopédie française Larousse « est virtuel ce qui concerne la simulation d'un environnement réel par des images de synthèse tridimensionnelles : Réalité, monde virtuel. Images virtuelles. » Denis Berthier définit le virtuel comme « ce qui sans être réel a, avec force et de manière pleinement actuelle, donc non potentielle, les qualités comme propriétés, du réel. »⁴⁴ Cette dernière définition est intéressante à retenir dans le sens où elle fait ressortir le contenu spécifique du droit de propriété dans ce contexte. Pour plus de précision, il convient d'expliquer la différence entre virtualité et potentialité. Pour ce faire, il est intéressant de citer les propos de B. Bachimont, chercheur en informatique médicale qui a bien fait ressortir cette différence : « Le propre du virtuel est d'être présent sans être effectif : il est abstrait, inaccessible, bien que présent. [...] Le potentiel, c'est ce qui n'est pas actuel, mais qui peut le devenir à l'avenir. Alors que le virtuel est présent et demeure inaccessible, le potentiel est absent et devient actuel. »⁴⁵

⁴⁴ Denis BERTHIER, *Méditations sur le réel et le virtuel*, coll. « Impacts des nouvelles technologies », Éditions L'Harmattan, 2004.

⁴⁵ Bruno BACHIMONT, « De l'hypertexte à l'hypotexte : les parcours de la mémoire documentaire », *Technologies, Idéologies, Pratiques*, (1999) (Mémoire de la technique et techniques de la mémoire, sous la direction de Charles Lenay et Véronique Havelange), 195-225.

B. Définition des MMO

29. Plusieurs auteurs s'intéressant au monde virtuel ont tenté de le définir. Benjamin Tyson Duranske explique qu'il n'existe pas une, mais plusieurs définitions de ce qu'est un monde virtuel :

« *If you ask ten people who participate in virtual worlds to tell you what a virtual world is, you will get ten different answers. The lawyer with an office in a virtual world will tell you virtual worlds are tools that let him stay in touch with high-tech clients. The CEO of a brick-and-mortar company trying to find a foothold in the virtual space will say virtual worlds are the new World Wide Web and will cite Gartner's prediction that eighty percent of all Internet users will have a presence in a virtual world by 2011.(...). A college-age game player will tell you that she uses virtual worlds to do "real money" transactions for virtual goods. Each description reveals a different experience, and each experience raises serious legal questions in the emerging field of virtual law.* »⁴⁶ (Les italiques et les caractères gras ont été rajoutés par nos soins.)

30. Edward Castronova⁴⁷, professeur à l'*Indiana University Bloomington* et connu pour ses recherches et multiples publications relatives aux aspects économiques dans les mondes virtuels, définit les mondes virtuels, qu'il appelle « *synthetic worlds* », comme « des lieux façonnés au sein d'ordinateurs, qui sont conçus de manière à accueillir un grand nombre de personnes »⁴⁸. Ajoutons que ces personnes sont représentées, dans la plupart des mondes virtuels, par des avatars⁴⁹ ayant la capacité de s'y déplacer et d'y interagir et que le *monde virtuel* est un monde créé artificiellement par un logiciel informatique. Il convient de préciser que les mondes virtuels ne sont pas de simples jeux vidéo. Ils sont une combinaison de jeux vidéo et de média sociaux⁵⁰. En effet, dans les mondes virtuels, les utilisateurs/joueurs communiquent véritablement entre eux par le clavardage à l'aide du clavier ou par la voix à l'aide d'un micro. Ce qui est

⁴⁶ B. Duranske est écrivain et avocat pratiquant dans le domaine de la propriété intellectuelle. Il a créé le site internet <<http://virtuallyblind.com>>. Cette citation provient du premier chapitre de son récent livre: B. DURANSKE, préc., note 29.

⁴⁷ Edward CASTRONOVA, *Synthetic Worlds : the Business and Culture of Online Games*, Chicago, London, The University of Chicago Press, 2005.

⁴⁸ *Id.*, p. 44. Traduit de l'anglais par nos soins: « *synthetic worlds : crafted places inside computers that are designed to accomodate large numbers of people.*»

⁴⁹ Mark W. BELL, «Toward a Definition of "Virtual Worlds"», (2008) 1-1 *Journal of Virtual Worlds Research*, p. 2, en ligne: < <http://journals.tdl.org/jvwr/index.php/jvwr/article/view/283/237>> (site consulté le 4 juin 2013).

⁵⁰ K. W. SAUNDERS, préc., note 13, p. 175.

particulièrement unique dans certains mondes virtuels c'est que les utilisateurs peuvent créer leur propre environnement en ligne.

C. Les différents types de MMO

31. Un monde virtuel peut être de nature sociale, économique, onirique⁵¹, artistique, ludique⁵² ou technologique. Toutefois, pour notre part, nous nous limiterons seulement à l'étude de ceux de types économiques, sociaux ou encore ludiques, qui sont les plus populaires et intéressent le monde juridique puisqu'ils permettent les transferts de biens virtuels.

32. Historiquement, les jeux vidéo⁵³ en ligne, apparus dans les années 90, sont les ancêtres des mondes virtuels, puisqu'ils permettaient aux utilisateurs d'explorer les mondes virtuels en trois dimensions (3D) grâce à un support informatique, le but étant principalement de jouer seul ou en petit groupe. Dans le début des années 2000, l'avancée de la technologie avec l'avènement de la connexion ADSL, permettant un transfert de données plus important et plus rapide, a permis la création de jeux en ligne « massivement multijoueurs » (« MMO »). Les MMOs se jouent sur internet en réseaux et font participer un grand nombre de joueurs simultanément. Ils ont également comme caractéristique principale d'être « persistant » c'est-à-dire que l'univers du jeu continue d'évoluer tout le temps, que le joueur soit connecté ou non au jeu⁵⁴. Nous reviendrons sur leurs caractéristiques, mais pour le moment il convient de préciser les différentes catégories de MMO existantes afin d'en choisir une pour référence et exemple futur. Plusieurs catégories de jeux sont à distinguer parmi les MMO : les MMOFPS (*Massively Multiplayer Online First Person Shooter*) désignant des jeux de tirs⁵⁵; les MMORTS (*Massively*

⁵¹ Un monde qui a rapport aux rêves. Voir, en ligne: <http://www.granddictionnaire.com/BTML/FRA/r_Motclef/index800_1.asp> (site consulté le 4 juin 2013).

⁵² Définition du mot « ludique » : « Relatif au jeu, qui en a les caractères », *Grand dictionnaire terminologique*, office québécois de la langue française, en ligne : <<http://www.granddictionnaire.com/>> (site consulté le 4 juin 2013).

⁵³ Définition du « jeu vidéo » selon l'Office québécois de la langue française: « œuvre audiovisuelle interactive et ludique dont le contenu est programmé et diffusé sur un support de stockage qui en permet l'affichage sur un écran, où le joueur contrôle l'action qui s'y déroule, à l'aide d'un périphérique de jeu, dans un but de divertissement ou de compétition », en ligne: <http://www.granddictionnaire.com/BTML/FRA/r_Motclef/index800_1.asp> (site consulté le 4 juin 2013).

⁵⁴ *Infra*, n°35.

⁵⁵ On retrouve ainsi des jeux comme *Planetsid*, en ligne : <<http://www.jeuxonline.info/jeu/Planetside>> (site consulté le 24 mai 2012), *Medal of Honor* ou encore *Warface*.

Multiplayer Online tome un *Real-Time Strategy*) regroupant les jeux de stratégie⁵⁶ et les MMORPG (*Massively Multiplayer Online Role Playing Game*) qui regroupent les jeux de rôle⁵⁷. Cette dernière catégorie, le RPG, est le MMO le plus populaire. En effet, le montant des inscriptions seulement pour les jeux de rôle représentait 1.4 milliard de dollars US en 2008⁵⁸ et devrait atteindre les 2 milliards de dollars en 2013. À titre d'exemple, un des MMORPG les plus connus, *World of Warcraft*, regroupait 10 millions de joueurs en 2012⁵⁹. Dans les MMORPG, le joueur prend le rôle d'un caractère ou personnage appelé « avatar » et dirige la plupart de ses actions à l'aide de sa souris, de son clavier ou maintenant de son écran tactile.

33. Il est important de distinguer les MMOs avec et sans *script*⁶⁰, car les règles de jeu, les conditions d'utilisations, les méthodes de commercialisation des objets virtuels et les conséquences juridiques ne seront pas les mêmes selon le monde virtuel où l'on se trouve.

Les MMOs avec *script*, dits « fermés », sont les plus populaires et sont majoritairement des mondes fantastiques comme *Everquest*, *The Sims online*. Il existe des mondes médiévaux comme *World of Warcraft*⁶¹, qui est le plus populaire, ou des mondes futuristes, fortement inspirés de l'univers cinématographique, plus précisément de la science-fiction comme *Entropia Universe*. L'essentiel du contenu du jeu comme les objectifs spécifiques à atteindre par les joueurs est ici créé par le développeur du monde virtuel. La mécanique de jeu est principalement basée sur la progression de l'avatar à travers les niveaux de jeu et les objectifs à accomplir à chaque niveau. Dans les MMOs avec script, les développeurs ne laissent pas de place à la créativité des utilisateurs. Le produit des créations étant prédéfini par le code du jeu⁶².

⁵⁶ Où l'on retrouve des jeux très populaires tels que *Travian*, *Grepolis*; Liste non-exhaustive des jeux entrant dans cette catégorie, en ligne : <<http://www.2001jeux.com/jeux-de-strategie.html>> (site consulté le 24 mai 2012).

⁵⁷ On retrouve dans cette catégorie de nombreux jeux tels que *World of Warcraft*, ou encore *Second Life* (bien que son format soit différent des MMORPG traditionnels). Liste non-exhaustive des MMORPG, en ligne : <http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_massively_multiplayer_online_role-playing_games> (site consulté le 24 mai 2012). Voir, E. CASTRONOVA, préc., note 47, p. 107-109.

⁵⁸ En ligne : <<http://www.webcitation.org/5mHRYdUkd>> (site consulté le 24 mai 2012).

⁵⁹ En ligne : <<http://investor.activision.com/releasedetail.cfm?ReleaseID=647732>> (site consulté le 24 mai 2012).

⁶⁰ Définition informatique du terme « Script » par l'Office québécois de la langue française: « Série d'instructions servant à accomplir une tâche particulière ». En ligne : <http://www.granddictionnaire.com/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8367275> (site consulté le 4 juin 2013).

⁶¹ *World of Warcraft* créé par le concepteur américain Chris Metzen de la société *Blizzard*, commercialisé le 11 février 2005, est rapidement devenu un des MMORPG les plus fréquentés. Il est le premier jeu de ce type à dépasser les dix millions de joueurs réguliers. En ligne : <<http://www.mmodata.net/>> (site consulté le 4 juin 2013).

⁶² J. Parisel et R. Quintin donnent l'exemple suivant: « pour produire une épée ou un pistolet laser donné, il faudra assembler tel type de métal en telle quantité trouvable à tel endroit dans l'univers, combiné à telle huile magique

Au contraire, dans les MMOs sans *script* dit « ouvert », le contenu du jeu repose essentiellement sur les utilisateurs, ce sont eux qui participent à sa création. Ces mondes virtuels sont dits « sociaux » ou « ouverts ». Ils sont axés sur la création, les échanges et les contacts sociaux entre les utilisateurs. Également, ces mondes virtuels génèrent une véritable économie avec leur propre monnaie et la possibilité de faire des transactions entre utilisateurs ou entre l'utilisateur et le développeur. C'est le cas de *Second Life* qui est le plus connu, car c'est un monde virtuel reproduisant les mêmes caractéristiques que le monde réel⁶³. Il existe d'autres mondes virtuels de ce type qui sont moins connus que *Second Life*, mais fonctionnent très bien, par exemple, *Blue Mars*⁶⁴, *Gojiyo*⁶⁵, *InWorldz*⁶⁶ (etc.). À l'heure actuelle, cette dernière catégorie de monde persistant fait l'objet de plusieurs recherches scientifiques, juridiques, économiques et sociales, dans la mesure où elle fait plutôt figure d'espace virtuel de socialisation, de création, de publicité, de transaction et même d'éducation. En effet, les mondes virtuels comme *Second Life* sont perçus comme des jeux, mais aussi des réseaux sociaux⁶⁷. Pour toutes ces raisons, on a décidé de prendre majoritairement *Second Life* à titre d'exemple de monde virtuel dans le cadre de notre étude. Il convient également de préciser qu'il existe de plus en plus de jeux communautaires en ligne appelés « jeux sociaux » qui sont des jeux gratuits offerts sur les réseaux sociaux et empruntant les caractéristiques des MMOs pour ce qui est de la dimension communautaire et des transactions de biens virtuels, mais qui ont l'avantage de fournir une « communauté de joueurs » au commencement du jeu puisqu'il s'agit de son groupe d'amis. En outre, il n'est pas nécessaire de trouver des horaires en commun pour jouer à plusieurs du fait de la mécanique asynchrone du jeu⁶⁸.

34. Précisons que les MMOs peuvent se jouer aussi bien sur un ordinateur personnel que sur une console de jeu et que certains MMOs sont offerts sur un site dédié alors que d'autres peuvent être accessibles via une plateforme de réseau social comme *Facebook*. Avec les multiples

trouvée sur tel type de monstre.» Jérémie PARISEL et Rémi QUINTIN, «Le statut des biens dans les mondes virtuels», (2010) 40 *Revue du droit des technologies de l'information* 15, 17.

⁶³ *Second Life* fait partie des plus célèbres MMO soit les « MMO Role-playing game » (MMORPG). Voir, en ligne: <<http://en.wikipedia.org/wiki/MMO>> (site consulté le 4 juin 2013).

⁶⁴ En ligne: <<http://www.bluemars.com/>> (site consulté le 24 novembre 2014).

⁶⁵ En ligne: <<http://www.gojiyo.com/>> (site consulté le 24 novembre 2014).

⁶⁶ En ligne: <<http://inworldz.com/>> (site consulté le 24 novembre 2014).

⁶⁷ En ligne: <http://fr.wikipedia.org/wiki/Second_Life> (site consulté le 4 juin 2013).

⁶⁸ Exemples de jeux sociaux sur Facebook: The Sims Social, FarmVille (etc.).

plateformes d'accès aux MMOs existantes et à venir, le nombre de MMO offert sur le marché ne peut qu'augmenter⁶⁹.

D. Les caractéristiques des MMOs

35. Ces différentes catégories de mondes virtuels de type MMO ont toutefois toutes en commun les caractéristiques suivantes : la *collaboration*, la *persistance* et l'*exclusivité*⁷⁰.

La *collaboration* est une caractéristique importante des mondes virtuels en ce qu'elle permet une interaction en « temps réel » entre des milliers d'utilisateurs pouvant se trouver n'importe où sur la planète par le biais d'un réseau informatique ayant accès à Internet mis en place par un opérateur. Cette interaction simultanée entre les utilisateurs se fait soit par l'écriture via le système de *chat* ou par la voix via le système microaudio.

La deuxième caractéristique essentielle des mondes virtuels est la *persistance*, en ce sens que les mondes virtuels sont aussi souvent appelés les « mondes persistants », la raison étant que le monde virtuel existe en tout temps et évolue constamment. Donc, si un utilisateur décide de se déconnecter pour un bref ou long moment, son avatar et les objets virtuels attachés à son avatar comme ses vêtements ou accessoires disparaissent de l'écran, ils ne sont plus visibles dans le monde virtuel, on les appelle les objets virtuels « privés ». Cependant, les objets virtuels qu'il a créé et qui ne sont pas attachés à son avatar, par exemple un « immeuble virtuel », resteront visibles des autres utilisateurs, ce sont les objets virtuels dits « publics ». Le monde évolue ainsi par l'interaction et les créations d'objets virtuels des autres utilisateurs.

Enfin, l'*exclusivité* signifie que l'utilisateur exerce un contrôle virtuel « exclusif »⁷¹ sur les objets virtuels qu'il crée ou qu'il acquiert à partir du logiciel mis en ligne par le développeur. Ainsi, les autres utilisateurs ne pourront pas exercer un contrôle (utiliser, transférer, détruire ou même reproduire) sur l'objet virtuel d'un autre utilisateur sauf dans les cas de manœuvres frauduleuses. Généralement, le développeur rédige méticuleusement les conditions d'utilisation ou les « règles » du monde virtuel pour gagner la confiance des utilisateurs. On est d'accord avec Stéphane Gilker et Charles Lupien pour affirmer que l'exclusivité permet donc « de

⁶⁹ Voir, en ligne : <http://en.wikipedia.org/wiki/Massively_multiplayer_online_game> (site consulté le 4 juin 2013).

⁷⁰ E. CASTRONOVA, préc., note 47, p. 80-99.

⁷¹ S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43, p. 172.

conférer aux objets virtuels une “valeur” proportionnelle à leur “rareté” dans le monde virtuel, rareté, qui à son tour, confère aux mondes virtuels un attrait dont l’importance ne doit pas être sous-estimée. »⁷²

36. Ces mondes virtuels de nouvelles générations sont très fréquentés par les adultes et de plus en plus par les enfants, leur offrant une petite échappatoire virtuelle à la vie réelle en leur permettant d’être quelqu’un d’autre le temps d’un jeu et d’interagir avec d’autres personnes. Aussi, ces mondes persistants sont actuellement un espace très exploité par les grandes entreprises, en tant que canal de communication, d’une part, et d’espace d’interaction avec le grand public, d’autre part. De plus, les aspects économiques existants au sein de ces derniers sont parfois liés à l’économie réelle. À titre d’illustration, plusieurs entreprises ont ouvert leurs boutiques virtuelles au sein de *Second Life* afin de promouvoir leurs marques et produits. Les grandes universités américaines y dispensent des cours en ligne et depuis quelques années, par l’intermédiaire de ces mondes virtuels, les utilisateurs se transfèrent par le moyen de vente, d’échange ou de louage, des objets virtuels.

E. *Les différents intervenants*

37. Il ne s’agit pas ici de répertorier chaque personne qui intervient dans la mise en œuvre d’un MMO, car ils sont souvent très nombreux selon la complexité du jeu. Nous allons donc traiter et de définir seulement des intervenants qui nous intéressent pour le rôle qu’ils occupent dans le transfert de biens virtuels. Le développeur de jeux, les utilisateurs et les entreprises commerciales et de courtages jouent un rôle prépondérant dans ce domaine :

— *Le développeur ou le concepteur de jeu* (ci-après nommé « le développeur ») : il est la personne ou plus généralement l’entreprise qui crée les jeux vidéo en rassemblant plusieurs domaines de compétences comme le *game design*, la scénarisation, la programmation, l’infographie, la musique assistée par ordinateur. C’est aussi lui qui définit les objectifs du jeu, ses termes et conditions (etc.)⁷³. Souvent il arrive que le développeur soit aussi le développeur du monde virtuel. Il est important de garder à l’esprit dès maintenant que le développeur fournit

⁷² *Id.* Voir aussi, E. CASTRONOVA, préc., note 47, p. 115.

⁷³ En ligne: <http://fr.wikipedia.org/wiki/D%C3%A9veloppeur_de_jeux_vid%C3%A9o> (site consulté le 4 juin 2012).

aux utilisateurs la plateforme (le monde virtuel) sur laquelle va se créer et se transiger les objets virtuels⁷⁴.

— *L'opérateur du monde virtuel* (ci-après nommé l'« opérateur ») : L'opérateur est l'entreprise responsable de la gestion et de l'opération du monde virtuel d'un point de vue technique. Il héberge le monde virtuel en fournissant les serveurs ainsi que les connexions. Il peut aussi être le développeur du jeu. Dans le cadre de cette étude, nous allons prétendre que le développeur est aussi l'opérateur du monde virtuel, sauf si nous précisons autrement dans le développement.

— *Le fournisseur d'accès internet* (ci-après nommé « FAI ») : Il donne accès au réseau, notamment internet. Un fournisseur d'accès peut aussi être un opérateur et un développeur. Par exemple, en France le fournisseur d'accès internet *Free*⁷⁵, à travers son nouveau modem « *Freebox Revolution* » est devenu l'opérateur exclusif d'un *MMORPG*, *Order and Chaos Online*, où seuls les utilisateurs de *Free* peuvent jouer en ligne. Dans cet exemple, le fournisseur d'accès est donc partie prenante dans le MMO⁷⁶.

— *L'utilisateur* : C'est l'individu (réel) qui participe au monde virtuel. Il peut avoir plusieurs activités au sein du monde virtuel. Il peut être joueur ou non-joueur. En agissant comme joueur, il a la possibilité d'échanger, de vendre ou d'acheter des objets virtuels, mais son but principal est de jouer contre d'autres joueurs ou contre l'environnement virtuel et dans ce cas, une collaboration se forme entre les joueurs pour affronter l'environnement ou des créatures contrôlés par l'ordinateur. Il existe aussi des formes de jeux de groupe entre joueurs de faction ou de royaumes adverses, on parle alors de jeu « Royaume contre Royaume ». En ce qui concerne l'utilisateur non-joueur, ce dernier participe au monde virtuel dans le seul but de vendre ou d'acheter des objets virtuels, effectuer des échanges automatiques avec des joueurs ou encore proposer des quêtes⁷⁷. Certaines personnes ont même pour seule activité

⁷⁴ Steven B. DAVIS, « *Why Cheating Matters: Cheating, Game Security, and the Future of Global On-line Gaming Business* », en ligne: <<http://www.docstoc.com/docs/130585991/Game-Developers-Conference-Proposal>> (site consulté le 4 juin 2012).

⁷⁵ En ligne: <<http://www.free.fr/adsl/index.html>> (site consulté le 4 juin 2013).

⁷⁶ En ligne: <<http://www.numerama.com/f/116660-t-un-mmorpg-concu-pour-la-freebox-revolution.html>> (site consulté le 5 juin 2012).

⁷⁷ En ligne : <<http://fr.wikipedia.org/wiki/MMORPG>> (site consulté le 4 juin 2013).

professionnelle la vente d'objets virtuels dans les mondes virtuels et y gagnent beaucoup d'argent⁷⁸.

— *L'entreprise commerciale* : Le monde virtuel tend à devenir un support de communication de plus en plus prisé par les annonceurs⁷⁹. En effet, on retrouve de nombreuses entreprises commerciales qui sont présentes sous plusieurs formes dans les mondes virtuels dans le but de promouvoir leurs produits ou leurs services. Certains mondes virtuels sont même devenus un véritable espace de marketing. *Second Life* est le meilleur exemple à ce jour puisque plusieurs entreprises y ont ouvert des magasins virtuels pour faire la promotion de leurs produits réels et/ou virtuels et pour les vendre. En effet, les objets virtuels s'achètent directement dans *Second Life* et servent comme accessoire à votre avatar et les produits réels s'achètent à travers le site internet boutique de l'entreprise vers lequel on est redirigé par un simple clic sur la représentation du produit dans la boutique virtuelle. Les marques bien connues *American Apparel*, *Jean-Paul Gaultier*, *Telus*, *Adidas* (etc.) ont ouvert des boutiques dans *Second Life*. *L'Oréal* et *Lacoste* ont organisé des défilés de mode, leurs créations ont habillé des avatars. *Lacoste* a même alloué la somme de 1 million de *Linden dollars* au gagnant du défilé. Pour un autre exemple, *IBM* vend ses produits en ligne par le biais de *Second Life*.⁸⁰ On peut donc affirmer que *Second Life* est devenue une plateforme d'échange économique importante.

— *Les entreprises de courtage* : Ces entreprises agissent à titre d'intermédiaire et permettent aux utilisateurs de vendre les biens virtuels qu'ils ont créés ou acquis dans un ou plusieurs mondes virtuels. C'est le cas notamment d'*eBay* et de *Playerauction*. Nous reviendrons sur ces deux exemples lorsqu'il s'agira d'expliquer que les transferts d'objet virtuels sont en fait des transferts de valeur sur le marché économique⁸¹.

⁷⁸ Exemple de l'affaire *Blacksnow*, préc., note 4 et 5. Pour citer un autre exemple, Julian Dibell a quitté son emploi, il a écrit plusieurs ouvrages dont un particulièrement intéressant sur la façon de faire de l'argent dans les mondes virtuels. Voir, Julian DIBELL, *Play Money: Or, How I Quit My Day Job and Made Millions Trading Virtual Loot*, 1^{ère} éd., New York, Basic Books, 2006. Pour un exemple sur *Second Life*, Jenna Bagwell a quitté son ancien emploi pour se concentrer sur son nouveau plan d'affaire: la vente d'objets virtuels dans *Second Life*. Elle gagne maintenant environ 100 000 dollars US par an. Pour accéder à son entrevue en ligne, aller sur: <<http://www.entrepreneurs-journey.com/9255/how-jenna-bagwell-makes-100000-selling-virtual-goods-in-second-life/>> (site consulté le 4 juin 2013).

⁷⁹ Grégory JEANDOT, *La publicité à l'ère numérique*, mémoire de thèse (Master II), Publicité et Marketing, IICP, *Memoire Online*, 2007. Voir, en ligne : <http://www.memoireonline.com/01/10/3130/m_La-publicite-a-l-ere-du-numerique1.html> (site consulté le 4 juin 2013).

⁸⁰ En ligne: <<http://www.france3d.org/France3D-Business>> (site consulté le 4 juin 2012).

⁸¹ *Infra*, n° 296 et suiv.

— *Les entreprises de transfert d'argent en ligne* : Lorsqu'un utilisateur décide d'acheter un objet virtuel, il doit transférer de l'argent de son compte en banque ou *PayPal*⁸² vers son compte de jeu et convertir son argent dans la monnaie virtuelle en cours dans le jeu. Lorsque l'utilisateur fait des profits en monnaie virtuelle en vendant des objets virtuels ou des services à d'autres utilisateurs, il pourra convertir cet argent virtuel en monnaie réelle sur le site du jeu *via* une entreprise de transfert d'argent comme *PayPal* qui est le plus couramment utilisé dans les sites de jeu en ligne.

F. *Les différents modèles d'inscription*

38. Il existe plusieurs types d'inscriptions et de frais associés selon les mondes virtuels : les inscriptions entièrement gratuites (appelé le « *Free-to-play* »), les inscriptions gratuites avec possibilité d'achat de compte premium (avantages supplémentaires) et les inscriptions payantes :

— *Les inscriptions gratuites* (« *Free-to-play* ») : Il s'agit des cas où le joueur peut jouer gratuitement, mais ne dispose pas de toutes les composantes ou options du jeu. Le jeu est généralement financé par la publicité et/ou les revenus associés aux comptes *premiums* et/ou aux options de jeu à acheter dans le jeu.

— *Les inscriptions gratuites avec achat de compte Premium* (ou « *Freemium* »⁸³) : Cette catégorie d'inscription fournit gratuitement le jeu avec ses caractéristiques simplifiées et l'utilisateur peut opter pour l'inscription payante au compte premium qui offre les caractéristiques avancées du jeu. L'inscription à *Second Life* se déroule de cette façon⁸⁴. Une autre forme d'inscription proche du *Freemium* existe. Elle permet d'acheter directement des *options*⁸⁵ dans le jeu, mais sans avoir à payer mensuellement pour un compte Premium. Pour

⁸² En ligne : <https://www.paypal.com/ca/cgi-bin/webscr?cmd=_home&country_lang.x=true> (site consulté le 4 juin 2013).

⁸³ En ligne : <<http://en.wikipedia.org/wiki/Freemium>> (site consulté le 25 mai 2012).

⁸⁴ Il est possible d'opter pour le profil *free-to-play* ou de payer 6 dollar US par mois pour avoir le compte Premium. Ce dernier permet de recevoir en bonus une maison *3D* qu'on peut décorer et où l'on dispose de plusieurs autres options dans le jeu.

⁸⁵ Par exemple, dans *Second Life*, il existe des « options » pour devenir propriétaire d'un terrain ou encore acheter et vendre des *Linden* dollars.

donner un exemple, dans le jeu connu *Travian*⁸⁶ (*MMORTS*), il est possible d'acheter de l'or virtuel pour acquérir des objets virtuels ou des options dans le jeu. Aussi, le jeu *Runes of Magic*⁸⁷ est un exemple parmi tant d'autres⁸⁸ de jeu gratuit avec possibilité d'acheter des options.

— *Les inscriptions payantes* : On retrouve souvent des stratégies de marketing dans lesquelles un joueur achète le logiciel de jeu à bas prix lui donnant un ou plusieurs mois gratuits d'abonnement, mais le principe pour de nombreux jeux est une inscription payante à forfait mensuel. C'est le cas pour des jeux très populaires comme *Everquest*⁸⁹, *Warhammer Online*⁹⁰, *Aion : The Tower of Eternity*⁹¹, (et.). D'autres jeux, comme le fameux jeu *World of Warcraft*⁹², proposent deux types d'abonnement, un abonnement annuel payant qui inclut l'accès gratuit à un autre jeu normalement payant ou un abonnement mensuel, à noter que les types d'abonnement varient en fonction des types de serveurs ou plateformes de jeux.

Enfin, il s'est créé récemment d'autres versions de MMO, qui proposent de ne payer ni l'exemplaire physique, ni l'abonnement, mais seulement les objets virtuels. Il s'agit par exemple du jeu *Farmville* que l'on retrouve sur le réseau social *Facebook*.

Paragraphe 2. La forme des objets virtuels et leurs utilisations dans les mondes virtuels

39. Il ne s'agit pas de définir juridiquement l'objet virtuel dans ce chapitre préliminaire, mais plutôt de présenter d'une façon descriptive ce qu'est un objet virtuel. L'encyclopédie Larousse énonce qu'un objet virtuel dans sa forme « est un objet dont les différents points se trouvent sur le prolongement des rayons incidents dans un système optique, et qui n'ont pas de réalité matérielle ». Ils peuvent être représentés en *2D* ou *3D* dans les univers virtuels. Les objets virtuels sont ainsi une représentation graphique du code informatique interprété par l'ordinateur.

⁸⁶ En ligne: <<http://www.travian.fr>> (site consulté le 4 juin 2013).

⁸⁷ En ligne: <<http://us.runesofmagic.com/us/>> (site consulté le 4 juin 2013).

⁸⁸ Pour des exemples de jeu, voir la liste des jeux *Free-to-play*, en ligne: <<http://www.freemmorpglist.com/>> (site consulté le 4 juin 2013).

⁸⁹ En ligne: <<http://www.everquest2.com/>> (site consulté le 4 juin 2013).

⁹⁰ En ligne: <<http://warhammeronline.com/>> (site consulté le 4 juin 2013).

⁹¹ En ligne: <www.aiononline.com> (site consulté le 4 juin 2013).

⁹² En ligne: <<http://us.battle.net/wow/en/>> (site consulté le 4 juin 2013). L'accès est dans ce cas gratuit pour entrer dans le jeu *Diablo* normalement payant (ventes liées). Un abonnement annuel de 150 dollars US qui inclut l'accès gratuit à un autre jeu ou un abonnement mensuel de 16 dollars US, en ligne :

<<http://eu.battle.net/wow/fr/forum/topic/2868627976>> (site consulté le 4 juin 2013).

Selon le développeur du monde virtuel *Entropia Universe*, les objets virtuels peuvent prendre plusieurs formes au sein des mondes virtuels :

*« Virtual items are fictional in-world graphical objects with a predefined set of parameters in Entropia Universe and will often have names similar or identical to corresponding physical categories such as "people", "real estate", "possessions", "currency", "cloths" and the names of specific items in those categories such as "house", "rifle", "tools", "armor", "coat", "money" etc. (« Virtual Items »). »*⁹³

Les objets virtuels peuvent être créés par les utilisateurs eux même grâce à un logiciel mis en place par l'opérateur ou par le développeur lui-même. Il existe différents types d'objets virtuels comme des accessoires pour personnaliser un avatar, des « faveurs » ou options pour progresser plus vite dans un jeu, des cadeaux à s'échanger qui, bien que n'ayant aucune existence matérielle, s'achètent avec de l'argent bien réel⁹⁴. En effet, une fois l'objet virtuel créé par l'utilisateur, ce dernier exerce un certain contrôle sur son objet. Il pourra s'en servir par l'intermédiaire de son avatar ou le transférer à un autre utilisateur en lui donnant comme cadeau ou en lui vendant par une transaction monétaire à l'intérieur ou à l'extérieur du monde virtuel, s'il lui est permis de le faire par les termes et conditions du monde virtuel, encore que les conditions des développeurs sont rarement respectées par les utilisateurs. Il existe donc un véritable marché de transferts d'objets virtuel.

Paragraphe 3. Définition d'un avatar

40. Les avatars sont des objets virtuels très répandus puisque c'est à travers eux que les utilisateurs sont représentés dans les mondes virtuels. Ils forment la « communauté » du monde virtuel. Lors de la première visite dans le monde virtuel, l'utilisateur doit créer son avatar.

41. Un « avatar » est un personnage créé à l'aide d'un logiciel par l'utilisateur pour le représenter dans le monde virtuel. L'avatar peut se réduire à un portrait, comme sur un forum ou encore être un véritable acteur interactif en 3D, contrôlé par l'utilisateur dans les mondes

⁹³ Contrat de Licence d'utilisateur final (CLUF) du monde virtuel *Entropia Universe*, article 4.1 par. 3, en ligne : <<http://legal.entropiauniverse.com/legal/eula.xml>> (site consulté le 17 novembre 2012).

⁹⁴ Coralie CATHELINAIS, "Facebook adopte la solution d'achat de biens virtuels de Paypal", (2010), en ligne: <<http://www.01net.com/editorial/522976/facebook-adopte-la-solution-d-achat-de-biens-virtuels-de-paypal/>> (site consulté le 9 janvier 2013).

virtuels multijoueurs (« MMO »). Les utilisateurs prennent généralement beaucoup de temps pour personnaliser l'apparence de leurs avatars, car il est particulièrement important dans les mondes virtuels de se distinguer de la masse. Certains essaient de se représenter dans le monde virtuel tel qu'ils sont réellement dans le monde réel alors que d'autres sont plus imaginatifs et fantaisistes.

42. L'utilisateur peut amasser des objets virtuels grâce à son avatar, par exemple, lors d'une quête en récupérant des pièces virtuelles qu'un monstre virtuel laissera échapper s'il lui donne la mort comme dans le célèbre jeu en ligne *World of Warcraft* (WoW). Il peut également échanger des objets virtuels contre de l'argent ou non avec un autre avatar de « main à main » à l'intérieur du jeu.

Paragraphe 4. Illustration d'un monde virtuel – l'exemple de Second Life

43. Précisons tout d'abord que *Second Life* est un monde virtuel qui « n'est pas un jeu »⁹⁵. En effet, la plupart des jeux ont une structure bien définie et essayent en particulier de construire une métaphore ou un thème avec des objectifs de jeux prédéterminés. Le monde a donc déjà été soigneusement construit par l'opérateur pour ne pas rompre cette métaphore comme dans *World of Warcraft*. Au contraire, dans le monde virtuel *Second Life*, la seule chose que l'opérateur fournit aux utilisateurs c'est la plateforme de création, le terrain et les outils. Il n'y a pas de métaphore, pas de mission, de quête ou de chemin prédéterminé. Les utilisateurs donnent libre cours à leur imagination pour créer des paysages, des villes, des habits, des meubles, finalement n'importe quel objet virtuel⁹⁶. Les MMOs et *Second Life* partagent un même aspect visuel et l'opportunité de socialiser avec d'autres personnes. Au-delà de ça, ils sont très différents.

44. *Second Life* est un monde virtuel lancé en 1999 par *Linden Lab*, une société de divertissement digital localisée à San Francisco pour permettre aux utilisateurs de créer, socialiser, partager, échanger et avoir du plaisir⁹⁷. *Second Life* est défini sur la première page de son site en ligne comme suit : « *Second Life* est une communauté entièrement créée par ses

⁹⁵ Robin HARPER, Vice-Présidente du Marketing de *Linden Labs*, entrevue par Wodden au Digiworld Summit 2007, Montpellier, France. En ligne: <<http://www.mondespersistants.com/articles/Rencontre-avec-Robin-Harper-de-Linden-Labs:276/>> (site consulté le 4 juin 2013).

⁹⁶ H. NSIANGANI, préc., note 19, p. 4. En ligne: <http://www.memoireonline.com/11/08/1618/m_La-propriete-dans-lunivers-virtuel11.html> (site consulté le 4 juin 2013).

⁹⁷ En ligne: <<http://lindenlab.com/about>> (site consulté le 4 juin 2013).

résidents. Rejoignez le monde virtuel en 3D le plus grand d'internet! »⁹⁸ La création et le partage du contenu de *Second Life* sont confiés aux utilisateurs appelés dans le cadre de ce monde des « résidents ». Il s'agit d'un *chat* virtuel dans lequel des individus, représentés par leur image numérique appelée « avatar », dialoguent, créent et échangent dans une reconstitution en 3D du monde réel ou dans un monde imaginaire créé par eux. C'est ce qu'on appelle un « monde persistant »⁹⁹.

45. Ce qui a attiré particulièrement notre attention c'est le fait que la compagnie *Linden Lab* est une des premières à avoir créé la monnaie virtuelle et un marché boursier avec *Second Life* dans lequel des millions d'utilisateurs créent, achètent et vendent avec de la monnaie réelle. *Second Life* génère ainsi des profits à travers le globe¹⁰⁰. En effet, *Second Life* est devenue en quelques années un véritable phénomène de société. Le fait que le coût de production de la création des objets virtuels soit faible encourage les talents de créateurs. Ce qui se vend bien dans *Second Life*, ce sont les objets virtuels, les plateformes de présentation des objets virtuels, le service de design des produits, la publicité et les cours en ligne. Par exemple, plusieurs universités américaines comme *Stanford* et *Harvard* ont un campus sur *Second Life* et offrent même des cours de droit. De plus en plus de grandes entreprises comme *Telus*, *Dell*, *Adidas* et *American Apparel*¹⁰¹ ont des magasins dans *Second Life*¹⁰²; des musées y présentent des œuvres; et surtout, des individus s'y rencontrent par l'intermédiaire d'un avatar pour y faire ce qu'on fait dans le monde réel et surtout pour gagner de l'argent.

46. L'accès à *Second Life* est gratuit sauf si l'on décide de souscrire à un compte premium pour obtenir une foule d'avantages. Les revenus de la société proviennent essentiellement de la

⁹⁸ En ligne : <<http://secondlife.com/?lang=fr-FR>> (site consulté le 4 juin 2013).

⁹⁹ On emploie l'expression de « monde persistant » pour désigner les jeux en ligne dans lesquels les joueurs sont eux-mêmes auteurs du scénario du jeu. Ce dernier est en évolution de façon perpétuelle. La permanence des jeux MMO est assurée par le serveur de jeu qui peut regrouper au moins des centaines de milliers de joueurs connectés simultanément et qui interagissent via des messages ou des actions instantanés. Voir, P. V. D. BULCK, préc., note 760.

¹⁰⁰ En ligne : <<http://lindenlab.com/about>> (site consulté le 4 juin 2013).

¹⁰¹ Ils y vendent respectivement des cellulaires, des chaussures et des habits pour les avatars.

¹⁰² Pour d'autres exemples dans *Second Life* : La Suède y a installé une ambassade, *IBM* y a réuni ses salariés, *l'Oréal Paris* y a ouvert une succursale; les partis politiques y défendent leurs idées, par exemple, le président Obama y a tenu sa campagne électorale. Voir, en ligne : <<http://www.youtube.com/watch?v=gBHikzs7DWM>> (site consulté le 4 juin 2013).

vente de « terrains » virtuels¹⁰³. Il est donc possible, par exemple, d'y acheter des « terrains » et d'y construire des « maisons » puis de les louer aux autres membres. La monnaie utilisée est le *Linden dollar*, monnaie virtuelle qui peut être obtenue en échange de vrais dollars : 1 dollar US est environ égal à 250 *Lindens*. Le *Linden* s'échange contre des dollars réels sur *LindeX*¹⁰⁴, la bourse de change en ligne. Les profits et les pertes sont donc bien réels.

47. Selon certains, « *Second Life* est devenu une société virtuelle dotée d'une véritable économie. »¹⁰⁵ De ce fait, les *cyberdélinquants* s'attaquent désormais à l'argent bien réel manipulé indirectement dans les mondes virtuels comme *Second Life* ou *World of Warcraft*. Ainsi, ce marché transactionnel des objets virtuels engendre des dérives comme le vol de ces objets, le détournement de programmes, le blanchiment d'argent, l'usurpation d'identité, etc. Les techniques utilisées sont entre autres le *filoutage* (*phishing*), la prise de contrôle à distance et l'emploi de codes malveillants (*Malicious software*) comme des virus¹⁰⁶. La vigilance ne suffit pas toujours pour se prémunir contre de tels actes qui ne sont, ni plus ni moins, que des violations de droits de propriété. Si ces crimes restent impunis par exemple au Canada, aux États-Unis et en France, c'est parce qu'aucun droit de propriété n'a encore été formellement reconnu par les tribunaux ou les législateurs nord-américains et français¹⁰⁷.

¹⁰³ Acheter son terrain ou son île virtuelle coûte environ 1675 dollars US. Cela paie les frais d'installation, l'achat du serveur et sa mise en place par l'opérateur. Il faut rajouter à chaque mois des frais de 295 dollar US pour l'utilisateur acheteur de l'île. Ces frais couvrent l'hébergement, la bande passante et le support technique procurés par l'opérateur.

¹⁰⁴ En ligne: <<http://secondlife.wikia.com/wiki/LindeX>> (site consulté le 4 juin 2013). La dernière crise financière mondiale a même frappé le *Linden dollar* en août 2008, faisant perdre 750 000 dollars US réels aux joueurs. La valeur des échanges mensuels entre résidents atteignait déjà en 2007 les 30 millions de dollars US et sont passés à 84 millions en 2009. Selon une analyse du CLUSIF (Club de la sécurité de l'information française), en ligne: <<http://www.clusif.asso.fr/>> (site consulté le 4 juin 2013).

¹⁰⁵ En ligne : <<http://www.laposte.fr/performanceclient/Reel-Virtuel-bienvenue-dans-un>> (site consulté le 4 juin 2013). Pour en savoir plus sur l'économie dans *Second Life* en 2010-2011 (la moyenne du nombre d'utilisateurs qui se « logent » sur le site par mois, le nombre de transaction en moyenne par an...), voir, en ligne : <<http://community.secondlife.com/t5/Featured-News/The-Second-Life-Economy-in-Q3-2011/ba-p/1166705>> (site consulté le 4 juin 2013).

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ Susan H. ABRAMOVITCH et David L. CUMMINGS, «Virtual Property, Real Law: The Regulation Of Property In Video Games», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 272, *Développements récents en droit du divertissement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 29.

48. Pourquoi avoir choisi *Second Life* comme illustration d'un monde virtuel? Tout d'abord, parce que des milliers d'utilisateurs y sont inscrits¹⁰⁸ et qu'il génère beaucoup de profit grâce aux transactions d'objets virtuels entre les utilisateurs eux-mêmes. Ensuite, parce qu'il est extrêmement intéressant en ce qu'il sert aussi bien d'outil marketing pour les entreprises, que de plateformes pédagogiques pour les universités ou tout autre organisme qui souhaite dispenser des cours ou des séminaires.

49. **Synthèse** : Il est donc clair que les MMOs sont incontestablement un phénomène de société, mais aussi un formidable défi juridique¹⁰⁹ dans le sens où les transferts d'objets virtuels y prennent une place importante et posent plusieurs problèmes juridiques actuels et non encore résolus.

Section 2. L'aspect économique des mondes virtuels

50. On a vu plus haut que sous le modèle d'inscription *Freemium*¹¹⁰, les utilisateurs ont accès au monde virtuel de manière gratuite (ou pour des frais relativement minimes). Sous ce modèle, les revenus sont largement générés à travers des « microtransactions » impliquant la vente d'objets virtuels ou de service. En vertu d'un rapport de *In-Stat* en date de novembre 2010 : « *the worldwide revenue generated from the sale of virtual goods on social networking sites, online worlds, and casual games increased from \$2 billion in 2007 to \$7 billion in 2010, and is forecasted to increase to \$15 billion by 2014.* »¹¹¹

51. La croissance du revenu mondial du marché des biens virtuels et l'augmentation du nombre d'utilisateurs sont principalement dues à l'avancement des technologies et leurs

¹⁰⁸ En 2007, on dénombrait un million d'utilisateurs inscrits. En 2009, ils sont passés à 14.7 millions actifs. Voir, Blogue de *Second Life*, en ligne : <<http://community.secondlife.com/t5/Featured-News/The-Second-Life-Economy-in-Q3-2011/ba-p/1166705>> (site consulté le 20 novembre 2012).

¹⁰⁹ Etienne WERY, « *Second Life* sort indemne de son premier combat judiciaire en France », (2007) *le Portail du droit des nouvelles technologies*, en ligne : <<http://www.droit-technologie.org/actuality-1058/second-life-sort-indemne-de-son-premier-combat-judiciaire-en-france.html>> (site consulté le 4 juin 2013).

¹¹⁰ *Supra*, n° 38.

¹¹¹ *United States Securities and Exchange Commission*, Washington, D.C. 20549, amendment no. 2 to registration statement on form s-1, Facebook Inc., en ligne : <<http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1326801/000119312512101422/d287954ds1a.htm>> (site consulté le 4 juin 2013). Voir aussi, en ligne : <<http://www.bizreport.com/2011/02/report-virtual-goods-hot-in-asiapacific-region.html>> (site consulté le 4 juin 2013).

modernisations (*smartphones*, tablettes, *WiFi*, etc.), la dépendance à Internet dans le milieu du travail ou dans la vie personnelle, ainsi que l'émergence de nouvelles options de paiement en ligne (*PayPal*) et nouvelles monnaies, comme les bitcoins et autres monnaies virtuelles prévues au sein même des mondes virtuels (*Linden dollars*). Selon un rapport important publié en février 2013 relativement au marché des biens virtuels¹¹² :

« The key leading countries in the Global Virtual Goods market have witnessed a rise in broadband subscribers per 100 residents in recent years and this growth is expected to continue during the forecast years. In 2012, China had 13.96 broadband subscribers per 100 residents, expected to increase to 22.42 by 2016. »

52. Il convient de préciser que les États-Unis et l'Asie prennent une grande place dans ce marché. Au début de nos recherches, en 2007, aux États-Unis, 1,5 milliard de dollars bien réels étaient dépensés dans des biens virtuels¹¹³. On a pu relever que les prédictions pour l'année 2011 en vertu desquelles le marché des biens virtuels aux États-Unis devait atteindre les 2,1 milliards de dollars¹¹⁴ se sont réalisées avec finalement 2,2 milliards de dollars¹¹⁵. Ainsi que ceux pour l'année 2012 qui avait prévu le chiffre de 2,9 milliards.

Il convient de noter que le marché asiatique est le plus important dans ce domaine. Une étude révèle que 70 % des revenus générés par le marché des biens virtuels provient de l'Asie¹¹⁶.

53. Une réelle économie s'est donc créée autour des mondes virtuels et de la vente des objets virtuels. Par exemple, il avait été établi en 2002 que l'économie réelle du monde virtuel Norrath était plus importante que celle de la Bulgarie¹¹⁷. Certains utilisateurs vont jusqu'à considérer le

¹¹² TechNavio Analyst, «Global Virtual Goods Market 2012-2016», (2013), en ligne: <researchandmarkets.com> (site consulté le 24 août 2014).

¹¹³ Voir, Poptronics, en ligne : <<http://www.poptronics.fr/Les-biens-virtuels-un-business-si>> (site consulté le 4 juin 2013).

¹¹⁴ Selon Justin Smith et Charles Hudson, voir en ligne : <<http://www.insidevirtualgoods.com/us-virtual-goods/>> (site consulté le 4 juin 2013).

¹¹⁵ En ligne : <<http://techcrunch.com/2011/12/07/us-virtual-goods-market-to-hit-2-9-billion-in-2012-with-facebook-games-maturing-mobile-booming/>> (site consulté le 24 mai 2012).

¹¹⁶ Voir, en ligne: <<http://www.businessinsider.com/3-ways-social-networks-can-generate-revenue-in-the-lucrative-asian-market-2011-9>> (site consulté le 18 septembre 2014) qui précise: "Virtual goods are any non-physical goods or services that can be bought online, such as objects in games, digital gifts and service add-ons. Asia innovated this model and it remains the dominant region associated with virtual goods. According to market research firm In-Stat, of the \$7 billion in virtual good revenue generated in 2010, 70% came from Asia". Voir aussi, en ligne: <<http://www.bizreport.com/2011/02/report-virtual-goods-hot-in-asiapacific-region.html>> (site consulté le 18 septembre 2014).

¹¹⁷ S. H. ABRAMOVITCH et D. L. CUMMINGS, préc., note 107, p. 39.

développement dans un monde virtuel comme un réel investissement¹¹⁸. On parle ainsi de « *Real money trading* »¹¹⁹. Par exemple, la compagnie opérant le monde virtuel *Habbo Hotel* génère des profits de 65 millions de dollars réels chaque année par des transactions immobilières virtuelles. Pour *Tencent* c'est un profit de 500 millions de dollars réels. Il est troublant que des objets virtuels, qui n'ont d'existence que dans un monde virtuel en ligne, puissent s'acheter et se vendre dans le monde réel¹²⁰. Comment est-ce possible en pratique? Quelle est la loi applicable aux transferts d'objets virtuels dans les mondes virtuels? Un objet virtuel peut-il être considéré comme un « bien » au sens du droit des biens? Si oui, quelle en est sa nature, corporelle ou incorporelle, mobilière ou immobilière et qu'en est-il du droit de propriété : existe-t-il, peut-il être transféré ou encore garantie?

54. Synthèse : Ces questions intéressent de plus en plus la communauté juridique, car les transactions d'objets virtuels sont devenues plus fréquentes, plus coûteuses et posent des questions juridiques bien réelles dans les mondes virtuels. Avant de chercher des solutions à ces problèmes, il convient de s'interroger sur l'intérêt sociologique que présente ce nouveau marché économique.

Section 3. Les aspects sociologiques et psychologiques des mondes virtuels

55. On dénombre environ 1 milliard de comptes de joueurs créés¹²¹ et répartis sur environ 900 mondes virtuels¹²². Les joueurs dans les mondes virtuels sont âgés de 11 à 67 ans, mais les plus présents dans les mondes virtuels sont en moyenne de jeunes hommes dans la mi-vingtaine.

¹¹⁸ Ainsi, une station spatiale sur *Entropia* avait été vendue 330 000 dollars US. Voir, en ligne : <<http://techcrunch.com/2010/01/05/most-expensive-virtual-object/>> (site consulté le 23 décembre 2012).

¹¹⁹ En ligne : <http://en.wikipedia.org/wiki/Real_money_trading> (site consulté le 4 juin 2013). Jack BALKIN, *The State of Play (Ex Machina: Law, Technology, and Society)*, NYU Press reference, Kindle Edition, (2006), p. 137-138. *Supra*, n° 2 et 6.

¹²⁰ Michel GENSOLLEN, « L'économie réelle des univers persistants: Vers une propriété virtuelle? » dans Frank BEAU (ed), *Culture d'univers : Jeux en réseau, mondes virtuels, le nouvel âge de la société numérique*, Paris, FYP éditions, 2007, reproduit en ligne : <http://www.gensollen.net/2007_gensollen_virtuel_long.pdf> (site consulté le 4 juin 2013).

¹²¹ En ligne : <<http://www.wired.com/2010/10/virtual-world-accounts/>> (site consulté le 24 août 2014). Voir aussi, en ligne : <<http://www.hypergridbusiness.com/2011/07/virtual-world-usage-accelerates/>> (site consulté le 25 mai 2012).

¹²² Diapositif 8, en ligne : <<http://www.slideshare.net/nicmitham/virtual-worlds-2010-2098472>> (site consulté le 4 juin 2012).

Les femmes sont de plus en plus présentes et les concepteurs de jeux mettent des efforts récents dans le but d'attirer davantage une clientèle féminine¹²³. Les joueurs passent plus ou moins 22 heures par semaine à jouer ou à faire des transactions dans les mondes virtuels¹²⁴. Il est estimé que 40 % des Américains ont joué régulièrement aux jeux en ligne. En Asie, le pourcentage est certainement plus élevé. On peut se demander alors quelles sont les motivations des utilisateurs de MMO ? Les joueurs jouent-ils pour le plaisir, pour gagner de l'argent, les deux, ou pour socialiser?

56. En 2007, une autre étude, toujours d'actualité dans son énoncé, a démontré que généralement 3 grands facteurs expliquent¹²⁵ la motivation des utilisateurs des mondes virtuels :

- *Le facteur de réalisation* : l'avancement, les techniques/statistiques (« *mechanics* ») et la compétition. Il est démontré que les hommes sont plus motivés par ce facteur que les femmes¹²⁶.
- *Le facteur social* : la socialisation, le désir de former des relations à long terme avec les autres joueurs et le travail d'équipe. Ces aspects expliquent plus la motivation des femmes que celles des hommes¹²⁷.
- *Le facteur de l'immersion* : la découverte, le fait d'échapper à la vie réelle, la personnalisation de son avatar et le jeu de rôle. Ce facteur explique une plus grande motivation chez les femmes que chez les hommes¹²⁸.

57. Plusieurs recherches ont démontré que les jeux en ligne de type MMO ont un effet positif sur la vie sociale des joueurs dans le sens où les personnes se sentent plus interconnectées et deviennent plus ouvertes sur leur environnement, ils se sentent plus à l'aise de communiquer virtuellement pour tisser des liens amicaux¹²⁹. Cependant, il existe aussi des impacts

¹²³ Victoria Anne SUBLETTE et Barbara MULLAN, "Consequences of Play: A Systematic Review of the Effects of Online Gaming", (2012) 10 *International Journal of Mental Health and Addiction* 3, 4. Voir, en ligne: <<http://www.springerlink.com/content/73m4514k372h3703/fulltext.pdf>> (site consulté le 4 juin 2013).

¹²⁴ Nick YEE, "Motivations for Play in Online Games", (2007) 9 *Journal of Cyber Psychology and Behavior* 772, 772. Voir, en ligne : <<http://www.nickyee.com/pubs/Yee%20-%20Motivations%20%282007%29.pdf>> (site consulté le 4 juin 2013). Une étude plus récente fixe l'âge moyen à 25 ans, V. A. SUBLETTE et B. MULLAN, préc., note 123. Voir aussi, E. CASTRONOVA, préc., note 47, p. 63-65.

¹²⁵ N. YEE, préc., note 124.

¹²⁶ *Id.*, p. 10.

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ V. A. SUBLETTE et B. MULLAN, préc., note 123, p. 18.

psychologiques ou physiques néfastes, plus présents chez l'homme que la femme¹³⁰ comme ceux connus dans les jeux de hasard et d'argent¹³¹, on parle alors de forte dépendance (« *addiction* »), de diminution de la qualité de vie et des relations interpersonnelles¹³² ou des problèmes d'ordre professionnel, voir d'agressivité selon certaines études tout de même controversées¹³³. Les symptômes sont plus ou moins forts selon qu'il s'agit de joueurs pathologiques ou non. Les premiers passant beaucoup plus de temps à jouer dans les mondes virtuels que les seconds. Certaines études ont également démontré des problèmes physiques de santé à rester assis de longues heures à jouer¹³⁴ ayant entraîné, dans quelques rares cas, la mort¹³⁵. Un utilisateur d'*Everquest* a même tenté de se suicider, car il était désespéré des événements dans le monde virtuel¹³⁶.

58. Toutefois, malgré ces quelques cas malheureux, les recherches récentes dans le domaine démontrent qu'il n'y a pas de preuve concluante que le fait de jouer de manière régulière dans les MMOs cause des effets négatifs à la santé mentale et physique du joueur.¹³⁷ Les problèmes seraient plutôt au niveau des personnes souffrant de dépendance, il existerait donc une prédisposition au jeu pathologique chez ces personnes.

59. Synthèse : Pour comprendre la raison d'être des études relatives aux aspects sociologiques et psychologiques des mondes virtuels, ou les faits qui amèneraient une personne

¹³⁰ *Id.*, p. 17.

¹³¹ Les jeux d'argent et de hasard comme, par exemple, des billets de loterie, des appareils de loterie vidéo, des jeux qui se trouvent dans un casino, etc. pour une étude sur le jeu pathologique. Voir, « Les services en jeu pathologique dans les centres de réadaptation en dépendance », en ligne : <<http://www.acrdq.qc.ca/upload/doc/doc274.pdf>> (site consulté le 4 juin 2013). Voir aussi: Robert LADOUCEUR, «Gambling: the Hidden Addiction», (2004) 49-8 *The Canada Journal of Psychiatry* 501; Daria KUSS et Mark GRIFFITHS, «Internet Gaming Addiction: A Systematic Review of Empirical Research», (2012) 10 *International Journal of Mental Health and Addiction* 3.

¹³² “For most adolescents, gaming is a pleasurable pastime activity. However, research suggests that excessive online gaming may in extreme cases lead to symptoms commonly experienced by substance addicts, namely salience, mood modification, craving, and tolerance.”, Daria KUSS et Mark GRIFFITHS, “Adolescent Online Gaming Addiction”, (2012) 30-1 *Education and Health* 15.

¹³³ V. A. SUBLETTE et B. MULLAN, préc., note 123, p. 8-16, et pour le tableau de synthèse des études, p. 19.

¹³⁴ *Id.*, p. 19.

¹³⁵ Il est à noter qu'il y a eu plusieurs cas spectaculaires, même si non représentatifs, de morts de jeunes joueurs du fait qu'ils ont joué pendant trop longtemps sur des mondes virtuels Des joueurs asiatiques âgés de 24 à 28 ans et qui ont joué entre 50h et 80h en continu et qui sont morts, en ce qui concerne deux d'entre eux de crise cardiaque et, pour l'autre, d'une thrombose pulmonaire (parce qu'il était resté assis trop longtemps). *Id.*, p. 4 et 18.

¹³⁶ E. CASTRONOVA, préc., note 47, p. 64.

¹³⁷ V. A. SUBLETTE et B. MULLAN, préc., note 123, p. 19.

à se suicider à cause de certains événements dans un monde virtuel, il convient de s'arrêter sur le fonctionnement et les caractéristiques techniques des mondes virtuels qui ont été mis en place par les développeurs des mondes virtuels afin de donner aux utilisateurs l'impression d'une immersion totale dans les mondes virtuels jusqu'à que certains en viennent même à confondre le réel du virtuel.

Section 4. Quelques notions techniques relatives au fonctionnement des mondes virtuels

60. Comment fonctionne techniquement un monde virtuel? La réponse à cette question a été formulée de manière assez technique par S. Gilker et C. Lupien comme suit :

« Les actions des Utilisateurs sont concrétisées à travers leurs Avatars qu'ils contrôlent en l'Interface de leurs Applications Client. Chaque action entraîne la création d'une requête qui est envoyée à l'Application Serveur. Cette dernière reçoit la requête, l'interprète, détermine la réponse devant être transmise à l'Application Client puis transmet celle-ci à l'Application Client qui l'interprète à son tour en modifiant en conséquence l'affichage de l'écran de l'Utilisateur »¹³⁸.

61. Le monde virtuel et les objets virtuels sont représentés dans le cyberespace. Pour bien comprendre l'ensemble du système tel qu'énoncé, il est important, tout d'abord, d'analyser les éléments constitutifs techniques du cyberespace (paragraphe 1) ainsi que ceux des « objets virtuels » (paragraphe 2), puis de définir certains termes techniques auxquels il sera fait référence tout au long du développement de cette thèse (paragraphe 3).

Paragraphe 1. Éléments constitutifs techniques du cyberespace

62. L'analyse des éléments constitutifs techniques du cyberespace complète celle qui a été faite au début de cette thèse sur le fonctionnement technique des mondes virtuels¹³⁹. Nous ne tenterons pas ici d'expliquer en détail tous les aspects techniques qui constituent le cyberespace, mais simplement de résumer ses principaux éléments constitutifs pour comprendre et établir sa nature. Ainsi, il convient de retenir aux fins de notre étude que le cyberespace repose sur le

¹³⁸ S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43, p. 183.

¹³⁹ *Supra*, n° 60-78.

réseau d'Internet¹⁴⁰ (A) accessible par la « Toile » (connue sous l'appellation anglaise « Web ») (B). Il est important de définir ces deux éléments afin de comprendre que le cyberspace n'est pas un « espace propre », mais un moyen de communication¹⁴¹.

A. L'Internet

63. Internet est défini comme un « réseau informatique mondial constitué d'un ensemble de réseaux nationaux, régionaux et privés, qui sont reliés par le protocole de communication TCP-IP. »¹⁴². Ainsi, l'Internet est « un réseau de réseaux »¹⁴³ puisqu'il assure la connexion entre différents réseaux d'ordinateurs « en utilisant un protocole de transmission et de communication constituant un langage commun »¹⁴⁴. Il n'existe actuellement aucun organisme responsable de l'Internet. En effet, si certaines organisations partagent son développement technique, aucune d'elles ne serait en mesure d'exercer un contrôle central¹⁴⁵.

64. Internet est composé de plusieurs couches ou éléments constitutifs. Il possède tout d'abord une couche matérielle, bien tangible nécessaire à son fonctionnement¹⁴⁶ et une couche intangible fondée sur des normes d'échange et d'adressage¹⁴⁷. D'une part, selon David Fayon, administrateur des postes et télécommunications, membre de plusieurs associations pour le développement du numérique, la couche matérielle est formée notamment « de satellites

¹⁴⁰ Au niveau linguistique, on peut ou non ajouter l'article défini « l' » devant le mot Internet pour parler de « l'Internet ». Si le terme « l'Internet » est dorénavant consacré partout, en France, on préfère dire « sur Internet » plutôt que « sur l'Internet ». Voir, Alain BENSOUSSAN, *Internet : aspects juridiques*, vol. 1, Paris, Éditions Hermès, 1996, n.b.p. 1, p. 14.

¹⁴¹ *Infra*, n° 0.

¹⁴² Office québécois de la langue française, *Le grand dictionnaire terminologique*, en ligne : <<http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/Resultat.aspx>> (site consulté le 28 mars 2014).

¹⁴³ P.-P. LEMYRE, préc., note 11, p. 11; Niva ELKIN-KOREN et Eli M. SALZBERGER, *Law, Economics and cyberspace: The effects of Cyberspace on the Economic Analysis of Law*, Camberley (UK), Edward Elgar Publishing, 2004, p. 13. Pour un bref regard sur l'historique du cyberspace, voir S. GUILLEMARD, préc., note 17, p. 214-220; Pierre TRUDEL [et al.], *Droit du cyberspace*, Université de Montréal, Faculté de droit, Centre de recherche en droit public, Les Éditions Thémis, 1997, Chapitre 1 : "Les rationalités sous-tendant le droit dans le cyberspace", p. 1-16.

¹⁴⁴ Lionel BOCHURBERG, *Internet et commerce électronique : site web, contrats, responsabilité, contentieux*, 2^e éd., Paris, Éditions Dalloz, 2001, p. 290.

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ David FAYON, *Géopolitique d'Internet. Qui gouverne le monde?*, Economica, 2013, extrait tiré de l'article « Cyber-conflits : Approches géopolitique », en ligne : <<http://www.leconflit.com/article-cyber-conflits-approches-geopolitiques-121017373.html>> (site consulté le 21 septembre 2014).

¹⁴⁷ P.-P. LEMYRE, préc., note 11, p. 12.

géostationnaires, de la possession de la technologie, de l'appartenance ou de la relation forte des sociétés-clés à des États et de la spécificité de minéraux entrant dans la composition des matériaux qui composent son infrastructure ». En ce qui concerne son infrastructure, comme le fait remarquer Olivier Kempf, Internet s'appuie sur treize serveurs de noms de domaine (DNS), appelés « les serveurs racines »¹⁴⁸. La majorité des serveurs racines (10 sur 13) sont localisés aux États-Unis. Ainsi, il fait remarquer que « cette répartition géographique des serveurs racines ne permet pas d'assurer une qualité de service semblable en divers points du globe »¹⁴⁹. Notons également que l'infrastructure matérielle d'Internet fonctionne grâce aux transports et aux services. Il existe plusieurs moyens de transporter ou de transmettre les données sur le réseau, que ce soit par fibre optique, câble ou réseau téléphonique. Outre, les satellites de communications, les câbles sous-marins qui relient les côtes jouent un rôle majeur dans la mise en place des connexions internet¹⁵⁰. En effet, il a été révélé que 99 % du trafic intercontinental de données numériques transitent par les câbles sous-marins¹⁵¹.

65. Les fournisseurs d'accès à Internet proposent les moyens de connexion contre de l'argent dans plusieurs villes et sont eux-mêmes interconnectés au niveau de points d'échange Internet¹⁵². D'autre part, Pierre-Paul Lemyre énonce qu'Internet est « un réseau logique »,¹⁵³ car il est fondé sur des normes d'échange et d'adressage qui sont constituées de divers techniques de transmission d'informations. Il s'agit de l'architecture client/serveur¹⁵⁴ permettant de répartir l'information, les protocoles TCP/IP¹⁵⁵ qui établissent la forme des communications et prennent

¹⁴⁸ Olivier Kempf précise qu'aux États-Unis, on dénombre 6 serveurs racines sur la côte Ouest et 4 sur la côte Est, l'Europe en dénombre deux (Royaume-Uni et Suède), le Japon un et l'Afrique en est dépourvue. Olivier KEMPF, *Introduction à la cyberstratégie*, Economica, 2012, en ligne : <<http://www.leconflit.com/article-cyber-conflits-approches-geopolitiques-121017373.html>> (site consulté le 21 septembre 2014). Pour en savoir plus, voir la carte des serveurs racines, en ligne : <<http://documentation.spip.ac-rouen.fr/spip.php?article231>> (site consulté le 30 mars 2014).

¹⁴⁹ O. KEMPF, *Id.*

¹⁵⁰ Pour en savoir plus sur la situation géographique des câbles sous-marins et leurs axes de transit, voir la carte interactive, en ligne : <www.submarinecablemap.com> (site consulté le 21 septembre 2014). Voir aussi, O. KEMPF, préc., note 148.

¹⁵¹ O. KEMPF, *id.*

¹⁵² *Id.*

¹⁵³ P.-P. LEMYRE, préc., note 11, p. 12.

¹⁵⁴ *Supra*, n° 74.

¹⁵⁵ TCP/IP est un diminutif de l'anglais « *Transmission Control Protocol/Internet Protocol* ». Pierre-Paul Lemyre définit le protocole de la façon suivante: « Un protocole est un ensemble de règles qui décrivent, en termes techniques, la façon d'exécuter une action. » Il existe des centaines de protocoles compatibles avec le TCP/IP et le HTTP (*HyperText Transfer Protocol*) en est un exemple. P.-P. LEMYRE, préc., note 11, p. 13.

ainsi en charge l'organisation et le transport des données sur le réseau en les morcelant en paquets¹⁵⁶ et enfin, les adresses IP qui permettent d'identifier les ordinateurs sur le réseau qui vont réceptionner les paquets grâce à un système d'adressage¹⁵⁷.

66. Il est intéressant de noter que géopolitiquement parlant, les États-Unis sont à la source des éléments constitutifs d'Internet. En effet, en ce qui concerne la couche matérielle comme les infrastructures d'Internet, Olivier Kempf note que « la large majorité des câbles transatlantiques et surtout transpacifiques convergent vers les États-Unis »¹⁵⁸ et que « près de 90 % des charges satellitaires en orbite sont assurées par les États-Unis et ses alliés (...) »¹⁵⁹. En ce qui concerne la couche intangible d'Internet, toujours selon Olivier Kempf « les ressources critiques (adresses IP, extensions, noms de domaines) sont contrôlées par les États-Unis. Ils exercent d'une certaine manière une surveillance et un pouvoir d'investigation et même de coupure. »¹⁶⁰ Par exemple, avec la mise en place de l'ICANN¹⁶¹ qui est responsable d'attribuer et de surveiller les noms de domaine.

B. *La Toile (ou le Web)*

67. On vient de voir qu'Internet est le réseau des réseaux avec tous ses éléments constitutifs. Le Web, quant à lui, est un réseau qui existe grâce à Internet, qui est finalement son support. Le réseau permet de représenter que ses communications se situent dans le cyberspace vu comme un espace imaginaire. Le philosophe Pierre Lévy fait une analogie avec l'aménagement urbain et les moyens de transport qui nous entourent : « [l]es réseaux ressemblent à des routes et à des rues; les ordinateurs et les logiciels de navigation sont les équivalents de la voiture individuelle; les sites web sont comme des boutiques, des bureaux et des maisons »¹⁶².

¹⁵⁶ Un paquet comprend une petite partie de données transférées, de l'information sur la séquence, son adresse d'origine et son adresse de destination. P.-P. LEMYRE, *id.*

¹⁵⁷ *Id.*, p. 12.

¹⁵⁸ O. KEMPF, préc., note 148.

¹⁵⁹ Le Japon, la Corée du Sud, l'Europe, l'Australie et la Russie.

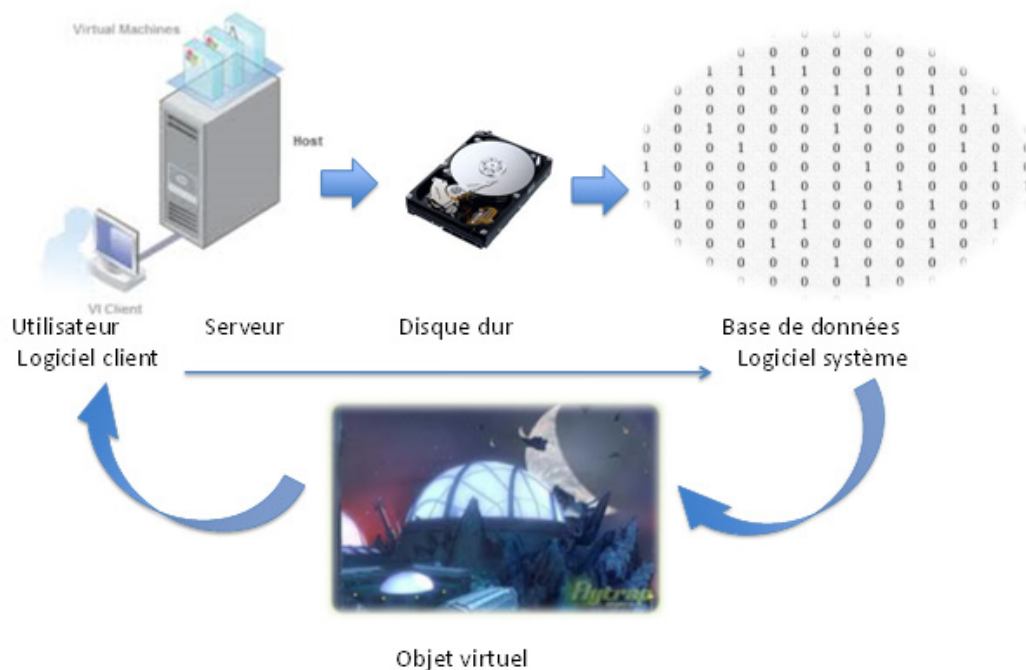
¹⁶⁰ O. KEMPF, préc., note 148.

¹⁶¹ "Internet Corporation for Assigned Names and Numbers". L'ICANN a été créé en 1998, suite à un accord entre les Européens et les américains. Olivier Kempf définit l'ICANN comme une « société privée mandatée par le Département du Commerce des États-Unis qui a été imposée, sans légitimité internationale ».

¹⁶² Pierre LEVY, *World Philosophie*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2000, p. 58.

Paragraphe 2. Définition technique de l'objet virtuel

68. Tous les objets virtuels qui apparaissent à l'écran ne sont que la représentation graphique des codes informatiques interprétés par l'ordinateur. Ils sont « stockés » sur une base de données inscrite sur le disque dur du serveur de l'opérateur. Le champ magnétique du disque dur se voit modifié à l'aide d'un courant électrique écrit et lu en langage binaire afin d'enregistrer les données. Évidemment, ce processus, représenté ci-dessous, se déroule en moins d'une fraction de seconde¹⁶³.



¹⁶³ S. GUILLEMARD, préc., note 17, p. 181.

Paragraphe 3. Définitions des termes techniques

69. Certains termes techniques doivent être définis aux fins de notre étude comme les logiciels (A), le serveur (B), les bases de données (C), le disque dur (D), et les pixels (E).

A. Les logiciels donnant accès au monde virtuel

70. Il convient de distinguer deux types de logiciels qui sont complémentaires et fonctionnent ensemble pour donner accès au monde virtuel à l'utilisateur :

- Le *logiciel applicatif* est le type de logiciel le plus courant, appelé aussi *application informatique* (ci-après cité « *logiciel-client* »). Les automatismes de ce logiciel sont destinés à assister un utilisateur dans l'une de ses activités¹⁶⁴. Chaque utilisateur doit installer un exemplaire de ce logiciel sur son ordinateur qui sert d'intermédiaire avec le *logiciel système*.
- Le *logiciel système* (ci-après cité « *logiciel-source* ») est le logiciel de base dont les automatismes contrôlent l'utilisation du matériel informatique de l'utilisateur par les *logiciels-clients*¹⁶⁵. Il est installé sur le serveur de l'opérateur. Il a pour fonction de recevoir de façon passive les « requêtes » ou demandes émises par les utilisateurs via leur *logiciel-client* et de les interpréter avant de leur envoyer une réponse. Toutes les informations dont a besoin le *logiciel-source* afin d'effectuer ses opérations sont hébergées sur le *serveur* de l'opérateur dans une « banque d'information » ou de « données » servant à stocker de manière persistante les différentes composantes du monde virtuel (Monde, Avatars et Objets virtuels) appelée « base de données »¹⁶⁶.

B. Le serveur

71. Le serveur « est constitué des logiciels permettant de gérer l'utilisation d'une ressource¹⁶⁷, et à laquelle peuvent faire appel, à distance, les utilisateurs du réseau, à partir de

¹⁶⁴ Voir, en ligne : <<http://fr.wikipedia.org/wiki/Logiciel>> (site consulté le 6 juin 2013).

¹⁶⁵ *Id.*

¹⁶⁶ S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43, p. 177.

¹⁶⁷ Une ressource peut être définie comme un « Élément d'un système informatique nécessaire à l'exécution d'une tâche ou d'un programme ». La mémoire vive, des fichiers, une imprimante, un lecteur de disque sont des exemples de ressources. Voir, *Grand dictionnaire terminologique*, office québécois de la langue française, 2012, en ligne : <<http://www.granddictionnaire.com/>> (site consulté le 24 août 2014).

leur propre ordinateur »¹⁶⁸. Le serveur central est géré par l'opérateur et il contient les données du jeu et des utilisateurs abonnés, ainsi que les services d'administration. L'opérateur doit donc installer le *logiciel-source* sur son serveur afin de recevoir et de traiter les requêtes des utilisateurs. Dans les mondes virtuels, des milliers d'utilisateurs envoient simultanément des requêtes au *logiciel-source* qui répond en une fraction de seconde. Ainsi, le serveur doit être de grande taille et de forte puissance pour supporter ces nombreuses requêtes.

C. Les données informatiques et bases de données

72. Selon l'Office québécois de la langue française « les données informatiques sont les données disponibles pour assurer la communication entre les matériels informatiques ou à l'intérieur de ceux-ci. Ces données peuvent être externes (sous forme exploitable par ordinateur) ou intégrées dans le matériel informatique, ou revêtir la forme de signaux analogiques ou numériques »¹⁶⁹. Il est important de retenir aux fins de notre étude que les données sont intangibles, elles se présentent sous forme d'« ensembles d'impulsions électromagnétiques, immatérielles, fuyantes, et caractérisées par leur aptitude à disparaître sans laisser de trace (pour être éventuellement remplacées par d'autres, toujours sans trace de la substitution »¹⁷⁰.

73. Une base de données¹⁷¹ est un « ensemble structuré d'éléments d'information, généralement agencés sous forme de tables, dans lesquels les données sont organisées selon certains critères en vue de permettre leur exploitation. »¹⁷² Pour qu'un monde virtuel fonctionne de façon à être persistant, il faut que la base de données conserve en mémoire toutes les composantes du monde virtuel et donc les données informatiques, que l'utilisateur soit connecté ou non. Ainsi, lorsqu'il sera de nouveau en ligne, il retrouvera son avatar et ses objets virtuels

¹⁶⁸ *Grand dictionnaire terminologique*, office québécois de la langue française, 2012, en ligne: <<http://www.granddictionnaire.com/p>> (site consulté le 6 juin 2013).

¹⁶⁹ *Grand dictionnaire terminologique*, office québécois de la langue française, 2012, en ligne: <http://www.gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=17031181> (site consulté le 6 juin 2013).

¹⁷⁰ Éric CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales » (1997) 2 *Journal du droit international* 323, 383.

¹⁷¹ Il ne faut pas confondre la *base de données* avec la *banque de données*. Cette dernière est un ensemble d'éléments d'information relatifs à un domaine défini de connaissances et organisés pour être accessibles à plusieurs utilisateurs.

¹⁷² *Grand dictionnaire terminologique*, office québécois de la langue française, 2012, en ligne: <http://www.granddictionnaire.com/BTML/FRA/r_Motclef/index800_1.asp> (site consulté le 6 juin 2013).

tels qu'ils étaient avant d'avoir quitté le monde virtuel et le monde virtuel continuera à exister et à évoluer sans lui¹⁷³.

D. *Le disque dur*

74. Chaque donnée informatique est généralement inscrite sur un disque dur. Le disque dur est un « support de mémoire de masse d'accès rapide qui est composé d'un ou de plusieurs plateaux magnétisés généralement solidaires d'une mécanique, et ayant une très grande capacité de stockage »¹⁷⁴. Il est important de retenir dès à présent que toutes les « informations » importantes composant le monde virtuel, que ce soit les codes des *logiciels-clients* et du *logiciel-source* et les données informatiques sous-tendant la représentation visuelle du monde virtuel, des objets virtuels et des avatars de ce monde virtuel sont enregistrées et conservées dans le disque dur des serveurs de l'opérateur de ce monde virtuel¹⁷⁵. Ce serveur peut être situé n'importe où, bien que la plupart des opérateurs américains localisent leur serveur en Californie, car cet État est reconnu comme un « centre névralgique »¹⁷⁶ en matière des technologies de l'information. Les utilisateurs ont accès aux données du serveur de l'opérateur par le biais de leur connexion Internet. Certaines données informatiques sont conservées dans l'ordinateur de l'utilisateur afin d'accélérer le processus. C'est ce qu'on appelle communément l'architecture « client-serveur »¹⁷⁷.

75. L'enregistrement des « informations » dans le disque dur se fait sous forme d'unités d'information, nommées « bit » et exprimées en langage binaire représentant une valeur égale à « 0 » ou à « 1 »¹⁷⁸.

¹⁷³ S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43, p. 177.

Grand dictionnaire terminologique, office québécois de la langue française, 2012, en ligne <http://www.granddictionnaire.com/BTML/FRA/r_Motclef/index800_1.asp> (site consulté le 6 juin 2013).

¹⁷⁴ S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43, p. 178.

¹⁷⁵ *Id.*

¹⁷⁶ Paul CHÈNEVERT, «La propriété dans les univers virtuels : un droit réel ou un droit personnel ?», (2011) 2-1 *Bulletin de droit économique* 28, 30.

¹⁷⁷ *Id.*

¹⁷⁸ S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43, p. 178.

E. *Les pixels*

76. Les pixels sont une « unité de mesure relative à la définition d'une image numérique »¹⁷⁹. Lorsque l'utilisateur commande par les flèches de son clavier ou par sa souris le déplacement de son objet virtuel par le *logiciel-client* installé sur son ordinateur, ce dernier envoie une requête au *logiciel-source* du serveur de l'opérateur qui traite l'information et modifie la position de l'objet virtuel (ou les données en langage binaire inscrites pour cet objet virtuel) dans la base de données du monde virtuel se trouvant sur le serveur de l'opérateur¹⁸⁰, puis renvoie au *logiciel-client* les instructions pour modifier les millions de *pixels* qui vont générer l'image du déplacement de l'objet virtuel dans le monde virtuel à l'écran d'ordinateur qui sera vu par l'utilisateur grâce à sa *carte graphique*¹⁸¹.

77. **Synthèse** : Ces différentes notions techniques définies nous permettent d'aller plus loin et d'étudier maintenant les spécificités de création et de transfert d'un objet virtuel.

Section 5. Création et « transfert » d'un objet virtuel dans le monde virtuel

78. Avant d'entrer dans le vif du sujet et d'aborder les questions juridiques, il est nécessaire de comprendre le processus de transfert d'un objet virtuel et donc de se demander comment techniquement l'utilisateur crée un objet virtuel (paragraphe 1) et le transfère (paragraphe 2) dans le monde virtuel.

¹⁷⁹ *Grand dictionnaire terminologique*, office québécois de la langue française, 2012, en ligne <http://www.granddictionnaire.com/BTML/FRA/r_Motclef/index800_1.asp> (site consulté le 6 juin 2013).

¹⁸⁰ Les objets virtuels sont stockés sur une base de données inscrite sur le disque dur du serveur de l'opérateur. Le champ magnétique du disque dur se voit modifier à l'aide d'un courant électrique écrit et lu en langage binaire afin d'enregistrer les données. S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43, p. 178.

¹⁸¹ Une *carte graphique* est une carte d'extension d'ordinateur dont le rôle est de produire une image affichable sur un écran. Voir, en ligne: <http://fr.wikipedia.org/wiki/Carte_graphique> (site consulté le 6 juin 2013).

Paragraphe 1. Création d'un objet virtuel

79. Un objet virtuel est en général composé d'une ou plusieurs *primitives graphiques*¹⁸², appelé dans le jargon des mondes virtuels « *primes* ». Avant toute chose, l'utilisateur doit savoir créer et combiner les *primes*¹⁸³.

80. Le *logiciel-client* de l'utilisateur comprend un logiciel de création intégré dans le monde virtuel permettant la création d'un objet virtuel. Par exemple dans *Second Life*, l'utilisateur a accès à un menu d'outils (« *built-in object editing tool* »¹⁸⁴) pour lui permettre de déplacer son avatar, d'éditer ou bien de créer un objet virtuel, tel que représenté à la page suivante.

81. Résumons rapidement les différentes étapes de création d'un objet virtuel¹⁸⁵ qui sont représentées en images à la page suivante:

Lorsque l'utilisateur sélectionne « créer » (étape 0) dans les options qui lui sont offertes dans le monde virtuel, une fenêtre s'ouvre lui offrant la possibilité de choisir une ou plusieurs *primes* (étape 1) (par exemple, une forme ronde) et de sélectionner sa dimension, taille, rotation et texture (par exemple, en bois) (étape 3). En choisissant plusieurs *primes* et en les combinant un à un (étapes 3 et suivantes), l'utilisateur obtiendra la forme qu'il souhaite pour représenter son objet virtuel (étape finale). Par exemple, plusieurs *primes* rond de différentes dimensions et rotations, combinés ensemble pourront former un lapin en bois virtuel si cette texture est choisie. L'utilisateur devient ainsi créateur d'un objet virtuel et pour les besoins de notre étude on le nommera « *utilisateur-créateur* » pour le différencier des autres utilisateurs.

¹⁸² « Élément de base tel 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. » *Grand dictionnaire terminologique*, office québécois de la langue française, 2012, en ligne : <http://www.granddictionnaire.com/BTML/FRA/r_Motclef/index800_1.asp> (site consulté le 6 juin 2013).

¹⁸³ Par exemple, dans *Second Life*, chaque région accepte 15000 prims et chaque objet peut être constitué d'un prim au minimum ou de 255 prims au maximum. Une table est ainsi composée de 5 prims, un pour le plateau, et un autre pour chacun des 4 pieds. En ligne: <<http://wiki.secondlife.com/wiki/Primitive>> (site consulté le 6 juin 2013).

¹⁸⁴ Sur les spécifications de cet outil de création d'objets virtuels dans *Second Life*, voir, en ligne: <http://wiki.secondlife.com/wiki/Edit_window#Edit_Tool> (site consulté le 6 juin 2013).

¹⁸⁵ Voir aussi, en ligne: <<http://www.avatars-3d.com/tutoriel-debutant-creation-objet-3d>> (site consulté le 6 juin 2013).



Étapes 1, 2, 3 (etc.)

(figure 1)



Étape finale : Lapin virtuel (texture en bois)

(figure 2)

82. Cela prend beaucoup de temps et un esprit de création pour réaliser un petit objet virtuel comme un lapin « en bois », il faut environ compter plus d'une heure pour un expert. Ainsi, on peut imaginer le temps et l'effort que cela doit prendre pour créer une station spatiale virtuelle dynamique ou même une université virtuelle avec toutes ses salles de classe.

83. Techniquement, les attributs de l'objet virtuel ainsi créés sont enregistrés dans la base de données du monde virtuel. Ces données sont conservées sur le disque dur du serveur de l'opérateur jusqu'à ce qu'elles soient modifiées ou effacées. Le processus qui suit est le même que pour le déplacement d'un objet virtuel comme on l'a vu précédemment, de la sorte que les données peuvent être « lues » par la tête de lecture du disque dur pour être ensuite transmises au *logiciel-source* et *client* afin de générer l'image de cet objet virtuel aux yeux des utilisateurs du monde virtuel conformément aux attributs d'apparence qui lui ont été conférés et d'en permettre ou non l'utilisation par les autres utilisateurs conformément aux attributs de contrôle que l'*utilisateur-créateur* aura voulu conférer à son objet virtuel¹⁸⁶. En effet, dans *Second Life* et la plupart des mondes virtuels l'*utilisateur-créateur* a la possibilité de paramétrer les attributs

¹⁸⁶ S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43, p. 182.

de contrôle de son objet virtuel c'est-à-dire d'autoriser ou non les autres utilisateurs à « prendre » ou « utiliser » cet objet virtuel par leur avatar ou même à le reproduire. Chaque exemplaire d'un objet virtuel est unique dans le sens où le *logiciel-source* lui attribue une identification par numéro¹⁸⁷. Une fois que l'utilisateur a créé ou « acheté » un objet virtuel, il voudra le transférer à un autre utilisateur, même si cette pratique est souvent interdite par les développeurs.

Paragraphe 2. Transfert technique d'un objet virtuel

84. Il s'agit ici d'expliquer comment s'effectue le transfert technique d'un objet virtuel afin de nous doter des outils nécessaires pour déterminer les conséquences juridiques et économiques de ce transfert en matière de propriété. Le transfert d'un objet virtuel peut intervenir entre un opérateur et un utilisateur, entre les utilisateurs eux-mêmes directement ou par l'intermédiaire d'une entreprise de courtage. Le transfert se déroule technologiquement de la même manière selon les intervenants.

85. Prenons l'exemple courant d'un transfert d'objet virtuel entre utilisateurs. L'utilisateur détenteur d'un objet virtuel dans le monde virtuel a généralement la possibilité de le transférer à un autre utilisateur moyennant ou non une contrepartie en argent ou en échange d'un autre objet virtuel. Comment se déroule techniquement ce processus de transfert entre utilisateurs?

86. On a vu que tous les objets virtuels d'un monde virtuel sont enregistrés sous forme de données dans la base de données du monde virtuel qui se trouve dans le serveur de l'opérateur. Chaque objet virtuel est répertorié dans le champ « Détenteur » de la base de données sous forme de numéro l'identifiant à son détenteur et regroupant ses caractéristiques propres. Lorsqu'un utilisateur décide de transférer son objet virtuel à un autre utilisateur, il envoie sa requête de modification de l'identification du détenteur de l'objet virtuel par le *logiciel-client* en sélectionnant le menu d'identification de l'objet virtuel mis à disposition dans le monde virtuel.

¹⁸⁷ *Id.* “For example, multiple players may possess an iron sword. Only one copy of the software code that defines the appearance of an iron sword exists in the server memory, and the location of that code in the memory has an address. The character database only stores this address to represent the asset. When a player loses an iron sword, the server program simply deletes its address from the list of assets associated with that player's character; when a player gains an iron sword, the server program adds its address to the list.” 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 Law Review* 1513, 1515, cité dans Greg LASTOWKA et Dan HUNTER, «The Laws of the Virtual Worlds», (2004) 92-1 *California Law Review*, 40, n.b.p. 202.

Le *logiciel-source* reçoit cette requête et modifie en conséquence le champ « Détenteur » de la base de données pour y remplacer l'identité du nouveau détenteur¹⁸⁸. Le mécanisme est le même lorsqu'un utilisateur-acquéreur décide de transférer par la suite son objet virtuel à un autre utilisateur ou lorsqu'il décide de changer les attributs « physiques » (dimensions, taille, couleurs) et de contrôle de son objet virtuel.

87. Synthèse : Ces explications relatives aux caractéristiques de création et de transfert d'un objet virtuel¹⁸⁹ vont nous aider maintenant à qualifier juridiquement l'objet virtuel, afin de tenter de justifier la reconnaissance du droit à une « *propriété virtuelle* » c'est-à-dire du droit de propriété sur un objet virtuel.

¹⁸⁸ S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43, p. 182.

¹⁸⁹ Pour en savoir plus, voir M. STEPHENS, préc., note 187, p. 1516-1519.

Conclusion du chapitre préliminaire

88. Pour bien comprendre la problématique de l'existence de la *propriété virtuelle* et les conséquences légales de notre sujet en matière de loi applicable, il convient de connaître le fonctionnement des mondes virtuels et des transferts d'objets virtuels dans leurs fonds et leurs formes. Pour cette raison, on a expliqué plusieurs termes techniques et on a passé en revue les fonctionnements technologiques des mondes virtuels et de la création et des transferts d'objets virtuels. Il s'agit maintenant de révéler les revendications des différents intervenants en matière de transfert de biens virtuels et de passer en revue les analyses doctrinales entre les tenants de la reconnaissance de la propriété sur les biens virtuels et ceux qui y sont opposés pour savoir au préalable s'il est légitime de se poser la question de l'existence juridique de la *propriété virtuelle*. Ainsi, avant de s'engager vers l'étude des caractéristiques du droit de propriété en droit québécois et de tenter de les transposer au monde virtuel, il est important de s'arrêter sur l'étude des fondements relatifs à la reconnaissance de la *propriété virtuelle*.

Chapitre 1. De la reconnaissance d'un droit de *propriété virtuelle*

89. Les revendications antagonistes des principaux acteurs des mondes virtuels sont la raison pour laquelle la question de la reconnaissance d'un droit de *propriété virtuelle* se pose (section 1). Ces revendications sont à la base des réflexions doctrinales sur l'existence et la nature d'un droit de *propriété virtuelle*, lesquelles devront être ici examinées (section 2). Il sera également opportun d'étudier sous ce chapitre, les justifications de la reconnaissance de la *propriété virtuelle* sous l'analyse économique du droit (section 3) et en matière de droit pénal où la jurisprudence a déjà eu l'occasion de se prononcer (section 4).

Section 1. Les revendications antagonistes des principaux acteurs des mondes virtuels

90. Les développeurs de jeu et les utilisateurs ont des intérêts juridiques et économiques divergents quant à la question de la reconnaissance juridique de la *propriété virtuelle*. Alors que les utilisateurs réclament, la reconnaissance d'un droit de propriété sur les objets virtuels qu'ils créent et qu'ils acquièrent (paragraphe 1), tous les développeurs des mondes virtuels, sauf de rares exceptions¹⁹⁰, interdisent expressément le droit de propriété des objets virtuels aux utilisateurs et leurs ventes dans le *contrat de licence d'utilisateur final* (ci-après « CLUF ») ou dans les règles de jeu¹⁹¹ (paragraphe 2).

¹⁹⁰ Par exemple, avant 2010, les termes et conditions du monde virtuel *Second Life* prévoyaient un droit de propriété aux utilisateurs sur les objets virtuels qu'ils avaient créés au sein du monde virtuel, mais ce n'est plus cas aujourd'hui depuis les modifications au CLUF par le développeur *Linden Lab* intervenues en 2010. *Infra*, annexe 2.1 "*Second Life: Terms of services of Linden Lab*" du présent ouvrage pour en savoir plus sur les nouveaux termes et conditions à jour en 2015.

¹⁹¹ 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, p. 50. En effet, l'éditeur d'un jeu vidéo en ligne définit, en marge du CLUF (contrat de licence 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. Voir aussi, Isabelle FALQUE-PIERROTTIN, « Recommandation : Jeux vidéo en ligne : Quelle gouvernance? » (2007) 9 *Forum des droits sur l'internet* 5, n.b.p. 4, p. 57, en ligne : <http://www.foruminternet.org/IMG/pdf/Recommandation-Jeux_video_en_ligne.pdf> (site consulté le 11 juin 2013).

Paragraphe 1. Les arguments des utilisateurs en faveur de la reconnaissance de la propriété virtuelle

91. Les utilisateurs considèrent que les biens virtuels qu'ils créent ou qu'ils acquièrent dans les mondes virtuels sont à eux ou à tout le moins à leur avatar, ils se comportent alors comme propriétaire de ces biens. Il convient de citer quelques exemples jurisprudentiels et de relever les arguments des utilisateurs relatifs à la propriété des biens virtuels afin de mieux comprendre leur point de vue.

92. Aux États-Unis, l'affaire *Bragg v. Linden Research inc.*¹⁹² (ci-après « affaire Bragg ») est un cas intéressant en ce qu'il relève bien dans les faits de la demande de reconnaissance de la *propriété virtuelle* de la part de l'utilisateur. Dans cette affaire, *Linden Lab*, le développeur du monde virtuel *Second Life* avait été poursuivi en justice pour avoir « empiéter sur la propriété » de l'utilisateur, *Bragg*, en supprimant son compte sans préavis et donc en confisquant tous les biens virtuels contenus dans le compte de l'utilisateur, car ce dernier avait découvert une façon d'acquérir un terrain virtuel en dessous de la valeur marchande sur le site de vente aux enchères de *Linden Lab*. *Bragg* avait donc perdu la propriété de tous « ses » objets virtuels. Il a demandé à la Cour réparation par la restitution de ses biens qu'il évaluait à 8 000 dollars *US*. Si un jugement préliminaire a conclu que la clause d'arbitrage du CLUF de *Second Life* était non-exécutoire, il n'y a toutefois pas eu de jugement au fond, une transaction hors cours ayant eu lieu entre les parties.

93. Aussi, dans le récent recours collectif de l'affaire *Evans et al. v. Linden Reserach inc. and Philip Rosedale*¹⁹³, les utilisateurs demandeurs à l'action réclament pour plus de 5 millions de dollars à *Linden Lab* en dommage sur les fondements, notamment, de fraude, de publicité fausse et trompeuse¹⁹⁴, d'enrichissement injuste, d'expulsion illégale (« *wrongful expulsion* »)

¹⁹² *Bragg v. Linden Research, Inc.*, 487 F. Supp. 2d 593 (E.D.Penn. 2007) (ci-après citée « affaire Bragg »). Voir, en ligne: <<http://www.paed.uscourts.gov/documents/opinions/07d0658p.pdf>> (site consulté le 26 septembre 2014).

¹⁹³ *Evans et al. v. Linden Research, Inc. et al.*, Case No. 4:11-cv-1078-DMR (Cal. Dist. Ct. 2012) (ci-après citée « affaire Evans »), en ligne : <<https://scholar.google.com/>> (consulté le 15 août 2015).

United States District Court For the Northern District of California (avant d'être transférée: *Carl Evans, Donald Spencer, Valerie Spencer, Cindy Carter, individuals, on Behalf of themselves and for the Benefit of all with the Common or General Interests, Any Persons Injured, and All Others Similarly Situated v. Linden Research, Inc., and Philip Rosedale*, 15 avril 2010, U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania, No.: 2-:10-cv-01679-ER). Voir, en ligne: <<http://www.scribd.com/doc/48424027/Evans-v-Linden-TOS-Upheld>> (site consulté le 11 juin 2013). Les questions en litige nous rappellent celles posées dans l'affaire *Bragg*.

¹⁹⁴ *False Advertising Law, California Business and Professional Code* § 17500.

et de violation de la *loi Californienne sur la protection des consommateurs*¹⁹⁵. Les demandeurs demandent la tenue d'un procès avec jury. La question qui nous intéresse est de savoir si *Linden Lab* avait le pouvoir « d'expulser » les utilisateurs de *Second Life* en vertu du CLUF ou s'il a violé le droit de propriété des utilisateurs sur leurs comptes de jeu et items virtuels et doit ainsi leur restituer l'objet de leur propriété ou les dédommager.

94. Les arguments des utilisateurs concernant leur « droit de propriété » sont assez convaincants. En effet, ils se fondent sur le fait que pendant des années *Linden Lab* insistait publiquement sur le fait que les utilisateurs conservaient la propriété des objets virtuels et que les terrains virtuels qu'ils auraient acquis seraient préservés par *Linden Lab*. De plus, une partie des ventes liées aux transactions d'objets virtuels par les utilisateurs était reversée à Linden par des mécanismes de taxes sur les ventes. Les objets virtuels créés par les utilisateurs ainsi que les terrains virtuels détenus par ces derniers devaient être préservés et mis en mémoire sur les serveurs de *Linden Lab* moyennant des frais de service pour l'utilisateur¹⁹⁶. L'utilisateur exerce un contrôle sur son compte et les « données électromagnétiques » (*electromagnetic records*)¹⁹⁷ constituant ses objets virtuels qui sont enregistrées dans les serveurs de Linden. Ce dernier est simplement payé pour ce service d'emménagement de données et pour tenir la terre et les objets « *in trust* » pour le compte « des propriétaires des items virtuels et des terrains ». En effet, les utilisateurs ajoutent que dans ces circonstances, ils ont le pouvoir de vendre ou de transférer librement leurs objets et terrains virtuels selon leurs propres conditions. Ils ont le pouvoir de mettre leurs objets virtuels aux enchères, de les vendre, d'accorder seulement une licence, de limiter la revente ou de les transférer à l'extérieur de *Second Life* à travers une troisième partie indépendante comme les entreprises de courtage, *eBay.com*¹⁹⁸. Quant aux terrains virtuels qu'ils achètent, ils ont la possibilité de le partager en plusieurs lots, de les louer ou de les revendre à

¹⁹⁵ *California Consumer Legal Remedies Act, California Civil Code § 1750*. La poursuite allègue que *Linden Lab* a porté préjudice à plus de 50 000 utilisateurs avec des dépenses d'environ \$ 100 millions dollars en argent réel pour l'achat et le développement de la propriété virtuelle ainsi que le maintien de cette propriété par le biais de frais mensuels que *Linden Lab* assimilait à des impôts fonciers. La poursuite tient un site internet dans lequel on retrouve toute la procédure. Voir, en ligne : <<http://www.virtuallanddispute.com/>> (site consulté le 11 juin 2013).

¹⁹⁶ *Evans et al. v. Linden Reserach inc. and Philip Rosedale*, complaint, texte en ligne : <<https://app.box.com/shared/04jny8178t>>, n° 103. En effet, un utilisateur peut acheter un terrain virtuel dans *Second Life* seulement s'il devient membre *Premium* et paye des frais mensuels ou une taxe dont le montant varie en fonction de la taille du terrain acheté.

¹⁹⁷ *Id.*, n° 104.

¹⁹⁸ *Id.*, n° 105.

d'autres utilisateurs ou de restreindre leur accès, de construire dessus, ou même de changer la forme du terrain ou d'accorder un droit de servitude. C'est ainsi que les objets virtuels et les comptes des utilisateurs ont une véritable valeur économique dans le monde réel¹⁹⁹. Il convient de citer certains passages qu'on considère important dans le cadre de l'argumentation des demandeurs :

« 108. A participant's accounts and valuables are the same as its property in the real world.

*109. A participant's interest in these virtual items, objects and properties persist regardless of the system currently connected to it, separate from the intellectual property that exists in Defendants' underlying code, much similar to a document or book simply created with a program such as Microsoft Word. Indeed, some commentators have noted that **Second Life, in essence, is simply an "operating system" similar to Microsoft Windows.** (...)*

*115. Along with Defendants' promise of the transfer of title to Plaintiffs of the title to virtual land and the ownership rights to copyright and intellectual property creations, Defendants' virtual world possesses all the real world features of **exclusive ownership**: persistence of rights ; transfer under conditions of agreement and duress ; free alienability of title ; and a currency system to support trade in these property-based assets, including the buying and selling of these assets with U.S. currency. **Private property is the default in Defendants' service, providing its customers with a bundle of rights, including the fundamental right to use, exclude and transfer property interests.** (...) »²⁰⁰
(les caractères en gras sont de nous)*

95. Les demandeurs affirment donc que le monde virtuel de *Second Life* possède toutes les caractéristiques du monde réel incluant la notion de propriété, la persistance des droits, le transfert sous les conditions de consentement et en l'absence de contrainte, l'aliénation sans restriction (« *free alienability* »), et un système monétaire pour permettre le commerce de ces propriétés.

96. Dans cette affaire, la Cour n'a pas autorisé l'exercice du recours collectif sur la requête principale²⁰¹ des utilisateurs quant à leur réclamation sur les fondements de la violation de

¹⁹⁹ *Id.*

²⁰⁰ *Id.*, n° 108, 109 et 115.

²⁰¹ « *order on motion for class certification* »: (...) « *Plaintiffs seek certification of two proposed classes pursuant to Federal Rules of Civil Procedure 23(a), 23(b)(1), 23(b)(2), and 23(b)(3): a. The "Main Class." All persons who are or were owners, possessors, purchasers, creators or sellers of virtual land or any other items of virtual property or items as participants in the Second Life game at any point between November 14, 2003 and the date of class certification;*

nombreuses lois californiennes par *Linden Lab*²⁰². Mais, elle a toutefois autorisé l'exercice du recours collectif quant à la requête accessoire (« sub-class A »)²⁰³ permettant à au moins 57 000 utilisateurs qui ont perdu leur propriété virtuelle après la suppression de leurs comptes utilisateurs, de continuer à poursuivre *Linden Lab* en Cour²⁰⁴. En conséquence, *Linden Lab* a négocié une entente de 43 millions *Linden dollars*, ou 172,000 \$ US avec les plaignants²⁰⁵, nous privant une de fois de plus de jurisprudence en *common law* américaine en la matière. Le règlement de cette affaire signifie que nous devons surveiller l'avènement d'autres poursuites pour voir comment la *propriété virtuelle* sera finalement établie.

97. Les arguments des utilisateurs relatifs à la reconnaissance de la propriété des objets virtuels devant les cours américaines ont également été soutenus et entendus devant certaines juridictions d'autres pays, notamment en cas de vol d'objets virtuels. Par exemple, une Cour chinoise a donné gain de cause à l'utilisateur dans la célèbre affaire *Li Hongchen v. Beijing Arctic Ice Technology Development Co.*²⁰⁶. Cette affaire fut le premier cas en Chine, mais aussi au niveau mondial en matière de vol d'objet virtuel où la Cour a eu à se prononcer sur la question de la propriété de l'objet virtuel. Pour revenir sur les faits, l'utilisateur, *Li Hongchen*, a passé environ deux ans à amasser des armes virtuelles dans le monde virtuel *Redmoon Online* et dépensé près de 1 200 \$ US avant de se les faire voler par un autre utilisateur. *Li Hongchen* a demandé au développeur du monde virtuel, *Beijing Arctic Ice Technology Development Co.* de

b. "Subclass A." *All persons whose assets, including virtual property and real-world personal property (such as in-game accounts funded with U.S. dollars), have been deliberately and intentionally converted, taken, "frozen," or otherwise rendered unusable by Defendant Linden* », *Evans et al. v. Linden Research, Inc. et al.*, préc., note 193.

²⁰² *Supra*, n° 93.

²⁰³ *Supra*, n.b.p. 201.

²⁰⁴ "Plaintiffs may proceed on behalf of this class on the claims for conversion, intentional interference with contractual relations and prospective economic advantage, and unjust enrichment."

²⁰⁵ Les cas concernant la propriété dans le monde virtuel sont majoritairement résolus par des accords confidentiels. Voir l'affaire *Eros LLC. c. Simon*, United States District Court for the Eastern District of New York, file 1:07-cv-04447-SLT-JMA; l'affaire *Bragg*, préc., note 192; *Fahy v. Linden Research Inc. and al.*, case number 2:2010cv01561, (Penn. Dist. Ct. 2010) (le 14 octobre 2010, la Cour a refusé d'entendre l'affaire pour manque de substance).

²⁰⁶ *Li Hongchen v Beijing Arctic Ice Technology Development Co.*, Second Medium Level People's Court, Case No. (2004) er-zhong-min-zong-zi No. 02877 (ci-après cité « l'affaire *RedMoon Online* »); Stephania LUCCHETTI et Lo SHERMAN, "Virtual items in a legal vacuum: perspectives on virtual property from China", (Jun 2009) 54 *IPBA Journal* 9, en ligne: <<https://ipba.org/>> (consulté le 06 août 2015). J.FAIRFIELD, préc., note 42, p. 1048. Voir aussi, Jeremie PARISEL, *La question de la propriété dans les univers virtuels: état des lieux*, Travail de fin d'étude, 2^{ème} Master, Faculté de droit, ULB, Working Papers du Centre Perelman de philosophie du droit, 2009, voir, en ligne: <<http://www.philodroit.be>> (site consulté le 11 juin 2013). Pour en savoir plus sur les faits de l'affaire, voir, en ligne: <<http://www.technewsworld.com/story/32441.html>> (site consulté le 11 juin 2013).

lui donner les renseignements sur le voleur et de remédier à son préjudice. La compagnie ayant refusé, *Li Hongchen* a porté l'affaire devant la Cour et a réclamé la valeur des objets virtuels volés en compensation de son dommage. Son argument principal devant la Cour était que les objets virtuels étaient sa propriété pour la raison suivante : « *I exchanged the equipment with my labor, time, wisdom and money, and of course they are my belongings,* »²⁰⁷. Le développeur a contre argumenté sur la base que la valeur des objets virtuels existait seulement à l'intérieur du monde virtuel et ces objets virtuels étaient : « *just piles of data to our operating companies* » sans valeur réelle dans le monde réel. En conséquence, l'utilisateur ne possédait pas la propriété virtuelle et n'avait donc subi aucun dommage réel. La Cour a jugé en faveur de l'utilisateur et le développeur a été condamné à restituer les objets virtuels volés à l'utilisateur sur le fondement que le développeur était responsable de négligence dans la protection de serveurs et des données qui s'y trouvaient. Si la *propriété virtuelle* n'a pas été reconnue explicitement, force est de constater qu'elle l'est de manière indirecte, par l'entremise de la reconnaissance du dommage que peut causer la perte de ladite propriété²⁰⁸.

98. On peut citer aussi des exemples où les Cours ont condamné sous le volet criminel les voleurs de biens virtuels en reconnaissant ainsi la *propriété virtuelle* à l'utilisateur victime du vol²⁰⁹. Pour un exemple cité par Hugues Nsiangani, « un utilisateur chinois du jeu en ligne Shanda, s'est vu dépossédé de ses biens virtuels par l'éditeur du jeu qui enquêtait sur la vente d'objets numériques volés. Constatant le manque de 6 objets virtuels de son inventaire, le joueur

²⁰⁷ En ligne : <<http://www.cnn.com/2003/TECH/fun.games/12/19/china.gamer.reut/index.html>> (site consulté le 18 décembre 2012).

²⁰⁸ J. PARISEL, préc., note 206, p. 11. La reconnaissance de la propriété virtuelle du côté de l'Asie, voir Sarah XUAN, « Virtual Property in Greater China », (2008), *MMLC Group*, en ligne : <<http://www.hg.org/article.asp?id=5538>> (site consulté le 18 décembre 2012). Elle précise notamment que « *Recognition of virtual property in legislation and judicature has become a trend. The Republic of Korea (ROK) and China's Taiwan and Hong Kong have all issued relevant laws and set precedents in giving criminal sentences to those infringing upon others' virtual property. Related law in the ROK stipulates that online virtual characters and items possess property value, independent of service companies. There is no fundamental difference between virtual property and money deposited in the bank. Relevant departments in Taiwan issued a rule that virtual property and accounts in online games should all be regarded as "electromagnetic records" existing in servers and that they should be regarded as "movable property" in crimes of fraud and theft, and be judged as part of one's private property. Looting other people's virtual property will be judged as a crime and carry a maximum sentence of up to three years' imprisonment.* »

²⁰⁹ Matthew M. CHEW, « Virtual Property in China: The Emergence of Gamer Rights Awareness and the Reaction of Game Corporations », (2011) 13 *New Media Society*, p. 722, en ligne : <<http://nms.sagepub.com/content/13/5/722>>. Voir aussi, Litska STRIKWERDA, « Theft of Virtual Items in Online Multiplayer Computer Games: an Ontological and Moral Analysis », (2012) 14-2 *Springer Science Business Media* 89, en ligne : <<http://www.springer.com>> (site consulté le 18 septembre 2014).

réclama pour 20 000 dollars auprès des tribunaux chinois en réparation de son préjudice pour le temps qu'il avait passé dans le jeu. Il reçut finalement pour moins de 700 dollars »²¹⁰. Autre exemple, en 2008, au Japon, une femme fut condamnée à une peine pouvant aller jusqu'à 5 ans de prison et 5 000 \$ d'amende pour avoir supprimé l'avatar de son ex-mari²¹¹.

99. Certains utilisateurs estiment donc qu'ils peuvent se prévaloir d'un droit de propriété sur les biens virtuels possédés matériellement dans le monde virtuel par leurs avatars et que les développeurs ou un autre utilisateur ne peuvent les en priver, quand bien même les « biens » ne seraient que la représentation de données présentes sur les serveurs informatiques desdits fournisseurs. Ainsi, les utilisateurs réclament du développeur qu'il protège leurs biens virtuels de toute agression extérieure comme le vol ou le piratage par d'autres utilisateurs ou par des robots informatiques en mettant en place des systèmes de protection dans leur logiciel de jeu²¹².

Paragraphe 2. Les arguments des développeurs contre la reconnaissance de la propriété virtuelle

100. Il n'est certainement pas dans l'intérêt de la plupart des développeurs d'accorder la propriété des biens virtuels aux utilisateurs que ce soit aussi bien pour des raisons économiques que de responsabilité extracontractuelle. D'une part, les revenus des développeurs proviennent essentiellement des frais mensuels d'inscription des utilisateurs au monde virtuel et des commissions à chaque transaction d'objets virtuels qui ont lieu sur la plateforme d'échange mise en place par le développeur dans certains mondes virtuels²¹³. Ainsi, pour contrer le commerce illégal ou « marché noir » des biens virtuels, devenu très fréquent, et en conséquence pour éviter des pertes de revenus, les développeurs interdisent les transferts de biens virtuels à l'extérieur du monde virtuel et prévoient des termes sévères de terminaison du compte de joueur sans préavis dans le cas où ils ne respecteraient pas ces termes. D'autre part, il existe un rapport étroit

²¹⁰ Earnest CAVALLI, « Chinese Gamer Wins Suit Over In-Game Item Loss », (2007) *Wired*, en ligne : <<http://blog.wired.com/games/2007/12/chinese-gamer-s.html>> (site consulté le 11 juin 2013).

²¹¹ Voir, Brennon SLATTERY, « Woman Jailed for Murdering Avatar » (2008) *The Washington Post*, en ligne : <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/10/24/AR2008102401707.html>> (site consulté le 19 mai 2013).

²¹² M. M. CHEW, préc., note 209.

²¹³ Arnaud DIMEGLIO, Martin-Daniel GLEIZE, « Les produits dérivés des MMOG », 23 avril 2008, CEJEM, lettre n°39, en ligne : <http://cejem.u-paris2.fr/IMG/CEJEM_LETTRÉ_No39_-_AVRIL_-_NOVEMBRE_2008.pdf> cité aussi dans H. NSIANGANI, préc., note n°19, n.b.p. 12, p. 3.

entre la responsabilité extracontractuelle des développeurs du jeu envers les biens virtuels et la problématique de l'existence des droits de propriété. En effet, la reconnaissance de la *propriété virtuelle* aux utilisateurs par les développeurs entraînerait leurs responsabilités en cas de perte des biens virtuels dans les situations de bogue du système informatique ou du serveur de l'opérateur et il serait extrêmement difficile de compenser et de quantifier les dommages survenus, car la valeur d'un bien virtuel est dépendante principalement du temps et du talent qu'aura mis chaque utilisateur à créer son bien virtuel²¹⁴.

101. Les développeurs ne pourraient ni modifier les biens, ni priver les propriétaires de leur usage alors qu'ils sont responsables du monde virtuel qu'ils ont créé et qu'ils hébergent sur leurs serveurs. En effet, la gestion du monde virtuel peut parfois nécessiter des adaptations dans le logiciel ou d'en interdire l'accès à des utilisateurs emprunts de mauvaises intentions. C'est ainsi que les développeurs précisent dans leurs termes et conditions d'accès au monde virtuel, qui prennent la forme de *Contrat de licence d'utilisateur final* (« CLUF »), qu'ils sont les créateurs des objets virtuels (A) et qu'ils offrent seulement un service de jeu aux utilisateurs (B).

A. Les développeurs sont les créateurs des objets virtuels

102. Ce sont les développeurs qui fournissent le logiciel de jeu, la plateforme de jeu et les matières premières nécessaires à la création des objets virtuels. Les développeurs en majorité n'autorisent plus le transfert des biens virtuels par les utilisateurs pour des questions de pertes de profits²¹⁵ et se proclament alors propriétaires des biens virtuels.

Dans la majorité des mondes virtuels, ce sont les concepteurs du jeu/développeurs qui sont à l'origine des codes sources des objets virtuels, l'utilisateur ne fait que les combiner pour obtenir un objet virtuel. Ils rejettent l'argument des utilisateurs selon lequel ils détiennent le produit et la valeur de leur travail pour avoir passé de nombreuses heures à créer l'objet virtuel. Le professeur Richard Bartle réfute l'approche lockéenne en affirmant que les MMOs sont des jeux virtuels et non une activité de travail et qu'en conséquence le principe d'acquisition par le travail

²¹⁴ H. NSIANGANI, préc., note 19, p. 3.

²¹⁵ M. STEPHENS, préc. note 187, p. 1519.

ne s'applique pas²¹⁶. Cependant, dans le cadre des MMOs avec *script*²¹⁷, qui sont pour la plupart des jeux de quête comme le célèbre jeu *World of Warcraft*, les joueurs doivent faire preuve d'habiletés, connaître parfaitement le jeu et passer de nombreuses heures sinon des années pour obtenir certains objets virtuels rares. Pour certains utilisateurs, comme les *gold-farmers*²¹⁸, il s'agit de leur travail.

B. Le développeur offre un « service »

103. Cet argument est le plus important pour les développeurs qu'ils énoncent clairement dans le CLUF ou dans les règles de jeu selon les mondes virtuels (1). La grande majorité des développeurs de jeu interdisent ainsi toutes formes de propriété aux utilisateurs et en conséquence, interdisent qu'ils vendent les objets virtuels (2), à défaut cela serait contraire à l'esprit du jeu (3).

1. « Service » déterminé dans le CLUF

104. Les compagnies créatrices des mondes virtuels utilisent des contrats de types *Contrats de licence d'utilisateur final* (« CLUF ») plus connus en langue anglaise sous l'appellation *End User Licence Agreements* (« EULA »), lesquels gouvernent les interactions de millions d'utilisateurs à l'intérieur du monde virtuel. Pour accéder au contenu du monde virtuel, l'utilisateur doit d'abord accepter le CLUF via un clic de souris. Dans la majorité des CLUFs, il y est clairement indiqué que les opérateurs offrent des services d'accès aux mondes virtuels comprenant notamment les sites web, les serveurs, les logiciels et tout le contenu²¹⁹. Ils précisent également qu'ils cèdent une licence limitée d'utilisation aux utilisateurs (licence de logiciel²²⁰). L'objectif des développeurs est ainsi de maintenir leur propriété intellectuelle sur leur « œuvre »

²¹⁶ John LOCKE, *Second Treatise of Government*, London, 1690, ebook, en ligne: <<http://www.gutenberg.org/files/7370/7370-h/7370-h.htm>> (site consulté le 10 février 2014).

²¹⁷ *Supra*, n° 33.

²¹⁸ Les « Gold Farmers » sont des personnes qui créent des objets virtuels dans le but de les vendre. Ils sont le plus souvent employés par des entreprises de « Gold farming » qui fonctionnent comme de véritables entreprises industrielles, employant de la main d'œuvre faiblement qualifiée, supervisée par des managers, pour créer des objets virtuels afin de les vendre directement à des clients ou à des revendeurs comme *GamePal*. Voir, en ligne, <<http://www.chinesegoldfarmers.com/>> (site consulté le 4 juin 2013).

²¹⁹ *Infra*, annexe 2.1, *Second Life, terms of services*, art. 2.3.

²²⁰ «*Grant of a Limited Use Licence*», voir notamment les termes et conditions du monde virtuel *World of Warcraft*. *Infra*, annexe 2.2, *WoW, terms of services*, art. 1.B.

(ou logiciel qu'ils exploitent) tout en pouvant la commercialiser²²¹. Une partie de la doctrine américaine se range du côté des développeurs sur le fait qu'ils investissent beaucoup dans le développement de monde virtuel²²² que ce soit en matériel informatique, en logiciel, en main-d'œuvre et en propriété intellectuelle et devraient ainsi être protégés par les règles américaines du *copyright*. De plus, il y a un réel coût lié à la commercialisation (entretien du monde virtuel, mise en réseau, etc.)²²³. Cependant, il semble que les développeurs vont au-delà de la simple protection prévue par *copyright* dans les termes du CLUF (avec le système de licence). En effet, bien que les CLUFs aient certains côtés positifs pour l'utilisateur comme permettre une prévisibilité et une meilleure connaissance des droits des utilisateurs et parfois même plus de droits qu'accordés par la loi²²⁴, les CLUFs sont bien souvent « l'outil puissant du contrôle de la propriété dans un espace virtuel »²²⁵ de manière à ce que les droits des utilisateurs ne puissent pas interférer avec les gains économiques des développeurs²²⁶. Ces contrats de licence peuvent ainsi obliger les utilisateurs à se soumettre à davantage d'obligations que celles requises par la loi dans l'intérêt du développeur au détriment des utilisateurs²²⁷. C'est ainsi que les développeurs n'accordent aucune propriété aux créations d'objets virtuels des utilisateurs dans les mondes virtuels. Selon certains auteurs, ceci a tendance à limiter la créativité des utilisateurs empêchant ainsi des litiges subséquents relatifs à la propriété²²⁸.

2. Le CLUF interdit la vente d'objets virtuels

105. Revenons à l'histoire de *Blacksnow*²²⁹ dans laquelle les responsables de cette compagnie ont été bannis du jeu *Dark Age of Camelot* par le développeur *Mythic entertainment* pour avoir embauché des travailleurs à bon marché au Mexique pour qu'ils gagnent des objets virtuels dans

²²¹ En ligne: <http://www.wipo.int/sme/fr/ip_business/licensing/licensing.htm> (site consulté le 11 juin 2013).

²²² À titre d'exemple, la période de développement de *World of Warcraft* a duré 4 ans et a coûté plus de 63 millions de dollars. Voir, en ligne : <<http://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=6115129>> (site consulté le 11 juin 2013).

²²³ S. H. ABRAMOVITCH et D. L. CUMMINGS, préc., note 107, p. 42-43.

²²⁴ Daniel C. MILLER, « Determining Ownership in Virtual Worlds: Copyright and License Agreements », (2003) 22 *Review of Litigation* 435, p. 461 et 462.

²²⁵ *Id.*, p. 463.

²²⁶ *Id.*

²²⁷ *Id.*

²²⁸ *Id.*

²²⁹ Affaire *Blacksnow*, préc., note 4 et 5.

le jeu afin de les vendre aux utilisateurs. L'argument de *Mythic entertainment* était que les termes du CLUF signé par *Blacksnow*, interdisaient expressément l'achat et la vente d'objets virtuels. La compagnie *Blacksnow* intenta une action en justice sur le fondement qu'elle vendait le temps et l'effort entrepris à obtenir les objets virtuels²³⁰. Cet argument est systématiquement repris par les utilisateurs qui vendent ou achètent des objets virtuels. Pourtant, plus le temps et les efforts mis pour obtenir un objet virtuel seront grands et plus l'objet sera rare et prendra de la valeur au sens de *valeur-travail* et comme on va le voir au sens de *valeur perçue*²³¹. De plus, il est permis de douter de la validité du CLUF présenté le plus souvent sous la forme d'un *clickwrap agreement* en vertu duquel le développeur détermine individuellement les termes et conditions, l'utilisateur étant « forcé » de le signer pour avoir l'accès au jeu sans parfois même l'avoir lu ou avoir compris les termes énoncés. Nous reviendrons sur la qualification du CLUF et la légalité des clauses qu'ils renferment dans la seconde partie de notre étude²³².

3. Service offert en vertu de l'esprit et des règles du jeu

106. Certains auteurs dont Dr Richard Bartle²³³, professeur en intelligence artificielle et développeur du premier monde virtuel appelé *Multi-User Dungeon* (MUD), pense que la *common law* ne devrait pas étendre la propriété aux objets virtuels. Ils argumentent en faveur des développeurs dans le sens où ce sont les règles²³⁴ et l'esprit du jeu (« *Game conceit* ») qui déterminent si un objet virtuel peut être ou non vendu par un utilisateur dans le monde réel²³⁵. Il donne un exemple dans son étude nommée « *Pitfalls of Virtual Property* »²³⁶ (traduits comme

²³⁰ La compagnie *Blacksnow* n'ayant pas payait ses avocats, la poursuite a été suspendue.

²³¹ *Infra*, n° 233, 249, 248 et 251.

²³² *Infra*, n° 597.

²³³ Dr Richard Bartle a beaucoup écrit sur le sujet des mondes virtuels, son *Curriculum vitae* est disponible en ligne: <<http://mud.co.uk/richard/cv.htm>> (site consulté 14 décembre 2012).

²³⁴ Selon Clément Durez, « la règle de jeu est incontestablement une source de droit pour le juge, qui doit toujours être prise en considération lors du règlement des incidents sportifs ou ludiques », C. DUREZ, préc., note 191, n° 58, p. 54.

²³⁵ Richard BARTLE, «Pitfalls of virtual property», (avril 2004) *The Temis Group*, en ligne: <<http://www.themis-group.com/uploads/Pitfalls%20of%20Virtual%20Property.pdf>>. John W. Nelson reprend notamment les concepts de Richard Bartle pour argumenter en faveur des développeurs. Voir, John William NELSON, «Fiber Optic Foxes: Virtual Objects and Virtual Worlds Through the Lens of *Pierson v. Post* and the Law of Capture», (2009) 14 *Journal of Technology, Law and Policy*, p. 5, en ligne: <http://works.bepress.com/john_nelson/1/> (site consulté le 11 juin 2013).

²³⁶ R. BARTLE, préc., note 235.

« les pièges de la propriété virtuelle ») en faisant une analogie avec le bon vieux jeu de société « Monopoly » : l'éditeur est sans aucun doute propriétaire du jeu. Si le joueur décide d'acheter la « rue La Fayette » avec de la vraie monnaie étant à court de billets de Monopoly, il devient propriétaire de cette rue aux fins de la partie, mais à la fin du jeu, il ne pourra revendiquer aucun droit sur cette rue. Le joueur achète un service, mais pas la propriété d'un des éléments du jeu. Le jeu de société reste la propriété de l'hôte de la maison²³⁷.

107. En effet, l'auteur démontre que les mondes virtuels, même s'ils ne sont pas considérés par certains comme des jeux²³⁸ utilisent pour la plupart le même concept : « les joueurs sont d'accord pour abandonner une partie des leurs libertés du monde réel dans le but d'obtenir d'autres libertés et bénéfices (avoir du plaisir notamment) »²³⁹. Il s'agit, en *Ludologie*²⁴⁰, de la notion de « cercle magique »²⁴¹ dans le sens où les joueurs décident d'entrer dans un jeu virtuel pour avoir du plaisir, faire progresser leur personnage et les règles de jeu explicites ou implicites sont établies dans ce sens²⁴². La marchandisation non prévue par les règles de jeu contrevient ainsi à l'esprit du jeu. L'auteur précise que le moteur des mondes virtuels est « la réalisation » (traduction de « *achievement* ») : « le joueur doit sentir qu'il est, à travers ses propres capacités et son expertise, en train de progresser selon des critères établis dans le monde virtuel »²⁴³. Si les règles de jeu permettent au joueur de vendre l'objet de leurs réalisations alors les joueurs perdront leurs sensations et la valeur de leurs réalisations personnelles. Mais les joueurs peuvent aussi prendre du plaisir à faire des transactions privées entre eux pour obtenir un caractère virtuel de plus haut niveau, car il s'ennuie au niveau de jeu auquel ils sont. Le danger de la reconnaissance juridique de la *propriété virtuelle* serait la perte de liberté des développeurs et la fin des mondes virtuels²⁴⁴.

²³⁷ H. NSIANGANI, préc., note 19, p. 22.

²³⁸ R. BARTLE, préc., note 235, p. 13.

²³⁹ *Id.*

²⁴⁰ «La ludologie se concentre sur la compréhension des structures et des éléments du jeu, et plus particulièrement de ses règles, ainsi que sur la création de typologies et de modèles susceptibles d'expliquer la mécanique des jeux.» Office Québécois de la langue française, *Le grand dictionnaire terminologique*, en ligne : <<http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/Resultat.aspx>> (site consulté le 28 mars 2014).

²⁴¹ Johan HUIZINGA, *Homo Ludens - Essai sur la fonction sociale du jeu*, Paris, Gallimard, 1938, cité dans R. BARTLE, préc., note 235, n.b.p. 32. Voir aussi, L. STRIKWERDA, préc., note 209, p. 3.

²⁴² R. BARTLE, préc., note 235, p. 14.

²⁴³ *Id.*

²⁴⁴ Richard BARTLE, «Virtual Worldliness: What the Imaginary Asks of the Real», (2004) 49 *New York Law School Legal Review* 19, 43.

108. Certains développeurs autorisent alors la vente d'objets virtuels et développent un centre marchand. Par exemple, dans les mondes virtuels *Achaea* ou *Second Life*, les utilisateurs ont la possibilité d'acheter des objets virtuels du développeur, mais ces formes de commerce sont encadrées par les règles du jeu. De plus, l'utilisateur ne détient ni son personnage, ni même son compte de jeu puisqu'ils appartiennent tous deux au développeur selon les termes et conditions²⁴⁵.

C. *Les modèles de propriété virtuelle prévus par les développeurs dans les CLUFs*

109. En pratique, il est possible de distinguer deux types de CLUFs selon les mondes virtuels : le modèle « traditionnel » ou général, c'est-à-dire le plus souvent rencontré dans les mondes virtuels avec script, en vertu duquel la majorité des développeurs essaient de se protéger et de s'approprier toutes formes de propriété en faisant bien attention de rédiger le CLUF en leur faveur (1); et le modèle « original » qu'on rencontre dans les mondes virtuels sans script comme *Second Life*, accordant certains droits de propriété à l'utilisateur²⁴⁶ (2). Dans leur ensemble, les CLUFs sont rédigés de telles sortes, qu'il conviendra de différencier les clauses du droit de propriété classiques de celles de la propriété intellectuelle²⁴⁷.

1. *Le modèle général de CLUF*

110. Traditionnellement, pour se garantir le contrôle de la propriété dans leur espace virtuel²⁴⁸, les développeurs refusent d'accorder aussi bien un droit de propriété intellectuelle qu'un droit de propriété classique aux utilisateurs sur les objets virtuels créés ou acquis dans le monde virtuel.

²⁴⁵ R. BARTLE, préc., note 235, p. 4.

²⁴⁶ Ryan G. VACCA, «Viewing Virtual Property Ownership Through the Lens of Innovation», (2008) 76 *Tennessee Law Review* 33.

²⁴⁷ *Id.*, p. 41 et 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 Law Review* 281, 296. Il analyse l'application du droit de propriété classique aux ressources virtuelles et distingue l'approche normative de l'approche positiviste, la dernière approche étant en partie l'émanation du droit de propriété intellectuel du développeur sur les biens virtuels.

²⁴⁸ D. C. MILLER, préc. note 224, p. 463.

111. D'une part, la majorité des développeurs précise lors de la rédaction du CLUF qu'ils restent titulaires des droits de propriété intellectuelle sur les biens virtuels qu'ils ont créés, mais aussi sur les biens que les utilisateurs ont créés dans le monde virtuel²⁴⁹. Ce modèle est le plus courant²⁵⁰, on le rencontre notamment dans les célèbres mondes virtuels comme *World of Warcraft*²⁵¹, *Everquest*²⁵², *Ultima online*²⁵³ ou dans *Entropia Universe*²⁵⁴ dans lesquels, il est clairement indiqué dans leur CLUF que l'utilisateur doit céder ses droits de propriété intellectuelle au développeur en cas de création d'objets virtuels.

112. D'autre part, une partie de la doctrine défend la thèse que la théorie « classique » de la propriété peut s'étendre aux objets virtuels notamment en application de la théorie lockéenne du travail²⁵⁵, du besoin de protéger l'utilisateur contre les vols d'objet virtuel, qui sont de plus en plus fréquents et également selon le principe d'attribution de la propriété en fonction de la maximisation de la valeur des objets virtuels²⁵⁶. Alors que la jurisprudence récente dans certains pays²⁵⁷ reconnaît dorénavant l'existence de la *propriété virtuelle* spécifiquement dans les cas de vol d'objets virtuels, les développeurs continuent à nier son existence aux utilisateurs. Par exemple, aux États-Unis, le développeur du monde virtuel *EVEonline* a clairement rédigé que l'utilisateur n'a aucun droit de propriété sur les objets virtuels qu'ils auraient « acquis » en passant du temps à jouer :

« You have no interest in the value of your time spent playing the Game, for example, by the building up of the experience level of your character and the items your character accumulates during your time playing the Game. Your Account, and all attributes of your Account, including all corporations, actions, groups, titles and characters, and all objects, currency and items

²⁴⁹ R. G. VACCA, préc., note 246, p. 42.

²⁵⁰ *Id.*

²⁵¹ *Infra*, annexe 2.2, *WoW, terms of services*, art. 2-A.

²⁵² CLUF de *Everquest*, article 5.4, en ligne : <<http://www.soe.com/termservice.vm>> (site consulté le 07 août 2015). Pour un extrait de cet article: "Please note that Virtual Items are not chattel and you do not acquire any ownership rights in the Virtual Items."

²⁵³ CLUF de *Ultima Online*, article 5 c), en ligne : <<https://help.ea.com/article/uo-terms-of-service>> (site consulté le 07 août 2015).

²⁵⁴ CLUF de *Entropia Universe*, article 4.1, en ligne : <<http://legal.entropiauniverse.com/legal/eula.xml>> (site consulté le 07 août 2015).

²⁵⁵ Leah SHEN, « Who Owns the Virtual Items? », (2010) 9 *Duke Law & Technology Review* 1, n° 25, en ligne: <<http://scholarship.law.duke.edu/dltr/vol9/iss1/10>> (site consulté le 07 août 2015).

²⁵⁶ J. W. NELSON, préc., note 247, p. 293, 294 et 296.

²⁵⁷ En ce qui concerne la Chine, Taiwan ou la Corée du Sud ainsi que les Pays-Bas dans une certaine mesure (Cour de Cassation des Pays-Bas 31.01.2012, LJN: BQ9251, Hoge Raad). *Id.*, p. 293.

acquired, developed or delivered by or to characters as a result of play through your Accounts, are the sole and exclusive property of CCP, including any and all copyrights and intellectual property rights in or to any and all of the same, all of which are hereby expressly reserved²⁵⁸. (les caractères gras ont été ajoutés par nos soins)

De plus, face à la pratique des ventes aux enchères d'objets virtuels indépendants des mondes virtuels comme *eBay* ou *Player Auctions*, les développeurs des mondes virtuels ont vivement réagi dans leurs termes et conditions pour restreindre ces pratiques. Selon eux, les transactions d'objets virtuels en dehors du monde virtuel entraînent un manque à gagner et peuvent dénaturer le jeu. Ainsi, la majorité des développeurs ont interdit la vente d'objet virtuel à l'extérieur du monde virtuel et certains d'entre eux, en ont profité pour installer leurs propres plateformes de « ventes » d'objet virtuel, en précisant que les utilisateurs ne seront pas propriétaires des objets virtuels « acquis »²⁵⁹. Ainsi, les développeurs adoptent aussi une mentalité mercantile dénaturant finalement le jeu.

Par la rédaction de ce genre de clauses, les développeurs expriment clairement qu'ils ne reconnaissent pas l'existence de la *propriété virtuelle* à l'utilisateur. En effet, dans le cas contraire, le développeur deviendrait une sorte de « dépositaire »²⁶⁰ (de l'anglais « *custodian* ») plutôt qu'un propriétaire. Dès lors, ils auraient des responsabilités envers les joueurs et principalement l'obligation de maintenir la valeur de la *propriété virtuelle* dans le monde virtuel²⁶¹. Ceci impliquerait qu'ils perdent le contrôle sur le logiciel du monde virtuel et le pouvoir de le modifier puisque le logiciel détermine les caractéristiques intrinsèques des objets virtuels et donc toute modification reviendrait à influencer sur la valeur des objets virtuels. Par exemple, un utilisateur achète pour 2 000 \$ un objet virtuel, car il est rare et le développeur

²⁵⁸ CLUF de *EVOnline*, article 10. B), en ligne : <<http://community.eveonline.com/pnp/eula.asp>> (site consulté le 07 août 2015).

²⁵⁹ *Infra*, annexe 2.2, *WoW, terms of services*, art. 2. Par exemple, le développeur *Blizzard* a mis en place une maison d'enchère dans le monde virtuel *Diablo III*, et a précisé très clairement dans son article 14, *Diablo III Auction House terms of use*: « *Blizzard owns or has the right to use all of the Loot, as well as all of the characters and content that appears in Diablo. You do not own any of the Loot, characters, or other content that appears in Diablo, and that you have no right or title in or to any of the Loot (other than any license to use any Loot granted to you by Blizzard, which may be revoked by Blizzard at any time), Diablo, or your Account. You are not allowed to sell, trade or somehow transfer Loot, characters, or any other Diablo content outside of Diablo or the Auction House* », en ligne: <http://us.blizzard.com/en-us/company/legal/d3rmah_tou.html> (site consulté le 07 août 2015).

²⁶⁰ R. BARTLE, préc., note 235, p. 9.

²⁶¹ *Id.*

décide de modifier le *design* du monde virtuel et établit le même objet virtuel un peu partout. Cet objet virtuel devient donc commun et perd de sa valeur. Le développeur serait responsable du coût de la transaction de l'utilisateur s'il reconnaissait le principe de *propriété virtuelle*. Il a donc un fort intérêt politique et économique à nier son existence. En effet, dans le cas contraire, le développeur serait responsable d'indemniser les utilisateurs si leurs objets virtuels venaient à disparaître de sa propre action ou de son inaction par exemple, face à un pirate ou un bogue informatique ou bien encore par le fait de sa négligence s'il advenait que la sécurité de son serveur soit compromise. Le développeur serait également forcé de continuer une activité déficitaire, puisque la fin du service d'hébergement signifie la fin du monde virtuel²⁶² et donc la suppression de tout son contenu.

113. Au contraire, une partie de la doctrine considère que la reconnaissance d'un droit de propriété accordée aux joueurs bénéficierait aussi aux développeurs. En effet, si les objets virtuels n'avaient aucune valeur monétaire, alors les joueurs passeraient moins de temps à fréquenter les mondes virtuels. C'est dire que le plaisir de jouer perd de son importance lorsque de l'argent est en jeu. Si les droits de propriété étaient reconnus sur les objets virtuels, cela bénéficierait ainsi aux développeurs qui verraient leurs mondes virtuels plus fréquentés et donc plus rentables pour eux²⁶³, sauf dans les cas où leurs responsabilités seraient engagées. *Second Life* est une bonne illustration de cet argument.

2. Le modèle particulier de CLUF dans *Second Life*

114. Depuis sa création en 2003, *Second Life* était connu pour être le seul monde virtuel à garantir aux utilisateurs la pleine propriété sur les objets virtuels créés ou acquis au sein du jeu et donc le droit de les vendre à d'autres utilisateurs. Pourtant en 2010, *Linden Lab* (ci-après « *Linden* »), le développeur de ce monde virtuel a modifié les dispositions du CLUF relatives à la notion de propriété. Il est intéressant de voir l'évolution de ces dispositions et les conséquences qui en découlent.

115. Lors de sa création en 2003, face au manque d'utilisateur et dans l'objectif d'attirer la clientèle, *Linden* a décidé de reconnaître aux utilisateurs la propriété intellectuelle sur les biens

²⁶² J. PARISEL, préc., note 206, p. 12.

²⁶³ L. SHEN, préc., note 255, n° 28 et 29.

qu'ils avaient créés. Ainsi, *Linden* a fait bien attention de rédiger les dispositions du CLUF en ce sens et l'article 3.2 énonçait que :

« *You will retain any and all applicable copyright and other intellectual property rights with respect to any Content you create using the Service, to the extent you have such rights under applicable law.* »²⁶⁴

116. Dans le respect des droits de propriété intellectuelle des utilisateurs, il était prévu que l'utilisateur/créateur donnait automatiquement à *Linden* « une licence sans redevances, mondiales, entièrement libérée, perpétuelle, irrévocable, non exclusive d'utiliser et de reproduire le contenu des créations dans tous les médias pour des raisons de marketing ou de promotion en relation avec *Second Life* »²⁶⁵. L'utilisateur gardait le droit par avis écrit de demander à *Linden* de cesser la publication du contenu de sa création. Dans ce cas, *Linden* promettait de faire « des efforts commerciaux raisonnables pour cesser la publication en cause »²⁶⁶.

117. Grâce à cette approche, *Second Life* est devenu une révolution dans les mondes virtuels et a attiré maintenant près de 30 millions d'utilisateurs et les transactions d'objets virtuels dans *Second Life* s'élèvent environ à 700 millions de dollars US chaque année²⁶⁷. En effet, l'innovation et les créations d'objets virtuels au sein de *Second Life* a considérablement augmenté, les utilisateurs pouvant ainsi acheter des objets virtuels à d'autres utilisateurs qu'ils utiliseront via leurs avatars ou les vendre en *Linden Dollars* et convertir cette monnaie virtuelle pour de l'argent réel au cours des fluctuations boursières de *Lindex*, la bourse de change en ligne mise en place par *Second Life*.

118. Cependant, en permettant aux utilisateurs de rester titulaires de la propriété intellectuelle sur leurs créations virtuelles, *Linden* se trouve dans l'obligation de protéger les personnes ou

²⁶⁴ Traduction libre en français : « Vous restez titulaire du droit d'auteur et de tout autre droit de propriété intellectuelle relatif au contenu que vous créez sur *Second Life* dans la mesure où la législation applicable vous reconnaît de tels droits », Magazine de l'OMPI, 6/2007, en ligne :

<http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2007/06/article_0004.html> (site consulté le 17 novembre 2012).

²⁶⁵ Article 3.2 cité dans Brendan J. GILBERT, *The Second Life Intellectual Property*, 2009, p. 2, en ligne : <<http://ssrn.com/abstract=1409091>> (site consulté le 7 août 2015).

²⁶⁶ *Id.*

²⁶⁷ Voir, les propos du CEO de *Linden Lab*, Philip Rosedale en juillet 2012, en ligne :

<<http://pandodaily.com/2012/07/06/philip-roosedale-the-media-is-wrong-secondlife-didnt-fail/>> (site consulté le 2 novembre 2012).

compagnies qui font l'objet de violation de leur propriété intellectuelle par les utilisateurs de *Second Life*. En effet, *via* leurs avatars, les utilisateurs peuvent acheter d'autres utilisateurs des chaussures *Nike* portant le dessin distinctif de la compagnie ou des lecteurs *iPod* chargé avec les derniers tubes du moment, malgré le fait que *Nike*, *Apple* et les artistes-interprètes n'ont pas consenti à la création et la vente de ces objets virtuels exploitant leurs marques de commerce, droits d'auteur, dessins ou autres droits de propriété intellectuelle de valeur²⁶⁸. Bien que *Linden* interdit ces activités illégales dans son CLUF, il n'en reste pas moins que les exemples que l'on vient de mentionner sont tirés de faits bien réels. *Linden* a ainsi fait l'objet de différentes poursuites judiciaires relatives aux questions de protection de la propriété intellectuelle²⁶⁹. À titre d'exemple, il est intéressant de citer quelques cas qui ont été présentés devant les cours américaines : Dans l'affaire *Taser international inc. c. Linden Research inc.*²⁷⁰, *Linden* a été poursuivi par la compagnie *Taser* afin de faire cesser la vente de *Tasers* virtuels par des utilisateurs/vendeurs, n'ayant pas obtenu de licence de ladite compagnie, sur le site de vente d'objets virtuels appartenant à *Linden*, *XStreetSL*. *Linden* s'est exécuté et a empêché ces ventes, *Taser* abandonna ainsi les poursuites. Dans une affaire similaire, *Minsky c. Linden Lab*²⁷¹, un utilisateur a ouvert sa galerie d'art dans *Second Life* qu'il a nommé « *SLART* » comme sa galerie réelle et a demandé à *Linden* de supprimer la galerie d'un autre utilisateur qui utilisait illégalement le même nom²⁷². Enfin, citons l'affaire bien connue *Eros, LLC et al v. Linden Research, inc. et al*²⁷³ (« *Eros* »), en vertu de laquelle *Linden Lab* a été poursuivi notamment pour avoir contribué à produire et à favoriser la mise en vente de copies illégales de *Sex Beds Sexgen*, ligne de produits et marque commercialisés par la compagnie *Eros* dans *Second Life*,

²⁶⁸ WIPO, « IP and Business: Second Life - Brand Promotion and Unauthorized Trademark Use in Virtual Worlds » (novembre 2007), WIPO magazine, en ligne :

<http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2007/06/article_0004.html> (site consulté le 18 septembre 2014).

²⁶⁹ B. J. GILBERT, préc., note 265.

²⁷⁰ Plainte, *Taser International Inc. c. Linden Research Inc.*, 2:09-cv-00811 (D. Arizona 2009).

²⁷¹ Demande amendée, *Minsky c. Linden Lab*, Civil Case No. 08-CV-819 (N.D.N.Y. 2008).

²⁷² *Linden Lab* a refusé de supprimer ce contenu et a enjoint le premier galeriste de modifier son nom qui était « *SLART* » car ce nom reprenait l'abréviation SL protégée par *Linden* (quand bien même ce nom existait dans la vie réelle avant SL). L'affaire a été réglée à l'amiable. Judgment dismissing action by reason of settlement, *Minsky c. Linden Lab*, Civil Case No. 08-CV-819 (N.D.N.Y. 2009).

²⁷³ *Eros, LLC et al v. Linden Research, Inc. et al*, U.S. District Court, Northern District of California, Case No. 09-cv-04269, Filed September 15, 2009. Les parties se sont finalement arrangées à l'amiable et sont allées en médiation le 07 octobre 2010. La Cour classa l'affaire le 16 mars 2011.

lui faisant perdre ainsi des clients et donc des profits. À noter que la majorité des cas ont finalement été réglés à l'amiable au profit des plaignants.

119. Depuis les dernières modifications apportées au CLUF en date de 2013, *Linden Lab* énonce que l'utilisateur qui soumet du contenu virtuel sur *Second Life* dans les espaces publics donne aussi bien une licence à *Linden* qu'aux utilisateurs :

« *You agree that by uploading, publishing, or submitting any Content to any publicly accessible areas of the Service, you hereby grant each user of Second Life a non-exclusive license to access the User Content through the Service, and to use, reproduce, distribute, prepare derivative works of, display, and perform the Content In-World or otherwise on the Service solely as permitted by you through your interactions with the Service under these Terms of Service. This license is referred to as the "User Content License", and the Content being licensed is referred to as "User Content". "Publicly accessible" areas of the Service are those areas that are accessible to other users of that aspect of the Service.* »²⁷⁴ (les caractères gras sont de nous).

Les termes ne sont pas les mêmes dans les domaines non publics dans lesquels l'utilisateur peut décider de restreindre l'accès aux autres utilisateurs²⁷⁵. Aussi, selon les termes, un utilisateur pourrait ainsi diffuser sur internet la photo d'un objet virtuel créé par un autre utilisateur sans que ce dernier ne puisse se plaindre²⁷⁶.

120. De plus, *Linden* modifie les dispositions de son CLUF dans le sens, où dorénavant, il n'est plus responsable pour les contenus d'utilisateurs violant les droits de propriété et se réserve la possibilité de supprimer les contenus qu'il jugerait non conformes²⁷⁷.

121. *Linden* cherche par ces nouvelles mesures à éviter toute poursuite fondée sur la propriété. Mais il n'échappe pas à un récent recours collectif contre lui de la part d'utilisateurs mécontents de s'être fait supprimés leurs comptes dans *Second Life* (incluant des objets et de la monnaie virtuels de valeur) par *Linden Lab* sans les avoir avisé, ni dédommagé, tel qu'on l'a vu plus haut dans l'affaire *Evans*²⁷⁸. Il s'agit de suivre les développements de cette affaire, dans laquelle on espère la Cour aura l'occasion de se prononcer quant à la reconnaissance ou non de la

²⁷⁴ *Id. Infra*, annexe 2.1, *Second Life, terms of services, Second Life, terms of services*, art. 2.4 al. 1.

²⁷⁵ *Infra*, annexe 2.1, *id.*, art. 2.4 al. 2.

²⁷⁶ *Id.*, art. 2.5.

²⁷⁷ *Id.*, art. 2.3 al. 6.

²⁷⁸ *Supra*, n° 93.

propriété virtuelle aux utilisateurs et les conséquences de la validité ou non des dispositions des *Contrats de licence d'utilisateurs finals*.

122. Nous venons de voir les différents modèles de propriété et trouvailles juridiques prévus par les développeurs dans les CLUFs pour s'octroyer la propriété de toutes les composantes du monde virtuel. Si les CLUFs peuvent être un élément de réponse dans la détermination de la propriété des objets virtuels, nous verrons plus loin qu'ils ne sont pas juridiquement fiables puisqu'ils peuvent être remis en cause par un juge selon la loi applicable²⁷⁹.

123. Synthèse : La lacune de données empiriques dans le domaine de la *propriété virtuelle* en Amérique du Nord et en Europe²⁸⁰ nous amène à renoncer à une analyse de la théorie positiviste pour nous concentrer sur une approche normative et passer en revue les différentes théories doctrinales divisées quant à la reconnaissance de la propriété dans les mondes virtuels, certaines, en faveur des revendications des utilisateurs et d'autres, en faveur des développeurs.

Section 2. L'approche théorique quant à l'existence de la *propriété virtuelle*

124. Il convient ici de relever les différents courants doctrinaux qui se sont penchés sur la question de la reconnaissance de la *propriété virtuelle*. Le premier, favorable à la reconnaissance de la *propriété virtuelle*, justifie l'extension des droits de propriété à la *propriété virtuelle* en se référant principalement à l'une des trois théories normatives « classiques » de la propriété : la théorie du travail de Locke (paragraphe 1), la théorie utilitariste de Bentham (paragraphe 2) et enfin, les théories de la personnalité de Hegel (paragraphe 3). Au contraire, le second courant doctrinal s'oppose à l'existence de la *propriété virtuelle* en prononçant des critiques à l'encontre des différentes théories prononcées par les défenseurs de la reconnaissance de la *propriété virtuelle*. Enfin, une autre partie de la doctrine se place d'un point de vue économique pour admettre que la reconnaissance des droits de propriété permet de créer de la stabilité et de

²⁷⁹ *Infra*, n° 557 et 558.

²⁸⁰ Cependant, une analyse de données empiriques a été menée en Chine et en Corée du Sud via des sondages d'opinions des utilisateurs et l'interprétation des réponses des développeurs sur les problèmes de propriété virtuelle soulevés en justice devant les Cours Chinoises. Voir, M. M. CHEW, préc., note 209, p. 724.

promouvoir le développement des mondes virtuels et les transactions qui y résultent, en termes de « marché efficient » (paragraphe 4).

Paragraphe 1. La théorie lockéenne du travail

125. John Locke²⁸¹ justifie le caractère naturel du droit de propriété privée et son caractère exclusif en partant de l'analyse de la propriété du corps humain et du travail. La propriété est une soustraction à l'ordre naturel initial, la propriété ne se retrouve pas dans les conventions entre les hommes, mais dans une opération individuelle qui étend aux objets un droit de propriété préexistant par un effet de transformation comme une « signature personnelle »²⁸² sur l'objet. Si l'on modifie ou altère un objet alors on obtient un droit de propriété exclusif sur cet objet. C'est dans cette logique que le travailleur s'approprie le fruit de son travail.

Pour John Locke, la propriété est un droit légitime qui tient sa légitimité de son fondement moral et religieux. Ainsi, Dieu est propriétaire de toutes choses, il donne la terre aux hommes pour qu'ils en tirent de quoi subsister. Les droits de propriété sont des droits naturels qui existent indépendamment et avant même leur reconnaissance par le gouvernement.

Si certains auteurs dans notre domaine trouvent que la théorie lockéenne du travail se prête bien au contexte pour justifier de l'existence de la *propriété virtuelle* (A), d'autres s'opposent fortement à son application dans les mondes virtuels (B).

A. L'utilisation raisonnable de la théorie lockéenne au monde virtuel

126. La théorie de la propriété de John Locke est notamment utilisée par Greg Latowska et Dan Hunter²⁸³ 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

²⁸¹ John Locke (1632-1704), philosophe connu pour sa théorie sur les droits naturels et pour avoir écrit, notamment, "*Two Treatises of Government: A Critical Edition with an Introduction et Apparatus Criticus*". John LOCKE, préc., note 216.

²⁸² Christian LAZZERI, « Locke et le fondement du droit de propriété », p. 6, en ligne: <http://ses.ens-lyon.fr/servlet/com.univ.collaboratif.util.LectureFichiergw?ID_FICHER=1274878590695&ID_FICHE=14606&INLINE=FALSE> (site consulté le 22 juin 2013).

²⁸³ G. LASTOWKA et D. HUNTER, préc., note 187, p. 61-63 ; Greg LASTOWKA, *Virtual justice: the New Laws of Online Worlds*, New Haven et London, Yale University Press, 2010, p. 129 et 130.

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*²⁸⁴.

127. 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 »).

128. 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.

129. 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 *nature*²⁸⁵. 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.* »²⁸⁶.

130. 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.

Si 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 plateforme et le serveur, en vertu desquels les objets virtuels créés par les utilisateurs peuvent exister. Il convient pourtant de distinguer le travail de création des utilisateurs selon qu'ils se trouvent

²⁸⁴ *Supra*, n° 2, 6 et 53.

²⁸⁵ G. GOLDSTEIN, préc., note 20, p. 110.

²⁸⁶ J. LOCKE, préc., note 216, n° 27. Voir aussi, G. LASTOWKA et D. HUNTER, préc., note 187, p. 161.

dans un monde virtuel *avec* ou *sans script*. En effet, les utilisateurs et les développeurs ne font pas le même travail de création sur l'objet virtuel selon le type de monde virtuel.

131. Dans la plupart des *mondes virtuels avec script*, les utilisateurs ne sont pas « producteurs » d'objet virtuel. D'une part, un utilisateur peut créer un objet virtuel en combinant deux objets virtuels existants, lesquels ont été initialement créés par le développeur, pour produire un nouveau bien. Pour reprendre l'exemple de Horowitz, un utilisateur peut combiner un bonbon et un bâton virtuels pour créer une sucette virtuelle²⁸⁷. Aussi, l'utilisateur peut acquérir une épée magique en tuant le monstre virtuel qui s'en servait. Dans ces deux cas, les utilisateurs possèdent des objets virtuels qui ont été produits originellement par les développeurs, le bonbon et le bâton virtuels, l'épée magique et le monstre virtuel ont tous été créés par le développeur. L'utilisateur se sert ainsi de nombreuses « matières premières » fournies par le développeur pour s'approprier des biens virtuels à l'intérieur du monde virtuel. En conséquence, dans ces exemples, la théorie de Locke servirait mieux la réclamation de propriété des développeurs plutôt que des utilisateurs.

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. Par exemple, l'utilisateur qui *travaille* à gagner une épée magique la distingue par son usage et son utilité des autres biens virtuels de même nature possédés par des avatars contrôlés par le programme informatique. Il faut préciser qu'il existe plusieurs objections à l'emploi du mot *travail* pour qualifier le comportement des utilisateurs dans les mondes virtuels *avec script* puisqu'il s'agit de jouer et non pas de travailler à proprement parler²⁸⁸.

132. À l'inverse dans les mondes virtuels *sans script* comme dans *Second Life*, le développeur donne aux utilisateurs seulement les moyens techniques à partir desquelles seront créés les objets virtuels par les utilisateurs. Un utilisateur peut créer entièrement un objet virtuel à l'intérieur du monde virtuel à partir d'un code original. Dans ce cas, le travail de création de l'utilisateur sur l'objet virtuel devient alors plus important que celui du développeur. Toutefois, si les développeurs n'ont ici joué aucun rôle dans la création de l'objet virtuel à l'exception de

²⁸⁷ S. J. HOROWITZ, préc., note 41, p. 453.

²⁸⁸ *Id.*, p. 454. Voir, R. BARTLE, préc., note 235, p. 6.

fournir l'espace dans lequel l'utilisateur peut rédiger son code, il ne faut pas oublier qu'ils fournissent aussi le logiciel de création. Dans *Second Life*, ce sont les créations et les échanges des utilisateurs qui donnent la valeur aux objets virtuels, sans quoi le monde virtuel n'aurait aucune utilité. Ainsi, la réclamation de propriété des utilisateurs aurait plus de poids dans le cas où les utilisateurs peuvent créer les biens au lieu de les gagner à travers les étapes de jeu ou de les acheter au développeur.

133. La création de l'objet virtuel dépend ainsi du type de « matières premières » mis à la disposition de l'utilisateur par le développeur. Plus les « matières premières » dont se servent les utilisateurs dans la création de l'objet virtuel sont importantes, plus ils auront du mal à réclamer la propriété de l'objet virtuel ainsi créé, car leur part de travail, en terme de temps et d'énergie, sera moindre que celle du développeur dans l'objet de la création.

B. *Les critiques à l'application de la théorie lockéenne du travail*

134. Certains auteurs²⁸⁹ critiquent l'application de la théorie de Locke pour justifier de l'existence de la propriété dans les mondes virtuels. D'une part, selon Steven Horowitz, la théorie de Locke est difficile d'application dans le sens où on ne trouve pas de « bien commun » sous-jacent à la création de biens virtuels²⁹⁰. D'autre part, John W. Nelson critique fermement l'application de la théorie lockéenne pour justifier l'existence de la *propriété virtuelle*, car cette théorie trouve application seulement pour déterminer l'acquisition initiale d'un objet *provenant de son état de nature* ou plus précisément selon les termes de Locke : « *out of the State that Nature hath provided* ». Selon Locke, le travail de l'homme se résume à retirer une ressource en dehors de son état de nature²⁹¹. Or, John Nelson révèle bien que l'objet virtuel n'existe pas à

²⁸⁹ S. J. HOROWITZ, préc., note 41; J. W. NELSON, préc., note 247, p. 281; Aussi, Robert Nozick énonce son objection à l'application de la théorie de Locke pour justifier de 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. G. LASTOWKA et D. HUNTER, préc., note 187, p. 63.

²⁹⁰ S. J. HOROWITZ, préc., note 41, p. 454-455.

²⁹¹ J. LOCKE, préc., note 216, n° 27, p. 185.

l'état de nature lorsque l'utilisateur fournit le travail à sa création, car c'est le développeur qui a originellement travaillé à sortir l'objet virtuel de la « nature » et qui en donne l'accès à l'utilisateur²⁹². De plus, l'auteur précise que la théorie lockéenne du travail a fréquemment été rejetée par les cours américaines pour justifier de l'acquisition de la propriété²⁹³.

135. Toutefois, Steven Horowitz précise qu'il est possible de faire appel à la théorie « *valeur-travail* » qui justifie de reconnaître un droit de propriété à la personne qui travaille à créer de la valeur à un bien source de rareté, qui auparavant n'avait aucune utilité²⁹⁴. On est ainsi proche de la philosophie utilitariste. L'avantage de cette théorie dérivée de celle de Locke est qu'elle ne fait ni référence au critère de *biens communs* difficilement identifiables dans notre contexte, ni au critère de *nécessité* comme justification première à l'obtention de la propriété selon Locke. En effet, certains auteurs voient dans ces critères un frein à l'application de cette théorie dans notre contexte.

136. Malgré les différentes critiques 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 utilitariste²⁹⁵. En conséquence, il convient de se tourner vers des théories alternatives en matière de propriété. Plusieurs auteurs font ainsi souvent référence à la théorie utilitariste et à la théorie de la personnalité.

²⁹² J. W. NELSON, préc., note 247, p. 290-291. Aussi, Lastowka et Hunter rappelle les caractéristiques des objets virtuels dans les mondes virtuels : “*After all, the broadswords, chairs, and castles of Britannia are simply entries in a database resident on a server, which permit the computer monitor of a participant to display one of many possible images that is already present within the software.*” G. LASTOWKA et D. HUNTER, préc., note 187, p. 51. “*For example, multiple players may possess an iron sword. Only one copy of the software code that defines the appearance of an iron sword exists in the server memory, and the location of that code in the memory has an address. The character database only stores this address to represent the asset. When a player loses an iron sword, the server program simply deletes its address from the list of assets associated with that player's character; when a player gains an iron sword, the server program adds its address to the list.*” M. STEPHENS, préc., note 187, p. 1513, 1515 et 1518.

²⁹³ J. W. NELSON, préc., note 247, p. 291 et 292.

²⁹⁴ S. J. HOROWITZ, préc., note 41, p. 455.

²⁹⁵ G. GOLDSTEIN, préc., note 20, p. 110.

Paragraphe 2. La théorie utilitariste

137. Cette théorie recherche principalement un « bonheur social optimal »²⁹⁶. Elle analyse l'économie avec le droit de propriété afin d'expliquer son existence, ses caractères ou ses effets économiques et sociaux²⁹⁷. Jeremy Bentham et John S. Mill sont les fondateurs de cette théorie. Au nom de la liberté dans les relations entre les individus, les tenants de cette théorie défendent la libre propriété des moyens de production et la liberté dans les échanges économiques. Parallèlement à la théorie *libérale-utilitaire* s'est développé un courant *social-utilitaire*. Il ne s'agit pas ici de rappeler le débat entre ces deux courants puisque seule la théorie utilitariste de J. Bentham est couramment utilisée pour justifier la reconnaissance des droits de propriété dans les MMOs (A), domaine dans lequel on aurait de la difficulté à appliquer le courant socialiste de la théorie utilitaire²⁹⁸ (B).

A. L'application raisonnable de la théorie utilitariste au monde virtuel

138. La théorie benthamienne favorise la propriété privée et exclusive au nom de l'efficacité et de la liberté. La structure juridique ayant le meilleur effet incitatif pour développer la « production », entendue ici comme la création, est le droit de propriété privée²⁹⁹.

139. Selon cette théorie, la propriété privée doit être attribuée s'il en résultait une augmentation générale de l'utilité, c'est-à-dire un accroissement du « bien-être social »³⁰⁰. Pour Alain Strowel, J. Bentham annonce la récente théorie économique du droit dans laquelle la notion d'utilité est très présente pour l'octroi de la propriété³⁰¹.

140. Selon Greg Latwoska et Dan Hunter, la protection de la propriété intellectuelle est une application concrète de la théorie utilitariste puisque la raison d'une telle protection est de

²⁹⁶ Henri LEPAGE, *Pourquoi la propriété*, Coll. « Pluriel », Bibliothèque de la Liberté, édition Hachette, 1985 en ligne: <http://w.minbaralhurriyya.org/files/Lepage_Pourquoi_la_propriete.pdf> (site consulté le 18 septembre 2014) reproduit de l'édition Hachette, Collection Pluriel, 1985; Pour une définition voir, Ejan MACKAAY, *Economics of Information and Law*, Boston, Kluwer, Nijhoff Publishing, 1982, p. 16.

²⁹⁷ G. GOLDSTEIN, préc., note 20, p. 115.

²⁹⁸ *Id.*, p. 121-124.

²⁹⁹ *Id.*, n.b.p. 72, p. 116.

³⁰⁰ G. LASTOWKA et D. HUNTER, préc., note 187, p. 44.

³⁰¹ Alain STROWEL, «Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner», (1992) 37 *Archives de philosophie du droit* 143.

promouvoir le progrès de la science et des arts utiles³⁰². L'établissement du régime des droits intellectuels ou des brevets a pour but de permettre l'épanouissement des créateurs et des inventeurs³⁰³. La théorie utilitariste est au cœur de l'analyse économique du droit américain notamment en ce que la doctrine, pour déterminer si les droits de propriété intellectuelle accordés sont trop larges ou trop étroits, utilise le « calcul hédonique » (« *falicilic calculus* ») comme règle normative, qui, selon Bentham, est la base pour déterminer si le droit accorde « le plus grand bonheur au plus grand nombre »³⁰⁴. Ainsi, le bien-être social est l'agrégat du bien-être individuel.

141. Selon certains auteurs, l'application de cette théorie serait fondée pour attribuer des droits de propriété sur les biens virtuels³⁰⁵ 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 virtuels. Selon G. Latowska et D. Hunter, accorder la propriété des biens virtuels aux utilisateurs revient à augmenter leur bien-être³⁰⁶. Les auteurs précisent aussi qu'ils utilisent la théorie utilitariste 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'utilité³⁰⁷. 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 virtuel³⁰⁸. 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.

³⁰² G. LASTOWKA et D. HUNTER, préc., note 187, p. 44.

³⁰³ *Id.*, p. 45.

³⁰⁴ *Id.*

³⁰⁵ *Id.*

³⁰⁶ *Id.*

³⁰⁷ *Id.*

³⁰⁸ *Id.*

B. Les critiques à l'application de la théorie utilitariste

142. La première objection à l'application de la théorie utilitariste au monde virtuel vient du fait de l'application de cette théorie en ce qu'elle admet des droits de propriété qui sont relatifs selon l'application libérale ou sociale qui en sera faite. L'objection est alors soulevée en relation avec la conception sociale-utilitaire en vertu de laquelle les droits de propriété sont limités³⁰⁹. Ces droits sont attribués pour une certaine période et pour des sujets spécifiques. Conséquemment, si on applique cette théorie au monde virtuel, il devrait y avoir des limitations de temps, d'objets ou d'étendue sur la propriété des biens virtuels³¹⁰. G. Latwoska et D. Hunter, qui soulèvent cette objection en relation avec l'attribution des droits de propriété intellectuelle aux utilisateurs, ne peuvent toutefois répondre à la question de savoir si ces conséquences seront ou non néfastes sur le marché par manque de données empiriques dans le domaine.

143. Ces auteurs soulèvent la possibilité d'une autre objection selon laquelle, attribuer des droits de propriété à certains utilisateurs réduirait le bien-être des développeurs et des autres utilisateurs des mondes virtuels et donc l'utilité pour la société³¹¹. Ainsi, l'application de cette théorie pourrait aussi servir de contre-argument à l'existence de la *propriété virtuelle*³¹².

144. Aux côtés des théories lockéennes et utilitaires de la propriété se dressent une autre théorie alternative pour justifier de l'existence de la *propriété virtuelle*, il s'agit de la théorie de la personnalité défendue par Georg W. F. Hegel³¹³.

³⁰⁹ G. GOLDSTEIN, préc., note 20, p. 121 et s.

³¹⁰ G. LASTOWKA et D. HUNTER, préc., note 187, p. 45.

³¹¹ *Id.*, p. 45.

³¹² *Id.*, p. 46.

³¹³ Les théories utilitaires et de la personnalité ont été vues en détail dans la littérature relative à la théorie de la propriété intellectuelle. Voir, William FISHER, "Theories of Intellectual Property", dans *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Éditions Stephen R. Munzer, 2001, p. 168; Justin HUGHES, "The Philosophy of Intellectual Property", (1988) 77 *Georgetown Law Journal* 287. Ces références ont été citées dans S. J. HOROWITZ, préc., note 41, n.b.p. 38, p. 451. Pour une étude sur la théorie de la propriété fondée sur la personnalité selon Hegel, voir Mikhaïl XIFARAS, «L'individualisme possessif, spéculatif (et néanmoins romain) de Hegel, quelques remarques sur la théorie hégélienne de la propriété», dans Jean-François KERVÉGAN (dir.), *Hegel, penseur du droit*, Paris, Éditions CNRS, 2004, p. 61, en ligne: <http://www.philodroit.be/IMG/pdf/Xifaras_proprieteHegel.pdf> (site consulté le 18 septembre 2014).

Paragraphe 3. La théorie de la personnalité

145. Nous verrons que l'application de la théorie de la personnalité justifiée au temps de G. Hegel (A), ne peut s'appliquer au monde virtuel (B).

A. Application de la théorie de la personnalité

146. La théorie de la personnalité est issue de la philosophie de Hegel selon laquelle la volonté de l'individu est le cœur de l'existence individuelle qui recherche constamment la réalité et l'effectivité dans le monde. La volonté hégélienne est celle où la pensée et l'impulsion, l'esprit et le cœur sont combinés dans la liberté³¹⁴. Comme le rappelle Mikhail Xifaras, « Hegel est en effet présenté parfois comme un défenseur de la propriété privée et du marché, parfois comme offrant une alternative aux modèles théoriques dominants qu'incarnent les traditions lockéenne ou benthamienne »³¹⁵. Selon la conception hégélienne, la propriété est vue comme une extension de la personnalité³¹⁶. Cela signifie que le droit de propriété est rattaché aux droits de l'Homme comme le droit à la liberté, à l'identité et à la vie privée³¹⁷. Une des particularités de la théorie de la propriété de Hegel réside dans le fait que le rapport de la personne à son patrimoine est une propriété *interne*³¹⁸ et non pas un droit réel de propriété opposable aux tiers³¹⁹. Ainsi, la théorie de la personnalité pourrait s'appliquer au monde virtuel en faveur de la reconnaissance de la *propriété virtuelle*, d'une part, afin que la personne titulaire de cette propriété puisse pleinement se réaliser et d'autre part, pour une question de sécurité des besoins humains³²⁰. Considérant que cette théorie est fondée sur les besoins humains comme la liberté et l'identité,

³¹⁴ Justin HUGHES, «The Philosophy of intellectual property», (1988) 77 *Georgetown Law Journal*, p. 331, en ligne: <<http://cyber.law.harvard.edu/bridge/Philosophy/88hugh3.htm>> (site consulté le 18 septembre 2014).

³¹⁵ M. XIFARAS, préc., note 313, p. 63.

³¹⁶ Voir, Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Hegel's Philosophy of Right*, (1821) et Margaret Jane RADIN, "Property and Personhood", (1982) 34 *Stanford Law Review* 957.

³¹⁷ G. LASTOWKA et D. HUNTER, préc., note 187, p. 49.

³¹⁸ M. Xifaras rappelle la distinction entre « la propriété *externe* ou propriété tout court, qui porte sur les choses extérieures, et la propriété *interne*. » Hegel conçoit que les idées sont la propriété de l'esprit qui les conçoit alors que Renouard refuse de les considérer ainsi : les idées sont les propres de l'esprit pas sa propriété. « La *propriété interne* se présente comme l'attribut essentiel de la personnalité juridique, son *propre*, et désigne le rapport d'appartenance, ou d'identité, entre la personne et ses éléments constitutifs essentiels - ses idées, ses talents, sa liberté, sa vie, son corps propre, etc. ». M. XIFARAS, préc., note 313, p. 64.

³¹⁹ *Id.*, n.b.p. 26, p. 75.

³²⁰ G. LASTOWKA et D. HUNTER, préc., note 187.

ces besoins se retrouvent aussi bien dans le monde réel que dans les mondes virtuels. Ainsi, la propriété devrait être reconnue de la même manière dans le monde réel que dans les mondes virtuels³²¹.

147. L'application de cette théorie est renforcée par l'existence des avatars dans les mondes virtuels. Puisque l'avatar représente la projection de soi dans le monde virtuel, certains auteurs se posent la question de l'attribution de la personnalité juridique à l'avatar, à savoir si une entité virtuelle peut être considérée comme un véritable sujet de droit. Danielle Bourcier a consacré une étude sur le sujet et selon elle : « la personne virtuelle, entre l'Homme numérique et le coffre-fort électronique de données, reste, par l'autonomie technique qu'elle consacre, une solution juridique à expérimenter »³²². Ralph Koster a même rédigé une « Déclaration des droits des avatars » et définit les avatars comme suit :

*« That avatars are the manifestation of actual people in an online medium, and that their utterances, actions, thoughts, and emotions should be considered to be as valid as the utterances, actions, thoughts, and emotions of people in any other forum, venue, location, or space. »*³²³

148. Les enjeux d'une reconnaissance de la personnalité juridique à l'avatar sont importants, car cela permettrait de déterminer l'existence d'un patrimoine³²⁴ et des droits extrapatrimoniaux dans le monde virtuel. Toutefois, la doctrine hésite à octroyer à l'avatar une entité distincte³²⁵ ou une extension de la personnalité juridique d'une personne³²⁶. Dans le premier cas, les mondes virtuels seraient vus comme un « théâtre d'interactions entre individus représentés numériquement par leurs avatars »³²⁷. Pour la plupart des utilisateurs, les avatars sont perçus

³²¹ *Id.*

³²² Danièle BOURCIER, « De l'intelligence artificielle à la personne virtuelle: émergence d'une entité juridique? », (2001) 49 *Droit et société*, p. 847-871, en ligne: <<http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/pdf/ds49/ds049-08.pdf>> (site consulté le 24 juin 2013).

³²³ Raph KOSTER, « Declaration of the Rights of Players », (2000), en ligne: <<http://www.raphkoster.com/gaming/playerrights.shtml>> (site consulté le 26 décembre 2012). Voir, G. LASTOWKA et D. HUNTER, préc., note 187, n.b.p. 276, p. 68.

³²⁴ C.c.Q., art. 2 : « toute personne est titulaire d'un patrimoine ».

³²⁵ Aurélien PFEFFER, « La Notion d'avatar : Avatars, MMORPG et Notion de personnalité virtuelle », (2005) *Jeux Online*, en ligne : <http://www.jeuxonline.info/article/mmog_avatar106> (site consulté le 26 décembre 2012); D. BOURCIER, préc., note 322, p. 867.

³²⁶ Pour G. Lastowka et D. Hunter, l'avatar constitue une extension de la personnalité juridique du joueur dans le monde virtuel et ce principe est largement accepté. Voir, G. LASTOWKA et D. HUNTER, préc., note 187, p. 49.

³²⁷ A. PFEFFER, préc., note 325.

comme une identité autonome et indépendante de celle de la personne physique la contrôlant. La personnalité juridique peut résulter d'une fiction juridique, comme ce fut le cas pour les personnes morales, ou bien de l'application de la « théorie de la réalité » c'est-à-dire de la volonté intellectuelle collective de créer une identité immatérielle et de la doter d'une personnalité. Ainsi, selon certains auteurs rien ne fait opposition à ce que l'avatar dispose d'une personnalité juridique, on parlerait ainsi de la « personnalité virtuelle »³²⁸. La reconnaissance de la personnalité virtuelle permettrait à l'avatar d'être doté d'un patrimoine propre et titulaire de la propriété sur les objets virtuels.

B. *Objections à l'application de la théorie de la personnalité au monde virtuel*

149. Si la théorie hégélienne de la propriété était courante, mais moderne dans son temps³²⁹ (début XIXe siècle), actuellement certains auteurs s'opposent à son application dans le monde virtuel, car il n'est pas suffisant de se baser sur le degré étroit d'identification de l'avatar et de son créateur pour accorder des droits de propriété et des pouvoirs d'aliénation à l'avatar³³⁰. En effet, les actions des avatars et les transactions qui ont lieu dans le monde virtuel ont des conséquences juridiques et économiques relatives aux droits de propriété dans le monde externe ou réel, qui ont des répercussions sur les utilisateurs qui contrôlent les avatars et non sur les avatars eux-mêmes³³¹.

150. La référence aux théories doctrinales dites « classiques » par une partie de la doctrine peut certainement aider à convaincre de la nécessité de reconnaître la *propriété virtuelle*, encore que certaines théories sont assez exagérées comme celle de la personnalité. Il s'agit maintenant d'examiner un autre courant doctrinal qui s'appuie sur l'analyse économique du droit de propriété en tant que fondement de la reconnaissance juridique de la *propriété virtuelle*.

³²⁸ Voir, *Id.*; D. BOURCIER, préc., note 322, p. 368 et s.; G. LASTOWKA et D. HUNTER, préc., note 187.

³²⁹ M. XIFARAS, préc., note 313, p. 79.

³³⁰ Voir, Ren REYNOLDS, "Ownership and Freedom in Virtual Worlds", (2003), en ligne: <<http://www.ren-reynolds.com/downloads/RReynolds-IPR-CRIC-2003.doc>> (site consulté le 24 juin 2012).

³³¹ G. LASTOWKA et D. HUNTER, préc., note 187, p. 69. Voir, Philippe MOURON, « Internet et identité virtuelle », Institut de recherche et d'études en droit de l'information et de la communication, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2008, en ligne: <<http://junon.u-3mrs.fr/u3ired01/Main%20docu/internet/chronpm-identitevirtuelle.pdf>> (site consulté le 18 septembre 2014).

151. Synthèse : On a vu que les biens virtuels peuvent être nouvellement créés par un utilisateur ou alors faire l'objet de transfert soit entre le développeur et l'utilisateur, soit entre les utilisateurs directement ou même en passant par des intermédiaires. Également, on ajoutera à l'analyse de ces modes d'acquisition prévues par le *Code civil du Québec*, celle des théories économiques de l'appropriation par le travail et de la maximisation de la valeur qui sont importantes en pratique et vont nous aider dans notre domaine à qualifier le titulaire de la propriété.

Section 3. Justification économique de l'existence de la *propriété virtuelle*

152. 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 »³³² 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 (paragraphe 1). Ils se sont également prononcés sur la question de l'attribution de la *propriété virtuelle* en faveur de l'utilisateur ou du développeur en faisant appel à différentes méthodes économiques d'appropriation (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'existence d'un droit de propriété virtuelle pour un marché efficient

153. 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, matériels...). Chaque communauté doit décider combien de biens seront produits et qui sera responsable de les produire³³³. L'ouverture du marché à un maximum de producteurs potentiels permet d'atteindre l'efficience dans la mesure où la compétition entre les

³³² Voir, J. FAIRFIELD, préc., note 42.

³³³ Svetozar PEJOVICH, *The Economics of Property Rights : Towards a Theory of Comparative Systems*, coll. «International Studies in Economics and Econometrics v. 22», Dordrecht, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 45.

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 la *propriété virtuelle* dans les mondes virtuels : « *Failure to recognize virtual property raises both negotiation and search costs for third parties* »³³⁴. En effet, si la *propriété virtuelle* n'est pas reconnue, les coûts de transactions 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.

154. La question de savoir s'il convient de favoriser un marché efficient des transferts de biens virtuels en tant que jeux d'argent en ligne 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 ligne³³⁵, comme c'est déjà le cas en Suède et en discussion aux États-Unis³³⁶, 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*.

³³⁴ J. FAIRFIELD, préc., note 42, p. 1090. Voir aussi, J. W. NELSON, préc., note 247, p. 295.

³³⁵ G. Martin BINGISSER, "Federal Tax Consequences of Virtual World Transactions", 5 *Shidler J. L. Com. & Tech.* 7 (2008), en ligne: <<http://lctjournal.washington.edu/vol5/a07Bingisser.html>> (site consulté le 10 décembre 2014).

³³⁶ Annette NELLEN, "Real taxes in the virtual economy. When does virtual currency have real-world tax consequences?" (August 15, 2013), en ligne : <http://www.cpa2biz.com/Content/media/PRODUCER_CONTENT/Newsletters/Articles_2013/Tax/VirtualEconomy.jsp> (consulté le 10 décembre 2014)

Paragraphe 2. L'attribution originale de la propriété sous l'angle de l'analyse économique du droit

155. L'analyse économique du droit fait appel à plusieurs principes ou outils économiques pour déterminer le titulaire original d'un bien : l'appropriation par le travail (A), la maximisation de la valeur de l'objet (B), et l'effet des coûts de transactions (C).

A. L'appropriation par le travail

156. Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau reprennent Sugden pour expliquer que « le principe d'appropriation est selon lequel une chose est attribuée à celui qui y a apporté un effort significatif (appropriation par le travail) »³³⁷. Le principe est que le travail établit un rapport entre l'objet et le travailleur et que ce rapport constitue un argument pour reconnaître la possession sur cet objet (notion de proximité). Avec le principe de la possession première, la possession par le travail a pour rôle de fournir une solution prévisible et stable à la question de l'attribution de la propriété³³⁸. On en revient finalement à la théorie philosophie de John Locke, telle que décrite antérieurement³³⁹, en vertu de laquelle 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.

157. On a vu que le montant de « travail » de création de l'utilisateur dépendra notamment du monde virtuel, *sans* ou *avec script*, dans lequel il se trouve, puisque le nombre d'outils de création des biens virtuels mis à sa disposition par le développeur sera respectivement plus ou moins important pour lui permettre une certaine indépendance dans la création. En effet, rappelons que l'utilisateur aura une grande marge de manœuvre pour créer de nouveaux biens virtuels au sein d'un monde virtuel *sans script* comme *Second Life*³⁴⁰. Le développeur fournira seulement la plateforme de jeu par le biais du logiciel ainsi que les matières premières pour permettre de créer les biens virtuels et l'environnement. Toutefois, selon certains auteurs, même

³³⁷ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, préc., note 35, n° 183-187.

³³⁸ *Id.*

³³⁹ *Supra*, n° 125-136.

³⁴⁰ Voir, *Linden Lab, Create: Builders*, « Ready to create part of an entirely new world? Second Life gives you a rich 3D building environment. Construct anything you can imagine, enjoy it with your friends and sell it to others. Builders like you help create Second Life - come join the thriving online community », en ligne : <<http://secondlife.com/whatis/create/builders/>> (site consulté le 24 juin 2013).

dans les mondes virtuels *avec script*, l'utilisateur devrait se voir reconnaître des droits de propriété sur les biens virtuels, car il devra faire preuve d'habiletés, connaître parfaitement le monde virtuel et passer de nombreuses heures, sinon des années, pour obtenir certains biens virtuels en passant des niveaux ou en accomplissant des quêtes. L'utilisateur aura donc « mêlé son travail »³⁴¹ avec celui du développeur afin de donner « naissance » à l'objet virtuel dans le jeu. Ainsi, selon cette théorie, bien que le développeur ait créé l'objet original, il ne serait ni juste, ni équitable de ne pas attribuer de droit à l'utilisateur qui aura passé du temps, parfois jusqu'à un an, pour obtenir ce bien virtuel³⁴².

158. Leah Shen soutient également, dans une perspective économique, que le fait d'accorder la *propriété virtuelle* aux utilisateurs bénéficierait d'une certaine manière aux développeurs, car cela ferait en sorte de rendre le monde virtuel lui-même plus attractif aux yeux des utilisateurs et donc plus rentable pour le développeur, car il gagne une grande part de ses revenus grâce aux frais d'inscriptions³⁴³. Également, selon elle, il serait juste d'accorder la *propriété virtuelle* aux utilisateurs, car ils investissent beaucoup de temps et d'effort à créer ou acquérir les objets virtuels et selon le fondement de la théorie du travail de Locke, les utilisateurs devraient ainsi être protégés³⁴⁴.

159. Si les tenants de l'analyse économique du droit appliquent souvent la théorie philosophique de J. Locke relative à l'appropriation par le travail comme point de départ de leurs réflexions pour déterminer l'attribution de la propriété, ils analysent dans le même temps

³⁴¹ Leah SHEN, préc., note 255.

³⁴² *Id.*

³⁴³ Il est intéressant de citer ici une partie de son analyse: « *Recognizing a succinct virtual property rights for the players would benefit the game operators. If virtual items had no real-life monetary value to me, presumably many gamers would choose to do something else with their time since people are always incurring an opportunity cost by choosing one thing over another. If the players are never able to recognize the monetary value of the virtual items they farm, this creates an incentive to stop producing the virtual items, which is to say that this produces an incentive for players to stop playing the game. In addition, the laws of economics dictate that in order to allow the gamers to derive the most benefit from their virtual items, the items must be tradeable. Thus, equity and policy analysis suggest that granting some rights to players would be beneficial to society. **Players invest a substantial amount of time and effort in acquiring their virtual items, and under the Lockean theory of labor should be afforded some protections. Further, allowing some property rights in sale and transfer would actually be beneficial to game operators because it would make the game itself more valuable. Finally, assuming that society wants to promote the production of virtual games, property rights give players an incentive to play virtual games. Banning trade of virtual items either in the virtual world or in the real world would create a real disincentive for players to continue to play the game*** ». (les caractères gras ont été ajoutés par nos soins). Leah SHEN, préc., note 255, n° 28 à 29.

³⁴⁴ *Id.*

le critère de la maximisation de la valeur de l'objet qui est d'une grande importance en matière de droits de propriété.

B. *L'attribution de la propriété en fonction de la maximisation de la valeur de l'objet*

160. La notion de valeur en analyse économique du droit vient essentiellement de l'école de Chicago. Selon Coase et Friedman, il faut accorder les droits à la personne qui valorise le plus l'objet en question³⁴⁵. Posner ajoute que « l'efficacité d'un système de droit est fondée sur le critère de maximisation des richesses »³⁴⁶. La notion de valeur est ici indispensable pour permettre de déterminer le titulaire original d'un bien.

161. Ainsi, selon le théorème de Coase, la propriété devrait appartenir à la personne qui maximisera la valeur de la ressource³⁴⁷. Ainsi, si l'on applique cette théorie à la création d'un bien virtuel, il est permis de penser que c'est à l'utilisateur que revient la propriété du bien virtuel, car il maximise la valeur du bien virtuel dans tous les mondes virtuels, qu'ils soient *sans* ou *avec script*. En effet, dans le premier cas, l'utilisateur créé à partir du logiciel du développeur le bien virtuel et offre ses biens virtuels « nouveaux » sur le marché. Dans le second cas, des mondes virtuels avec script, si la marge de manœuvre de l'utilisateur est souvent réduite pour créer un « nouveau » bien virtuel, il doit tout de même passer beaucoup de temps et mettre des efforts pour s'approprier des biens virtuels qui sont rares dans le jeu et qui pourront être commercialisés par la suite. En effet, imaginons un item rare « caché » dans le jeu. Si aucun joueur ne joue ou ne recherche ce bien, il n'y aura pas d'offre. Par contre, si de nombreux joueurs cherchent à obtenir ce bien alors le bien prendra de la valeur. Ce sont donc les joueurs qui vont déterminer la valeur d'un tel bien en fonction de ce qu'ils seraient prêts à offrir pour l'avoir (en termes de temps ou d'équivalent monétaire). Ainsi, la valeur de l'objet est immédiatement quantifiable en termes d'argent (approche de Posner) et ce sont les utilisateurs, par leur « travail », qui sont les mieux à même de maximiser la valeur du bien. Ils génèrent ainsi le développement des activités économiques dans le marché des transactions de biens virtuels.

³⁴⁵ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, préc., note 35, n° 716.

³⁴⁶ Marthy DESCHAMPS, « L'Analyse Économique du Droit est-elle une théorie scientifique du droit? », p. 8, en ligne : <[http://www.crdp.umontreal.ca/fr/publications/ouvrages/Deschamps_Marty\(1\).pdf](http://www.crdp.umontreal.ca/fr/publications/ouvrages/Deschamps_Marty(1).pdf)> (site consulté le 18 septembre 2014).

³⁴⁷ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, préc., note 35, n° 845.

Toutefois, si l'on se place du côté des développeurs, il est permis de penser que c'est eux qui maximisent la valeur du bien virtuel, car ils dépensent beaucoup d'argent à maintenir le monde virtuel qu'ils ont créé et établissent les règles de jeux qui donnent aux biens virtuels leurs raisons d'exister et d'être marchandés. Ils devraient ainsi en être les propriétaires tels qu'ils le réclament et l'imposent dans les CLUFs.

162. L'approche économique de l'attribution de la propriété par la maximisation de la valeur appliquée aux biens virtuels ne permet pas à elle seule de faire un choix net entre le développeur et l'utilisateur, en tant que titulaire du droit de propriété sur les biens virtuels. En effet, les droits de propriété sont acquis et utilisés pour produire le résultat dont la valeur sur le marché sera la plus élevée possible. En outre, les coûts de transactions ont une incidence fondamentale sur l'utilisation des droits de propriété. Afin que les droits de propriété soient utilisés de la manière la plus efficace économiquement, il faut, au préalable, déduire les coûts occasionnés par les transactions découlant notamment des chaînes contractuelles coûteuses. Il convient ainsi d'analyser les différents coûts de transactions et leurs effets sur le choix de la titularité dans une perspective économique pour nous aider à déterminer le véritable propriétaire des biens virtuels.

C. *L'effet des coûts de transaction sur le choix de la titularité*

163. Pour les tenants de l'analyse économique du droit, l'étude des coûts de transaction est de plus haute importance. En effet, selon Ronald Coase, peu importe la manière dont les droits sont attribués originellement, c'est l'usage le plus valorisé de la ressource qui prévaudra³⁴⁸. Selon lui, l'attribution des droits ne peut pas faire varier la solution retenue, mais ne fait que déterminer qui prendra l'initiative de la solution et qui en assumera le coût³⁴⁹. Le théorème de Coase repose sur la capacité des parties à s'entendre pour trouver la solution la plus efficace en termes de coûts réduits. Toutefois, pour que les parties puissent s'entendre, *transiger*, encore faut-il que ce soit économiquement avantageux. On parle alors de « coûts de transaction » lorsqu'une transaction en apparence profitable n'a pas lieu en raison de contraintes qui empêcheraient les acteurs sur le marché de la conclure. Comme le précise E. Mackaay et S. Rousseau, « La réduction des "coûts de transaction" produit des gains véritables pour tous les

³⁴⁸ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, préc., note 35, n° 676.

³⁴⁹ *Id.*, n° 688.

participants, et non pas des profits pour certains acquis au prix de pertes pour d'autres ». Plus il y a de participants dans un marché donné, plus il y a d'échanges, plus les gains sont importants. C'est ce qu'on appelle « l'effet de la concurrence ». Il faut garder à l'esprit que plus les coûts de transactions sont élevés, par exemple lors de la recherche d'informations pour parvenir à une entente, et plus l'entente en apparence profitable sera difficile à atteindre, car les coûts constitueront une entrave économique³⁵⁰. Les coûts de transaction peuvent être dus à différents facteurs, tels que notamment la recherche de l'information, du fait d'un bien ou service unique, du fait de droits complexes ou incertains, d'un échange décalé dans le temps, de frais de surveillances élevés ainsi que des actions coûteuses³⁵¹. Dans ce contexte de frais de transaction significatifs, plusieurs formules sont proposées : celle défendue notamment par Friedman selon laquelle il faut attribuer le droit à la partie qui valorisera le plus la ressource³⁵² ou la formule choisie par Calabresi selon laquelle il faut attribuer la responsabilité, donc le droit, à celui qui, aux moindres frais, peut réduire ou éviter ces coûts de transaction³⁵³. La démonstration du théorème de Coase permettrait d'établir que la solution à laquelle les parties arrivent dépend du coût des différentes solutions envisageables et non de la règle juridique applicable.

164. Il est intéressant de se tourner vers la doctrine américaine qui a déjà envisagé l'application du théorème de Coase pour tenter de répartir les droits de propriétés des biens virtuels entre les utilisateurs et les opérateurs. On retrouve principalement deux auteurs, Joshua Fairfield et John Nelson, qui sont souvent cités dans le domaine pour avoir deux approches différentes tout en appliquant les mêmes théories économiques.

1. La théorie économique de Joshua Fairfield quant à l'attribution de la propriété virtuelle

165. En 2005, Joshua Fairfield³⁵⁴ s'est fondé sur l'analyse économique appliquée au droit de propriété et aux droits réels, pour justifier la pleine reconnaissance du droit de propriété sur les biens virtuels. Il s'attache à la raison d'être du droit de propriété. Comme cela a été établi par la

³⁵⁰ *Id.*, n° 716 et 727.

³⁵¹ *Id.*, n° 730 et 733.

³⁵² *Id.*, n° 716.

³⁵³ *Id.*, n° 717.

³⁵⁴ J. FAIRFIELD, préc., note 42, p. 1048.

doctrine³⁵⁵, J. Fairfield constate que la propriété sert à gérer la rareté, mais qu'à la différence du monde réel, la rareté dans le monde virtuel n'est pas aussi évidente³⁵⁶. Selon lui, c'est la possibilité d'exclusion mutuelle de la « ressource » qui pose un grand problème³⁵⁷.

166. Bien que l'auteur ne se concentre pas sur le phénomène de rareté, il l'utilise comme base de sa démonstration en constatant que l'une des fonctions de la propriété est de fournir des incitatifs à utiliser efficacement les ressources³⁵⁸. En effet, se basant sur la « tragédie des biens communs » étudiée par Harold Demsetz, J. Fairfield constate que s'il n'y avait pas de droit de propriété, il y aurait une surexploitation des biens pénalisant tous les utilisateurs³⁵⁹. Cette pénalité est appelée externalité négative et existe « lorsque l'action d'une partie provoque un dommage sur une autre partie »³⁶⁰. Or, selon la théorie avancée par H. Demsetz et retenue par les économistes et J. Fairfield, la propriété vient remédier à cette externalité négative en l'internalisant³⁶¹. En effet, le propriétaire va éviter de faire une surexploitation de sa propriété, car sinon il subirait seul les conséquences négatives de ses actes, alors que s'il n'était pas le propriétaire, il pourrait se servir abusivement du bien de telle manière que les utilisateurs postérieurs du bien en subiraient seuls les conséquences. Dans cette optique, si le propriétaire assume seul les coûts engendrés par l'utilisation de son bien, alors il va falloir une incitation à le gérer prudemment³⁶². Par conséquent, la propriété porte en réalité sur l'émergence des droits, lorsqu'il y advient une multiplicité d'usages sur un bien donné³⁶³. C'est dans ce sens que J. Fairfield précise que la propriété doit recevoir application aux innovations technologiques et aux nouveaux objets³⁶⁴.

167. Puisque les biens virtuels constituent une évolution technologique entraînant un changement dans l'utilisation des ressources, on peut en déduire qu'en l'absence de droit de propriété, les personnes voulant maximiser leurs profits, vont tenter d'en tirer tous les bénéfices

³⁵⁵ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, préc., note 35, n° 778.

³⁵⁶ J. FAIRFIELD, préc., note 42, p. 1064.

³⁵⁷ *Id.*, p. 1065.

³⁵⁸ *Id.*

³⁵⁹ *Id.*

³⁶⁰ Robert PINDYCK et Daniel RUBINFELD, *Microéconomie*, 7^e éd., Éditions Pearson, 2011, p. 728.

³⁶¹ J. FAIRFIELD, préc., note 42, p. 1065.

³⁶² E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, préc., note 35, n° 841.

³⁶³ *Id.*, n° 840.

³⁶⁴ J. FAIRFIELD, préc., note 42, p. 1065.

et de laisser les effets négatifs supportés par d'autres personnes créant ainsi des externalités³⁶⁵ négatives. En l'espèce, l'existence d'externalités est expliquée par les coûts associés à l'élaboration, aux échanges et à la surveillance des droits de propriété. Les externalités pourront être intériorisées uniquement si des droits de propriété sont accordés, à condition que ces mêmes coûts n'empêchent pas un bon fonctionnement du marché³⁶⁶. Ainsi, si le droit de propriété est mal défini, les parties risquent mutuellement de s'exclure de l'utilisation des ressources avec pour conséquence l'inverse d'une maximisation de leurs développements³⁶⁷. Selon les tenants de l'analyse économique du droit, il n'en résulte pas une situation d'équilibre optimal³⁶⁸. En effet, si les utilisateurs peuvent s'emparer des objets virtuels des autres sans avoir peur d'encourir une sanction, il est évident que chacun d'entre eux ne passerait pas beaucoup de temps à créer ces objets virtuels et les transactions en seraient affectées. Pour remédier à ce problème et parvenir à une solution optimale pour un marché efficient, le droit de propriété doit être au départ bien défini. Il s'agit de rappeler les propos de H. Demsetz : « *Property rights develop to internalize externalities when the gains of internalization become larger than the cost of internalization.* »³⁶⁹. Ce qui revient à appliquer le théorème de Coase selon lequel le droit devrait être accordé à la partie qui pourra maximiser le bien et ce, à moindres coûts, tout en considérant les coûts de transaction³⁷⁰. Puisqu'il peut être difficile d'établir qui, du développeur ou de l'utilisateur, sera le mieux à même de répondre à ces objectifs, J. Fairfield propose l'hypothèse de la division des droits et la théorie de la distinction entre deux types de droits de propriété proposée par Heller³⁷¹.

168. Dans la recherche d'une bonne définition ou attribution des droits de propriété, il convient de rappeler la distinction entre deux types de droits de propriété faite par Heller, les

³⁶⁵ Lorsqu'on se trouve dans une situation où les solutions trouvées sur le marché ne correspondent pas à l'analyse marginale qui est censée garantir une situation d'équilibre optimal: le terme généralement utilisé pour décrire ce problème est l'« externalité ».

³⁶⁶ Éléna TORRIJOS ALFOLDI, *La justification du droit d'auteur dans l'environnement numérique*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2006, p. 71.

³⁶⁷ J. FAIRFIELD, préc., note 42, p. 1068.

³⁶⁸ *Id.*, p. 1067.

³⁶⁹ Harold DEMSETZ, *Ownership, Control, and the Firm: The Organization of Economic Activity*, vol. 1, Blackwell Publishers, 1988, p. 107..

³⁷⁰ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, préc., note 35, n° 716-725.

³⁷¹ Michael A. HELLER, «The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets», (1998) 111-3 *Harvard Law Review* 621, 640-642 et 670.

droits verticaux, en vertu desquels chaque propriétaire contrôle un droit différent sur le même objet, et les droits horizontaux, selon lesquels les droits des propriétaires se feraient concurrence sur un même objet³⁷². Il s'agit en fait d'un morcellement de droits qui n'auraient aucune valeur pris indépendamment les uns des autres et qui recouperait les droits verticaux. J. Fairfield cite l'exemple, d'une division de droits sur un tracteur où une personne aurait la propriété du volant et une autre celle de la roue³⁷³. Ces droits horizontaux permettraient à chaque détenteur de bloquer l'autre dans l'utilisation du bien comme s'il s'agissait d'un bien commun. Ainsi, pour bénéficier d'un droit efficace, le tiers acquéreur devrait rechercher l'étendue des droits de chacun et négocier auprès de chaque détenteur, ce qui engendrerait d'importants coûts de transaction. Ceci est contraire à l'objectif du droit de propriété aussi bien en *common law* qu'en droit civil puisqu'il a pour but ultime d'unifier le titre de propriété aux mains d'une seule personne afin d'en maximiser sa valeur³⁷⁴.

169. J. Fairfield précise que la *propriété virtuelle* est particulièrement susceptible de soulever cette problématique de division des droits, car l'environnement d'internet est nécessairement construit à partir du travail de plusieurs personnes³⁷⁵. Considérant différentes formes de droit de propriété (propriété sur le matériel informatique physique ou sur un espace digital (« digital enclosure », etc.), l'auteur considère que ces derniers ne vont pas empêcher la fragmentation horizontale des droits³⁷⁶. Pour cette raison, l'auteur propose de retenir le Code informatique comme unité de mesure pertinente sur lequel doit reposer le droit de propriété³⁷⁷. Selon lui, le Code est le plus petit dénominateur commun et le seul permettant à la propriété d'être unifiée³⁷⁸, entièrement transmissible à un tiers, et qui persiste qu'on y accède par un ordinateur, un serveur ou un espace digital. Selon lui, c'est donc la personne propriétaire du Code qui serait propriétaire du bien virtuel³⁷⁹. Les biens virtuels n'ont pas d'existence en dehors des mondes virtuels, ils n'existent pas dans l'ordinateur de l'utilisateur, mais sont stockés dans

³⁷² J. FAIRFIELD, préc., note 42, n.b.p. 116, p. 1070.

³⁷³ *Id.*

³⁷⁴ *Id.*, p. 1071.

³⁷⁵ *Id.*, p. 1076.

³⁷⁶ *Id.*, p. 1073-1076.

³⁷⁷ *Id.*, p. 1077.

³⁷⁸ *Id.*

³⁷⁹ *Id.*, p. 1080.

le serveur qui maintient le monde virtuel. En effet, alors qu'une photo peut être gardée dans un ordinateur personnel indépendamment d'un hébergement sur un site web comme Picasa, l'objet virtuel qui est une image, une représentation graphique d'un Code informatique, ne peut être exportée du site web hébergeur vers l'ordinateur personnel. Dans le cas, le plus fréquent en pratique, selon lequel le développeur est en même temps l'opérateur, c'est-à-dire propriétaire du serveur, selon l'approche de J. Fairfield, il serait alors le propriétaire du Code représentant l'image du bien virtuel créé par l'utilisateur dans le monde virtuel. Cependant, les choses peuvent se compliquer si le développeur choisit de distribuer le contenu du monde virtuel à travers plusieurs serveurs, ces derniers pouvant être localisés dans des juridictions différentes³⁸⁰, ce qui posera nécessairement des conflits de lois comme on va le voir dans la deuxième partie de cette étude³⁸¹.

170. J. Fairfield ajoute que dans certaines circonstances, le droit de propriété ainsi reconnu sur le Code aurait pour effet de rendre inopposables aux propriétaires les clauses des CLUFs empêchant la reconnaissance d'un tel droit, car ces dernières seraient alors abusives³⁸². De plus, ces contrats, limitant fortement la reconnaissance ou l'exercice de ces droits, seraient un droit d'exclusion menant à une fragmentation des droits aux effets négatifs pour un marché efficient³⁸³.

171. L'auteur J. Fairfield a ainsi raison de conclure que la non-reconnaissance du droit de propriété sur le Code causerait une augmentation des coûts de transaction ayant des conséquences négatives sur l'émergence de nouveaux droits et de l'innovation³⁸⁴ puisque l'usage du bien ne serait pas le plus valorisé.

³⁸⁰ Wayne RUMBLES, "Theft in the digital: can you steal virtual property?", University of Canterbury, 354, en ligne: <http://www.laws.canterbury.ac.nz/documents/17_2_354_374.pdf> (consulté le 10 août 2015).

³⁸¹ *Infra*, n° 382 et suiv.

³⁸² *Id.*, p. 1083-1084.

³⁸³ *Id.*, p. 1083.

³⁸⁴ *Id.*, p. 1090.

2. La théorie économique de John William Nelson quant à l'attribution de la propriété virtuelle

172. En 2010, J. Nelson répond à la théorie avancée cinq ans auparavant par J. Fairfield et décide de se fonder exclusivement sur l'existence des coûts de transaction pour déterminer si un droit de propriété devrait bénéficier aux utilisateurs du monde virtuel³⁸⁵.

173. Avant toute chose, l'auteur précise que les justifications utilitaristes ou celles basées sur la théorie lockéenne du travail ou encore sur la théorie de la personnalité développées par *Lastowka et Hunter* pour étendre le droit de propriété aux ressources virtuelles, ne permettent pas de démontrer l'application concrète du droit de propriété aux « ressources virtuelles »³⁸⁶. Il en va de même pour la justification avancée par Fairfield quant à l'extension du droit de propriété à la *propriété virtuelle* basée sur la similarité des trois éléments composants la propriété, à savoir, la rivalité, la persistance et l'interconnectivité³⁸⁷. Ainsi, contrairement à J. Fairfield, l'auteur J. Nelson n'examine pas la raison d'être du droit de propriété, mais cherche à déterminer la meilleure protection à accorder aux « ressources virtuelles » puisque celles-ci sont dotées d'une valeur économique réelle³⁸⁸.

174. Le modèle théorique de J. Nelson est intéressant puisqu'il part du constat que la propriété procure les quatre droits à une personne : l'*usus*, le *fructus*, l'*abusus* et le droit d'exclure les tiers de disposer des mêmes droits sur sa propriété. Il précise qu'il n'est pas nécessaire ici de distinguer s'il s'agit de droits *in personam* ou *in rem*³⁸⁹. Il convient seulement de distinguer deux modèles d'extension de la propriété aux « ressources virtuelles ». D'une part, le « **modèle positiviste** », selon lequel le développeur dispose du droit de propriété, dérivant de son droit de propriété sur le matériel informatique, et de la propriété intellectuelle sur le monde virtuel³⁹⁰. D'autre part, le « **modèle normatif** », selon lequel il propose deux approches : l'approche dite « carte-blanche », en vertu de laquelle l'utilisateur aura les quatre droits liés à la propriété face à tous les utilisateurs et au développeur et l'approche « qualifiée », selon laquelle l'utilisateur

³⁸⁵ J. W. NELSON, préc., note 247, p. 281-309.

³⁸⁶ *Id.*, p. 288. Le terme « ressource virtuelle » est utilisé par J. Nelson pour faire référence au « bien virtuel ».

³⁸⁷ *Id.*, p. 288.

³⁸⁸ *Id.*, p. 286-288.

³⁸⁹ *Id.*, p. 295.

³⁹⁰ *Id.*, p. 296.

aura les droits de posséder, d'user et de disposer des ressources virtuelles, ses droits seront toutefois limités d'une part, par les droits du développeur sur le matériel informatique, par le fonctionnement du monde virtuel lui-même, par les conditions d'utilisation et par les CLUFs³⁹¹. Dans le cadre de l'approche qualifiée, on remarquera que le droit de l'utilisateur est relatif par rapport à l'étendue du droit du développeur, il lui est donc inférieur³⁹². Cette approche est nettement plus réaliste et juridique que les autres.

175. Le modèle normatif de J. Nelson est fondé sur la nécessité de protéger l'utilisateur contre le vol des biens virtuels et de maximiser ainsi la valeur des ressources virtuelles³⁹³. Il applique ainsi ces deux modèles aux situations particulières de vol et de transferts de biens virtuels rencontrées fréquemment dans le domaine des mondes virtuels.

176. Quant à la situation de vol d'un bien virtuel, l'approche positiviste ne serait pas forcément adaptée, car selon cette approche, l'utilisateur ne serait pas le propriétaire du bien virtuel selon les termes du CLUF, il ne pourrait pas revendiquer le bien³⁹⁴. À l'inverse, dans la majorité des cas, l'approche normative permettrait à l'utilisateur, propriétaire du bien virtuel, d'agir en justice contre le voleur³⁹⁵. Ainsi, l'attribution de la propriété à l'utilisateur est importante pour lui permettre de revendiquer le bien en cas de vol.

177. Relativement aux cas de transferts de biens virtuels, la situation est différente. J. Nelson distingue entre les transferts « internes » qui ont lieu à l'intérieur du monde virtuel, de ceux « partiellement » externes, par exemple, le fait d'acheter de l'argent virtuel avec de l'argent réel, des transferts « externes » de biens virtuels qui s'opèrent entre l'utilisateur et le développeur en échange de monnaie réelle. Puis, il analyse les applications de ces modèles théoriques aux différents cas de transferts pour évaluer les coûts de transaction qui en ressortent, ceci dans le but de parvenir à une solution économiquement optimale dans le choix du titulaire de la *propriété virtuelle* et à un marché efficient.

178. Il conclut que peu importe les types de transferts de biens virtuels en présence : « internes », « partiellement externes » ou « externe » les résultats sont finalement les mêmes

³⁹¹ *Id.*, p. 296-297.

³⁹² *Id.*, p. 303.

³⁹³ *Id.*, p. 296.

³⁹⁴ *Id.*, p. 298-301.

³⁹⁵ *Id.*, p. 299-302.

en termes des coûts de transactions. L'application du modèle positiviste n'augmente pas les coûts de transaction, car l'utilisateur ne dispose que d'une licence implicite du développeur, propriétaire du bien virtuel, il doit donc se soumettre à la régulation du développeur³⁹⁶. À l'inverse, l'application du modèle normatif « carte-blanc » augmente les coûts de transaction, car l'utilisateur dispose du droit de propriété sur le bien virtuel qui deviendra une source de conflit avec le pouvoir de régulation du développeur sur son jeu³⁹⁷. En effet, le droit de l'utilisateur d'exercer son droit de propriété absolu va se confronter aux restrictions posées par le développeur relativement au transfert ou à l'utilisation du bien virtuel. L'utilisateur devra engager des frais de recherches pour déterminer quelles sont les différences entre la régulation du développeur et ses droits et comment il peut les réconcilier. Ainsi, les coûts de recherche du tiers acquéreur vont également augmenter du fait de l'insécurité juridique en présence. Quant à l'application de l'approche qualifiée, celle-ci ne pose aucune augmentation des coûts de transaction puisque l'exercice du droit d'aliénation du bien virtuel est soumis aux restrictions du développeur³⁹⁸.

179. Ainsi, selon la démonstration faite par J. Nelson, l'attribution de la propriété pleine et entière à l'utilisateur causerait des coûts de transaction plus élevés que si elle était attribuée au développeur, elle serait donc à proscrire dans une optique économique.

180. Il convient de nuancer la démonstration de J. Nelson en la comparant avec celle soutenue par J. Fairfield qui, comme on l'a vu, est à l'effet contraire. J. Nelson, prend seulement en considération les coûts de transaction liés à la recherche du titulaire de la propriété pour les tiers acquéreurs alors que d'autres coûts sont à considérer comme les coûts de surveillance supportés par le développeur qui interdit les transferts de biens virtuels. De plus, J. Nelson présume dans sa démonstration que peu importe les situations, il existe nécessairement un contrat entre le développeur et l'utilisateur qui restreindrait les droits des utilisateurs ou entrerait en conflit avec leurs intérêts. Mais, on verra plus loin³⁹⁹, que dans certaines situations la validité des CLUFs, peut être remise en cause par les tribunaux. On pourrait ajouter que puisqu'il existe autant de CLUFs qu'il y a de développeurs, une uniformisation des clauses relatives aux droits

³⁹⁶ *Id.*, p. 304-306.

³⁹⁷ *Id.*, p. 305-306.

³⁹⁸ *Id.*

³⁹⁹ *Infra*, n° 591-601.

de propriété serait légalement la bienvenue même si elle paraît pour le moment utopique. En effet, pour ce faire, il faudrait que les développeurs s'entendent entre eux pour reconnaître la propriété des biens virtuels aux utilisateurs. Ainsi, les CLUFs se limiteraient à encadrer des règles propres au fonctionnement du jeu (règles de jeu et de comportement) et non plus des dispositions sur la propriété qui ont pour objectif « déguisé » d'empêcher l'émergence de nouveaux droits. Aussi, d'un point de vue économique, l'uniformisation des CLUFs réduirait fortement les coûts de transaction relatifs aux situations de vol et de transferts de biens virtuels, sauf en cas d'interprétation divergente. Le développeur n'aurait plus de coûts associés à la surveillance des transferts de biens virtuels dans l'immensité d'internet, qu'il jugeait auparavant illégaux et les tiers acquéreurs ainsi que les utilisateurs n'auraient plus à supporter les coûts de recherche relatifs à la répartition des droits de propriété. Cette solution serait certainement possible à mettre en pratique dans le futur si les développeurs décidaient d'ouvrir leurs mondes virtuels, permettant ainsi les transactions de biens virtuels entre les mondes virtuels.

181. Synthèse : Les analyses de la *propriété virtuelle* en termes de coûts de transaction établis par J. Fairfield et J. Nelson nous permettent de mieux comprendre les effets économiques sur le marché quant au choix du titulaire de la propriété des biens virtuels, même si elles peuvent paraître peu convaincantes aux yeux des partisans de la doctrine civiliste. La proposition de Fairfield de reconnaître un droit de propriété sur le Code informatique qui représente l'image de l'objet virtuel 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 : 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 dans la situation des transferts de biens virtuels, il propose que le développeur soit le propriétaire pour éviter des coûts de transactions trop importants, mais il se fonde ici sur une analyse partielle de la situation et ne prend pas en compte tous les coûts de transactions associés au développeur.

Il convient maintenant de relever un dernier courant doctrinal suivi par la jurisprudence qui justifie la reconnaissance de la *propriété virtuelle* sur une base pénale en qualifiant de vol, la prise de contrôle sur un bien virtuel en l'absence de volonté de l'utilisateur.

Section 4. Justification de la reconnaissance de la *propriété virtuelle* en droit pénal

182. Bien que l'approche de la notion de propriété en droit pénal fondée sur la *common law* soit différente de celle en droit civil, il est intéressant ici d'examiner la position jurisprudentielle et doctrinale quant à la reconnaissance de la *propriété virtuelle* en droit pénal (paragraphe 1). En effet, depuis quelque temps, les cas de vols de biens virtuels se font nombreux devant les tribunaux (paragraphe 2). Pour déclarer un « vol » de biens virtuels, le juge devra se demander si l'objet virtuel est un « bien », comme en droit civil, pour déterminer l'existence d'une propriété et déclarer si le propriétaire de ce bien a été victime de l'acte de vol tel que défini en matière pénale.

Paragraphe 1. Approche doctrinale de la reconnaissance de la *propriété virtuelle* en droit pénal

183. Plusieurs auteurs de *common law* défendent l'idée que la *propriété virtuelle* devrait être reconnue en matière pénale afin de protéger l'utilisateur contre les délits et les crimes qui sont de plus en plus fréquents à l'encontre des biens virtuels dans les mondes virtuels et même en dehors. Andrea Vanina Arias et Litska Strikwerda, auteures connues dans ce domaine, soutiennent que les biens virtuels devraient être protégés par la propriété au sens pénal du *Model Penal Code*⁴⁰⁰ qui définit la propriété comme tout ce qui compose la richesse d'une personne et qu'une autre personne peut s'approprier⁴⁰¹. La majorité des États américains ont repris cette définition dans leurs lois criminelles⁴⁰². Ainsi, selon Andrea V. Arias : « *Under this definition, virtual goods in online video games are protectable property because they possess value (as*

⁴⁰⁰ L'*American Law Institute* (ALI) a complété en 1962 le *Model Penal Code* afin de donner aux États membres de l'Union un modèle qu'ils pourraient suivre afin d'harmoniser leurs droits pénaux. Il est, entre autres usages, utilisé par les juridictions pour remplir d'éventuelles lacunes de leur droit étatique." J. PARISEL et R. QUINTIN, préc., note 62, n.b.p. 116, p. 43; Andrea Vanina ARIAS, «Life, Liberty, and the Pursuit of Swords and Armor: Regulating the Theft of Virtual Goods», (2008) 57 *Emory Law Journal*, p. 1301, en ligne:

<<http://www.law.emory.edu/fileadmin/journals/elj/57/57.5/Arias.pdf>> (site consulté le 18 septembre 2014).

⁴⁰¹ A. V. ARIAS, préc., note p. 1312; L. STRIKWERDA, préc., note 209, p. 5; M. M. CHEW, préc., note 209, p. 723; Orin S. KERR, «Criminal Law in Virtual Worlds», (2008) *University of Chicago Legal Forum* 415 ; Dan HUNTER et Greg LASTOWKA, «Virtual Crimes», (2004-05) 49 *New York Law School Review* 293 ; K. W. SAUNDERS, préc., note 13.

⁴⁰² En ce sens, A. V. Arias cite tous les textes criminels des États américains ayant adopté cette définition. Voir, A. V. ARIAS, préc., note 400, n.b.p. 101, p. 1312.

determined by external markets such as eBay), are intangible personal property, and can be appropriated by another person. »⁴⁰³ En effet, on a vu que les biens virtuels ont une valeur économique incontestable aussi bien dans le monde virtuel que dans le monde réel. Ainsi, selon l’auteure, puisque la jurisprudence américaine a déjà inclus les codes informatiques, en tant que biens intangibles de valeurs, dans la définition de propriété en droit pénal, elle devrait ainsi par analogie reconnaître la propriété des biens virtuels et les protéger contre le vol⁴⁰⁴. En effet, par exemple, dans l’affaire *Hancock v. State*⁴⁰⁵ une Cour d’appel du Texas a affirmé que les codes et programmes informatiques pouvaient être sujet au vol, car selon la loi pénale du Texas les biens objet de « propriété » incluent notamment tous les écrits qui ont une valeur⁴⁰⁶. Il convient de préciser que la majorité des développeurs des mondes virtuels comme *Runescape* prévoit dans leurs termes et conditions que la propriété (intellectuelle) de tous les objets virtuels contenus dans le monde virtuel leur appartient. Cette affirmation est un obstacle à la reconnaissance de vol des objets virtuels dans les mains de l’utilisateur⁴⁰⁷. En effet, si un utilisateur vole un objet virtuel d’un autre utilisateur, les droits de propriété du développeur sur cet objet virtuel ne semblent pas violés. Par contre, s’il peut être établi que l’objet virtuel a une valeur pour l’utilisateur à l’extérieur du monde virtuel alors le fait de voler cet objet virtuel dans le monde virtuel constituerait une violation des droits de propriété de l’utilisateur qui pourrait être qualifié de vol⁴⁰⁸. Listka Strikwerda⁴⁰⁹ fait remarquer qu’en l’espèce, dans le but d’appliquer le droit criminel, le fait que le développeur du monde virtuel possède, selon les termes et conditions du jeu, la propriété sur les objets virtuels n’est pas un obstacle pour considérer ces objets virtuels en tant que valeur (au sens de la propriété) pour un utilisateur⁴¹⁰.

⁴⁰³ *Id.*, p. 1313.

⁴⁰⁴ *Id.*, p. 1314.

⁴⁰⁵ *Hancock v. State*, 402 S.W.2d 906, 908 (Tex. Crim. App. 1966).

⁴⁰⁶ Texas Penal Code annotated, title 17, ch. 8, art. 1418.

⁴⁰⁷ L. STRIKWERDA, préc., note 209, p. 5.

⁴⁰⁸ *Id.*

⁴⁰⁹ “*Litska is currently a PhD candidate at the University of Twente. In her PhD project she aims to investigate what moral problems arise when penal provisions are applied to virtual environments*”. Profil biographique disponible en ligne: <http://www.ethicsandtechnology.eu/people/strikwerda_litska/> (site consulté le 24 juin 2013).

⁴¹⁰ Arrêt *Gerechthof Leeuwarden*, 10 November 2009, LJN: BK2773, BK2764, en ligne :

<<http://www.rechtspraak.nl/>> (site consulté le 24 juin 2013), cité par L. STRIKWERDA, préc., note 209, p. 5.

184. Aux États-Unis, en 2008, on relate un cas de vol de biens virtuels, un ensemble de bijoux virtuels et de rares pièces de monnaie virtuelles, dont un utilisateur résident du Minnesota a été victime dans le monde virtuel *Final Fantasy XI*. Cependant, la plainte de la victime n'a pas été prise au sérieux par la Police qui n'y a pas donné suite pour la raison qu'on ne pouvait qualifier de vol cette affaire. Pour la police, les biens virtuels n'avaient aucune valeur bien que l'utilisateur victime expliquait que ces biens virtuels pouvaient se vendre pour 3800 dollars US⁴¹¹, mais cela n'était qu'une simple supposition.

185. Au Canada, Maurice C. Dransfeld a analysé la question de savoir si le droit criminel canadien pouvait s'appliquer aux crimes affectant les objets virtuels⁴¹². Il a conclu par l'affirmative, mais sous deux conditions : l'utilisateur doit outrepasser les termes du CLUF qui ne lui attribue pas la propriété des biens virtuels, objet d'un crime à son encontre (par exemple, en demandant au tribunal d'annuler ces clauses considérées comme abusives) et les « activités criminelles » ne doivent pas être permises par les règles du jeu ou même être le but jeu.

186. L'approche de la reconnaissance de vols de biens virtuels en tant que valeur faisant l'objet de propriété a été suivie par plusieurs tribunaux dans le monde, mais aucun cas de vol de biens virtuels ne s'est encore retrouvé devant les tribunaux américains. Dans le cas contraire, certainement que le juge américain prendrait en considération cette approche au regard des jurisprudences des autres pays qui l'ont déjà adopté pour punir les auteurs de vol de biens virtuels.

Paragraphe 2. Reconnaissance jurisprudentielle du vol de biens virtuels

187. Depuis plusieurs années les vols de biens virtuels avec violence sont de plus en plus fréquents et condamnés en Asie,⁴¹³ mais également dans d'autres pays. Par exemple,

⁴¹¹ K. W. SAUNDERS, préc., note 13, p. 170 et 172-173. Voir aussi, Earnest CAVALLI, « Police Refuse To Aid in Virtual Theft Cause », *WIRED*, en ligne : <<http://www.wired.com/gamelifelife/2008/02/police-refuse-t/>> (site consulté le 24 juin 2013).

⁴¹² Maurice C. DRANSFELD, « Property Crimes in Virtual Worlds », (2010) *Alberta Law Review, Online Supplement*, en ligne : <<http://www.albertalawreview.com/index.php/alr/supplement/>> (site consulté le 24 juin 2013).

⁴¹³ Pour des exemples, en 2004, deux jeunes ont été condamnés à respectivement trois et six mois d'emprisonnement pour avoir volé et avoir fait de fausses déclarations par rapport à des biens virtuels. Mais il faut tenir compte de la criminalisation du droit civil en Chine. Voir, Yangyong Hao Yue CHAN, « 北京两少年被判刑 », *Beijing Evening News*, 13 octobre 2004, en ligne : <<http://www.chinanews.com/news/2004/2004-10-13/26/493946.shtml>> (site consulté le 14 décembre 2012); Au Japon, en 2008, une femme fut condamnée à une peine pouvant aller jusqu'à 5

récemment, la Cour suprême néerlandaise a également eu à traiter d'un cas similaire de « vol » de biens virtuels⁴¹⁴. En 2007, un jeune joueur et ses complices ont agressé un autre joueur qui rentrait chez lui, pour l'obliger à se connecter à son compte de jeu Runescape afin qu'il transfère sur le compte de jeu de l'agresseur sa monnaie virtuelle et ses biens virtuels, notamment une amulette et un masque virtuel. L'agresseur et ses complices ont été arrêtés et un premier jugement les a déclarés coupables de « vol accompagné de violence et de menaces contre une personne ». L'affaire a été portée devant la Cour suprême sous le motif que les défendeurs estimaient que cette agression ne pouvait pas constituer un vol au sens du Code pénal puisque les biens en question étaient des biens intangibles n'ayant pas de valeur réelle. La Cour suprême a rejeté cet argument en se basant sur une décision de 1921 concernant le vol d'électricité pour affirmer qu'il importe peu que le bien soit tangible ou intangible, il convient de considérer la valeur du bien d'un point de vue plutôt subjectif. La Cour se pose ainsi la question de savoir si le bien avait une valeur pour son détenteur. En l'espèce, elle a répondu oui, en estimant que la valeur découle des efforts et du temps investis pour acquérir ces biens en poursuivant les objectifs du monde virtuel. Également, la Cour explique que les agresseurs étaient clairement motivés à obtenir les biens virtuels pour la valeur qu'ils représentaient.

188. Le second argument présenté par la défense est également important à soulever au sujet de la notion de *propriété virtuelle*. En effet, la défense indique que la victime n'était pas propriétaire des biens, mais seulement utilisatrice du jeu et que seul le développeur du monde virtuel en est propriétaire. La Cour réfute cet argument en indiquant que la victime en tant qu'utilisatrice du monde virtuel avait une « domination exclusive » sur les biens virtuels. Elle était la seule à pouvoir se connecter sur son compte de jeu dans *Runescape* à partir duquel elle avait acquis les biens en question et elle était la seule à pouvoir en disposer. La cour estime ainsi que le vol l'en a empêché de jouir paisiblement du bien sur lequel la victime avait un pouvoir

ans de prison et 5000\$ d'amende pour avoir supprimé l'avatar de son ex-mari. B. SLATTERY, préc. note 211. Voir, Matthew M. CHEW, *Policy Implications of Massively Multiplayer Online Games for Hong Kong*, Occasional Papers no. 176, Hong Kong, Hong Kong Institute of Asia Pacific Studies, 2006, cité dans M. M. CHEW, préc., note 209, p. 723.

⁴¹⁴ LJN: BQ9251, Hoge Raad, 10/00101, décision du 31 janvier 2012. Décision commentée par Greg LATOWSKA, en ligne : <<http://madisonian.net/2012/02/01/dutch-supreme-court-decides-virtual-theft-case/>> (site consulté le 24 juin 2013); un cas similaire a eu lieu en Allemagne en 2009 (Rechtbank Amsterdam, 2 April 2009, LJN: BH9789, BH9790, BH9791) dans lequel les juges ont condamné trois mineurs de vol de biens virtuels dans le monde virtuel Habbo en s'appropriant le nom d'utilisateur et mots de passe d'un utilisateur du jeu. Pour commentaire sur ces deux arrêts, voir, L. STRIKWERDA, préc., note 209, p. 89.

exclusif et qualifie alors ce bien de propriété⁴¹⁵. La cour finit en faisant une analogie avec le passeport dont la propriété est à l'État qui l'émet, mais dont le vol affecte la capacité de son détenteur à l'utiliser.

189. Synthèse : Les revendications des utilisateurs et des développeurs quant à la reconnaissance de la *propriété virtuelle* se font entendre de plus en plus en doctrine et en jurisprudence à travers le monde, car les transactions de biens virtuels sont de plus en plus importantes en fréquence et en valeurs et deviennent alors sources de conflit.

Certains droits étrangers reconnaissent déjà, ou bien sont en voie de reconnaître, l'existence de la *propriété virtuelle*. Par exemple, en Taiwan, une loi pénale a été promulguée pour protéger la *propriété virtuelle*. Dorénavant, sous le Code pénal taïwanais, l'objet virtuel est considéré comme une « vraie » propriété « lorsqu'il possède les caractéristiques similaires à la propriété »⁴¹⁶. Il s'agira dans le prochain chapitre de vérifier si en vertu du Code civil québécois, la *propriété virtuelle* peut se voir reconnaître le statut de véritable propriété.

⁴¹⁵ Le 06 décembre 2013, un juge de Northampton en Angleterre a rendu une décision différente à l'encontre de Steven Burrell qui forcé l'accès de 105 comptes d'utilisateur à presque 4000 reprises dans le jeu *Runescape* pour s'emparer des objets virtuels afin de les vendre pour payer ses dettes de jeu de casino. Le juge ne l'a pas condamné pour vol d'objets virtuels car les objets virtuels étaient toujours existants au sein du jeu. Il a été condamné pour piraterie (« hacking ») à 12 mois de prison et à 150 heures de travail non payé. Voir, Dan BLOOM, «Computer Hacker Stole Virtual Property from Online Fantasy Gamers to Pay off Real Gambling Debts », *Mail Online*, en ligne :

<<http://www.dailymail.co.uk/news/article-2519425/Computer-hacker-stole-virtual-property-online-fantasy-gamers-pay-REAL-gambling-debts.html>> (site consulté le 18 septembre 2014).

⁴¹⁶ « Under the *Taiwanese Criminal Code* (the “Taiwanese Code”), virtual objects are considered ‘property’ if they possess characteristics similar to property, such as rivalrousness, and are alienable and transferable », S. H. ABRAMOVITCH et D. L. CUMMINGS, préc., note 107, p. 50.

Conclusion du chapitre 1

190. On a vu que les utilisateurs et les développeurs réclament fortement la reconnaissance juridique de la *propriété virtuelle*. Ces revendications ont amené les juristes et les économistes, de plus en plus nombreux, à s'intéresser à cette question, qui se retrouve maintenant devant les tribunaux dans certains pays. L'analyse des différentes théories doctrinales sur la question de la titularité des biens virtuels révèle la difficulté que l'on éprouve à parler de la *propriété virtuelle* en termes de propriété classique ou de propriété intellectuelle et à trancher entre accorder la propriété des biens virtuels aux utilisateurs ou aux développeurs. En effet, à première vue les théories divergentes en présence sont toutes assez convaincantes pour nous permettre d'hésiter.

191. La reconnaissance juridique de la *propriété virtuelle* en droit civil est, à priori, devenue nécessaire vu l'émergence des mondes virtuels⁴¹⁷ et l'ampleur que prennent les transactions de *biens virtuels* pour protéger légalement les utilisateurs des mondes virtuels contre la suppression ou la confiscation des biens virtuels par le développeur ou les autres utilisateurs et leurs permettre le droit à la revendication. Également, les actes de vol et de piraterie à l'encontre des biens virtuels sont de plus en plus nombreux. En droit pénal, si la *propriété virtuelle* n'est pas juridiquement reconnue aux utilisateurs, ces actes ne seront pas 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 utilisateurs⁴¹⁸. Toutefois, en droit civil, la jurisprudence n'a pas eu encore l'occasion de se prononcer. On se pose donc les questions suivantes : Qu'est-ce qu'un bien virtuel au sens juridique du terme? est-il possible de reconnaître la propriété de droit civil au « bien virtuel »? Il s'agira dans le chapitre suivant d'étudier la nature de la propriété dans les univers virtuels au regard du droit de propriété dit « classique ».

⁴¹⁷ Les mondes virtuels enregistraient 400 millions de joueurs au premier trimestre 2009 et 1.400 millions au deuxième trimestre 2011, en ligne :

<<http://www.hypergridbusiness.com/2011/07/virtual-world-usage-accelerates/>> (site consulté le 25 mai 2012). Au deuxième trimestre de 2012, les mondes virtuels sont au nombre total de 900, en ligne :

<<http://www.slideshare.net/nicmitham/virtual-worlds-2010-2098472>> (site consulté le 4 juin 2012).

⁴¹⁸ M. M. CHEW, préc., note 209. *Infra*, n° 187 et 188.

Chapitre 2. La nature de la propriété dans les univers virtuels : un droit de propriété classique?

192. Puisque le droit de propriété est relatif par rapport à la nature de son objet⁴¹⁹, on doit alors se poser la question de savoir ce qu'est un « objet virtuel » au sens juridique du terme. Comme l'énoncent si bien les professeurs Battifol et Lagarde : « la détermination des biens susceptibles de propriété est inséparable du régime du droit dont ils constituent la matière »⁴²⁰. On a pu relever dans l'étude du chapitre précédent que les revendications antagonistes des utilisateurs et des développeurs s'expriment en terme de propriété, certains pensent posséder l'objet virtuel sur le fondement de la propriété classique alors que d'autres réclament la protection de la propriété intellectuelle sur leur œuvre.

193. La question de l'existence d'un droit de *propriété virtuelle* est au cœur de notre étude puisque pour déterminer la loi applicable aux transferts d'objet virtuel, il convient tout d'abord de procéder à la qualification juridique des objets virtuels.

194. 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 civil⁴²¹ et de *common law*⁴²², nous n'avons pas encore trouvé de définition juridique précise du concept d'objet virtuel. Également, si on se tourne du côté des règles de propriété intellectuelle, rien n'est spécifiquement prévu concernant les objets virtuels. Ainsi, il convient de vérifier si l'objet virtuel peut être sujet à un droit de propriété classique, tout d'abord en procédant à un examen de la théorie classique de la propriété et à son évolution (section 1). Puis, en cherchant une place pour cet objet dans la classification des biens (section 2). Il s'agira également de comparer les caractéristiques de la *propriété virtuelle* avec la propriété classique (section 3) et de vérifier si

⁴¹⁹ Ejan MACKAAY, « Les droits intellectuels - entre propriété et monopole », (1990) 1 *Journal des économistes et des études humaines* 61, 71.

⁴²⁰ Henri BATTIFOL et Paul LAGARDE, *Droit international privé*, 7^e éd., t. 2, Paris, L.G.D.J., 1983, n° 516, p. 175.

⁴²¹ Voir, Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Les biens*, 2^e éd., coll. « Droit civil Defrénois », Paris, Éditions Defrénois, 2005, p. 59 et s.; Pierre BERLIOZ, *La notion de bien*, t. 489, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2007, p. 458 et s.

⁴²² Marie-France PAPANDRÉOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, t. 481, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2004.

les mesures de protection de la propriété prévues par le *Code civil du Québec* peuvent trouver application en matière de *propriété virtuelle* (section 4).

Section 1. Examen de la théorie classique de la propriété et son évolution

195. Traditionnellement, le droit des biens français et québécois était cantonné au régime des droits réels en vertu duquel une personne possède un droit patrimonial direct et immédiat sur une chose matérielle. En effet, la doctrine renvoie pour la notion de « chose » à ce qui est « matériel » ou « tangible », soit aux « biens corporels » puisqu'ils ont pour objet un élément concret et tangible prenant place dans le monde physique, car en droit romain, origine du droit civil, la chose existe seulement si on peut la voir et être capable de se l'approprier. Dans ce cadre, le droit de propriété se confond avec la chose. Ainsi, un bien est une chose susceptible d'appropriation. Cette définition restrictive de la notion de bien qui limite le droit de propriété aux choses corporelles a été pendant longtemps la référence en droit des biens (paragraphe 1), les critiques soulevées à son encontre l'on fait évoluer pour admettre des nouveaux biens de nature immatérielle (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La définition matérielle de la propriété

196. Dans un contexte historique, la théorie classique de la propriété est fondée principalement sur un héritage du droit romain selon lequel il convenait de distinguer les *res corporales* (choses corporelles) avec les *res incorporales* (choses incorporelles) de manière à ce que les premières fussent considérées comme des biens objets de propriété alors que les secondes étaient interprétées comme les droits, dont les choses, sont l'objet. Suivant cette logique, en droit romain, seuls les *res coporales* étaient objets de propriété. Également, un autre fondement important de la théorie restrictive de la propriété aux choses corporelles tient à l'idée que le droit de propriété s'incorpore dans son objet corporel. Cette théorie a pour conséquence d'écarter la possibilité que la propriété puisse porter sur autre chose que des corps⁴²³.

⁴²³ C.-A BEUDANT et P. LEREBOURG-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, cité dans Yaël EMERICH, *La propriété des créances: approche comparative*, thèse de doctorat, Montréal, Université de Montréal en cotutelle avec l'Université Jean Moulin Lyon 3, 2004, n.b.p. 101, p. 50.

197. La définition de la propriété dépend des circonstances et des époques⁴²⁴, dans les pays de *common law* et de tradition civiliste, elle entretient toujours un lien inévitable entre l'économie politique, le droit et le social⁴²⁵. Nous remonterons au 17^e siècle, pour rappeler que la propriété a été décrite soit comme le passage du communisme au partage des terres avec la théorie du travail de J. Locke⁴²⁶, soit comme source de liberté et de démocratie selon M. Friedman⁴²⁷ ou encore comme source d'efficacité selon H. Lepage⁴²⁸.

198. Dans sa fonction, la propriété peut être vue, d'une part, subjectivement en ce qu'elle exprime le pouvoir exclusif d'une personne sur un bien⁴²⁹ et d'autre part, objectivement dans le sens où la propriété est le fait pour un bien d'appartenir à une personne⁴³⁰. Dans cette dernière vision, la propriété est la chose elle-même. F. Zenati précise au contraire que « le droit de propriété ne constitue pas un bien, mais la relation qui existe entre chaque bien et la personne à laquelle il appartient »⁴³¹. Précisons encore que la fonction du droit de propriété est de permettre aux choses d'être des biens. C'est ainsi que l'article 911 C.c.Q. exprime l'idée que le droit de

⁴²⁴ Au XVI^e siècle, la propriété a été définie selon la philosophie développée par les théologiens sur la base du pouvoir divin sur les choses qu'il a créé, pouvoir délégué à l'homme dans la limite du respect des projets de Dieu. Puis, les théologiens du début du XVII^e siècle fondent le domaine humain non plus sur une attribution divine mais sur la nature de l'être humain et essentiellement sur sa raison. Contre ce courant, s'est développé la conception sociale du droit de propriété selon Hobbes qui prône le règne absolu du droit objectif, le droit de propriété devient une prérogative du pouvoir souverain, la loi doit limiter la propriété pour faire respecter la liberté du plus grand nombre. Locke, père du libéralisme, s'insurge contre cette conception du droit objectif, pour construire une philosophie sur l'appropriation de la chose par les fruits du travail de l'homme sur cette chose qui prend alors une utilité pour ce dernier. « 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. ». G. GOLDSTEIN, préc., note 20, p. 106 et s. Voir aussi, MIKHAÏL XIFARAS, «La destination politique de la propriété chez Jean-Jacques Rousseau», (septembre 2003) 3 Les études philosophiques, Presses Universitaires de France, en ligne:

<http://www.philodroit.be/IMG/pdf/Xifaras_proprieteRousseau.pdf>, p. 331 et 333 (PDF); Henri LEPAGE, *Pourquoi la propriété*, Bibliothèque de la Liberté, 1985, en ligne:

<http://w.minbaralhurriyya.org/files/Lepage_Pourquoi_la_propriete.pdf>, p. 40 (PDF).

⁴²⁵ Frédéric ZENATI et Thierry REVET, *Les biens*, 2^e éd. refondue, coll. «Droit fondamental. Droit civil», Paris, PUF, 1997, n° 116, p. 142.

⁴²⁶ J. LOCKE, préc., note 216.

⁴²⁷ Milton FRIEDMAN, *Capitalisme et liberté*, 1969, cité dans F. ZENATI et T. REVET, préc., note 425, n° 116, p. 142.

⁴²⁸ F. ZENATI et T. REVET, préc., note 425, n° 116, p. 142.

⁴²⁹ *Id.*, n° 89, p. 116.

⁴³⁰ *Id.*

⁴³¹ *Id.*, n° 39, p. 53.

propriété est un lien juridique avec un bien⁴³². C'est le droit réel le plus complet auquel on puisse prétendre sur un bien.

199. Rappelons brièvement la définition d'un droit réel en le distinguant du droit personnel. Le droit réel porte habituellement sur un bien corporel, mais il peut aussi dorénavant porter sur un bien incorporel et permettre à son titulaire d'exercer directement son droit sur ce bien⁴³³. S'agissant d'un rapport direct, il n'existe pas d'intermédiaire entre le titulaire du droit et le bien, mais il contribue plutôt au droit direct de jouissance. On parle ainsi de l'exercice du *jus in re*⁴³⁴. Il convient de préciser que certains droits réels sont accessoires, car ils permettent de garantir le paiement d'une créance (ex. : hypothèques, clause résolutoire).

L'action réelle la plus connue est l'action en revendication de propriété⁴³⁵.

Au contraire, un droit personnel est une obligation relative dans le sens où l'obligation créée entre les parties est en principe inopposable aux tiers (ex. : art. 1440 C.c.Q : « le contrat n'a d'effet qu'entre les parties contractantes; il n'en a point quant aux tiers, excepté dans les cas prévus par la loi »). Un droit personnel est donc un droit de créance engendrant des obligations de faire ou de ne pas faire entre deux personnes ou éventuellement une obligation de donner ou de fournir la jouissance d'un bien.

200. Dans le cadre de notre étude, ce sont les droits réels qui nous intéressent puisqu'ils sont au cœur du litige entre les développeurs du monde virtuel et les utilisateurs, chacun voulant accaparer un droit de propriété sur les objets virtuels.

201. Ces précisions étant faites, il s'agit de se tourner vers le *Code civil du Québec*⁴³⁶ qui définit le droit de propriété en son article 947 alinéa 1 comme « le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi ». Le droit de propriété est donc « relatif »⁴³⁷ dans la mesure où ses

⁴³² C.c.Q., art. 911, al. 1: “ On peut, à l'égard d'un bien, être titulaire, seul ou avec d'autres, d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel, ou encore être possesseur du bien.” Al. 2 : “On peut aussi être détenteur ou administrateur du bien d'autrui, ou être fiduciaire d'un bien affecté à une fin particulière.”

⁴³³ Au contraire, un droit personnel est un droit de créance : obligations de faire ou de ne pas faire entre deux personnes. Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 5^e éd., Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2005, n° 96 et suiv., p. 57.

⁴³⁴ Traduit comme “un droit qui porte sur un bien” par opposition au *jus ad rem*, traduit comme “un droit à la chose”.

⁴³⁵ *Infra*, n° 326-332.

⁴³⁶ L.Q. 1991, c. 64.

⁴³⁷ G. GOLDSTEIN, préc., note 20, p. 106 et s.

actes de disposition peuvent être limités par la loi notamment en fonction de la nature de l'objet du droit de propriété, car celle-ci va normalement déterminer l'utilité de l'objet.

202. Les grands auteurs classiques de *common law* comme W. Blackstone ou ceux de droit civil, comme F. Savigny, ont donné à la propriété une définition assez proche du « pouvoir absolu d'une personne sur une chose matérielle »⁴³⁸. M. Xifaras, explique que cette définition était « destinée à ramener la foisonnante diversité des rapports juridiques de propriété à un archétype unique, à savoir un droit complet et unitaire sur lequel devait reposer la cohérence de la théorie générale du droit des biens »⁴³⁹. Ainsi, si historiquement la propriété reposait sur la possession d'une chose matérielle, son évolution s'en est détachée⁴⁴⁰.

Paragraphe 2. La « rénovation » de la notion de propriété

203. Denys-Claude Lamontagne rappelle que « le droit de propriété portant sur un bien corporel est lui-même classé comme un bien corporel »⁴⁴¹ (ce raisonnement étant identique pour le bien incorporel), « le droit se confondant avec son objet »⁴⁴². Toutefois, selon F. Zenati, « cette affirmation n'est fondée sur aucune règle du droit positif. Elle est justifiée par l'héritage du droit romain et par l'incompatibilité du régime de la propriété corporelle avec celui des objets immatériels »⁴⁴³. Il propose de revoir ces théories puisqu'en réalité l'étude du droit romain révèle que la propriété portait aussi bien sur les choses incorporelles que sur les choses corporelles. Il conclut que c'est une mauvaise interprétation du droit romain au moyen-âge qui a provoqué une modification substantielle de la propriété « sous la pression des besoins spécifiques de la société féodale »⁴⁴⁴ et « qu'il est clair que la nature corporelle de l'objet de la

⁴³⁸ XIFARAS, M., *La propriété, étude de philosophie du droit*, coll. « Fondements de la politique », Paris, PUF, 2004, en ligne:

<http://www.philodroit.be/IMG/pdf/MXLapropriete_etudedephilosophiedudroit.pdf>, p. 8 (pdf)

⁴³⁹ *Id.*

⁴⁴⁰ Frédéric ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », (1993) *RTD civ.* 305, p. 310. Voir aussi, Alexandra ABELLO, « La propriété intellectuelle, une propriété de marché ? », dans Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques: légitimité et efficacité*, coll. « Thèmes et Commentaires », Paris, Dalloz, 2004, p. 344, citées dans É. T. ALFOLDI, préc., note 366, n.b.p. 168, p. 87.

⁴⁴¹ D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 433, n° 205.

⁴⁴² *Id.*

⁴⁴³ F. ZENATI, préc., note 440, p. 307.

⁴⁴⁴ *Id.*

propriété constitue un dogme purement doctrinal qui résulte de l'interprétation de la loi, voire de sa dénaturation »⁴⁴⁵.

204. La doctrine juridique contemporaine reconnaît que « le droit des biens est en crise »⁴⁴⁶ et s'accorde en général « pour une rénovation de la théorie de la propriété »⁴⁴⁷. 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.. »⁴⁴⁸.

205. 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)⁴⁴⁹. On est d'accord avec le professeur F. Zenati, grand partisan de cette doctrine contemporaine, lorsqu'il tient les propos suivant : « contester que la propriété puisse porter sur des biens immatériels devient de plus en plus un combat d'arrière-garde »⁴⁵⁰. Cet auteur insiste sur la dimension subjective de la propriété, c'est-à-dire son rapport fondamental au sujet de droit⁴⁵¹. Il justifie l'extension technique de la notion de propriété et de l'entier droit des biens à l'ensemble des richesses immatérielles⁴⁵².

206. On n'est pas en présence d'une « extinction »⁴⁵³ de la propriété, mais bien au contraire de l'apparition d'une « perspective dynamique »⁴⁵⁴ des droits de propriété en vertu de laquelle

⁴⁴⁵ *Id.*, p. 307.

⁴⁴⁶ M. XIFARAS, préc., note 438, p. 8.

⁴⁴⁷ F. ZENATI, préc., note 440.

⁴⁴⁸ M. XIFARAS, , préc., note 438, p. 9.

⁴⁴⁹ F. ZENATI et T. REVET, préc., note 425, p. 61.

⁴⁵⁰ F. ZENATI, préc., note 440, p. 312.

⁴⁵¹ F. Zenati reprend ainsi la thèse historique et philosophique développée par Michel Villey au milieu du XXe siècle. Voir, L. D'AVOUT, préc., note 33, n.b.p. 3 et n° 44, p. 62.

⁴⁵² *Id.*, n° 44, p. 65.

⁴⁵³ Ejan MACKAAY, « La propriété est-elle en voie d'extinction? », dans Ejan MACKAAY (dir.), *Nouvelles technologies et propriété : actes du Colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, les 9 et 10 novembre 1989*, Montréal, Éditions Thémis-Paris, Litec, 1991, p. 217-247. Voir aussi, Y. EMERICH, préc., note 423.

⁴⁵⁴ Ejan MACKAAY, « L'économie des droits de propriété émergents sur l'internet », (1997) 9/3 *Cahiers de propriété intellectuelle* 281, 283 et suiv.

les objets appropriés ne sont plus nécessairement des choses tangibles. En effet, 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 biens. ». Il a nommé ces modes de conceptualisation la *maîtrise souveraine*⁴⁵⁵, l'*appartenance patrimoniale*⁴⁵⁶ et la *réservation de jouissance*⁴⁵⁷.

207. 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. En effet, 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 peuvent être utiles de se les « approprier », d'autant qu'ils supposent souvent des efforts et des heures de travail importants devant être reconnus comme valeur⁴⁵⁸. 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.

208. En d'autres termes, pour citer les propos de F. Zenati :

« C'est cette valeur d'usage qui crée le besoin de l'échange, lequel, à son tour, crée celui de la propriété, condition de sa sécurité juridique : par ce cheminement nécessaire, la chose, du stade de la valeur, passe à celui de bien. On peut observer ce processus à travers la genèse des biens de création récente que sont les propriétés intellectuelles faisant passer la chose de l'état de valeur à celui d'objet de propriété. »⁴⁵⁹

⁴⁵⁵ 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 le Code civil 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, M. XIFARAS, , préc., note 438, p. 26.

⁴⁵⁶ 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 », M. XIFARAS, préc., note 438, n°7, p. 19 et 201 et suiv.

⁴⁵⁷ La « réserve de jouissance » doit son existence à Augustin Charles Renouard (1794-1878). Elle se présente comme le 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, M. XIFARAS, préc., note 438, p. 349.

⁴⁵⁸ F. ZENATI et T. REVET, préc., note 425, p. 41 et 42.

⁴⁵⁹ Jean-Marc MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », dans *Mélanges en l'honneur D'Andrei Breton et Fernand Derrida*, Paris, Éditions Dalloz, 1991, p. 277, à la page 278. Il rappelle l'idée marxienne que la chose devient une propriété dans les faits par le commerce avant d'être consacrée comme telle par le droit, Michel Henry MARX, «Vol. I : une Philosophie de la réalité », (1978) 76-32 *Revue philosophique de Louvain* 396, cité dans Frédéric ZENATI, «L'immatériel et les choses», (1999) 43 *Archives philosophiques du droit* 79, 91.

209. En ce sens, Alexandra Abello ajoute que l'usage et l'utilité vont de pair avec la propriété :

« En effet, si l'objet en question n'est plus utile, le droit devient moins fort et contestable. Les contours du droit passent alors par l'usage. Si l'usage est moins légitime et l'utilité décroît, la propriété est moins forte. De plus, une fois que l'on a pensé la propriété par rapport aux besoins de son titulaire, il faut penser aux tiers qui ont aussi des besoins. ...]. Outre que, cette théorie révèle une certaine modernité, elle permet de constater que lorsque cette finalité disparaît parce que le but ou la fonction disparaît ou diminue, il est légitime que la propriété disparaisse. »⁴⁶⁰

210. Rappelons finalement ce qu'Irving Fisher disait à propos du bien-être que procure le droit de propriété :

« *A property right is the liberty or permit to enjoy benefits of wealth while assuming the costs which those benefits entail...property rights are not physical things or events, but are abstract social relations. A property right is not a thing.* »⁴⁶¹

211. En effet, les droits de propriété sont des relations entre les individus qui découlent de l'existence de la rareté des biens et se maintiennent par leur utilisation⁴⁶². Cette définition des droits de propriété se retrouve aussi bien dans le droit romain, qu'en *common law* et que dans les écrits des auteurs de l'analyse économique du droit en matière de droits de propriété.

212. L'analyse économique du droit définit la propriété de façon générale comme une institution incitant à la gestion prudente et à l'innovation dans l'usage des ressources rares⁴⁶³ et plus particulièrement la propriété correspond toujours à la fois à l'appropriation et à l'exploitation des biens⁴⁶⁴. La rareté des objets virtuels provient de ce que les talents et les efforts, en ce qui concerne le temps passé et l'énergie dépensée, de leurs créateurs pourraient être consacrés à autre chose⁴⁶⁵. C'est donc la rareté de l'objet qui détermine sa valeur. En effet, E. Mackaay rappelle que « les droits de propriété sont l'institution à laquelle on recourt au

⁴⁶⁰ Alexandra ABELLO, « La propriété intellectuelle, une « propriété de marché » », dans Marie-Anne FRISON-ROCHE et Alexandra ABELLO, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, L.G.D.J., 2005, p. 341- 372.

⁴⁶¹ Irving FISHER, *Elementary Principles of Economics*, coll. «University of Michigan», New York, Macmillan, 1923, p. 27, cité dans S. PEJOVICH, préc., note 333, p. 27.

⁴⁶² *Id.*

⁴⁶³ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, préc., note 35, n° 670.

⁴⁶⁴ J.-L. BERGEL, préc., note 36, p. 2501. Voir aussi, G. LASTOWKA et D. HUNTER, préc., note 187, p. 41.

⁴⁶⁵ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, préc., note 35, n° 987.

premier chef pour gérer une ressource qui est devenue rare »⁴⁶⁶. Selon Jean-Louis Bergel, « la propriété peut être considérée comme un droit protégé à valeur économique et comme un instrument privilégié de développement économique »⁴⁶⁷ et de fonctionnement d'une économie de marché. Il précise que « la propriété doit être conçue comme une exclusivité appliquée à des valeurs économiques »⁴⁶⁸.

213. Comme Yaël Emerich l'a également conclu au terme de ces développements dans le cadre de sa thèse sur la propriété des créances :

« L'examen du droit positif montre que les textes fondamentaux de ces deux droits (*droit québécois et droit français*) en matière de propriété retiennent une conception extensive de son objet, n'excluant aucunement les biens immatériels du domaine de la propriété. De plus, l'évolution du droit en la matière va nettement dans le sens d'une reconnaissance accrue de l'importance des biens incorporels. »⁴⁶⁹

Également, Pierre Catala précise que :

« Les caractéristiques fondamentales de la propriété privative sont l'opposabilité *erga omnes* et l'*abusus*; au contraire l'objet du droit, la *res*, ne paraît pas impliquer nécessairement une substance tangible. Il n'est donc pas abusif de parler de propriétés immatérielles, alors surtout que les progrès de la physique reculent vers l'infiniment petit la notion de chose. »⁴⁷⁰

214. Récemment, en France, la notion de propriété est secouée par de forts débats doctrinaux⁴⁷¹ notamment à l'occasion des commentaires sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans la « décision Florange »⁴⁷². J.-P. Chazal et L. d'Avout, sur les commentaires de cette décision⁴⁷³, se confrontent quant au fondement et à la définition même

⁴⁶⁶ E. MACKAAY, préc., note 34, p. 3.

⁴⁶⁷ J.-L. BERGEL, préc., note 36, p. 2502.

⁴⁶⁸ *Id.*, p. 2506.

⁴⁶⁹ Y. EMERICH, préc., note 423, n° 110, p. 102.

⁴⁷⁰ Pierre CATALA, « L'immatériel et la propriété », (1999) 43 *Archives de philosophie du droit*, p. 61, en ligne: <<http://www.philosophie-droit.asso.fr/>> (site consulté le 18 septembre 2014).

⁴⁷¹ Blandine MALLET-BRICOUT et Nadège REBOUL-MAUPIN, *Panorama Droit des biens 2014* (chronique annuelle), Recueil Dalloz, Dalloz, 2014, p. 1844.

⁴⁷² Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC, dite « décision Florange », D. 2014. 1101, chron. J.-P. Chazal.

⁴⁷³ Jean-Pascal CHAZAL, « Propriété et entreprise: le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1101 (PDF), Dalloz en ligne; voir du même auteur et de la même collection, « Réponse d'un "faux" politiste à un vrai juriste », Dalloz en ligne; Louis D'AVOUT, « La liberté d'entreprendre au bûcher ? Retour sur une critique récente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », n°22, *Recueil Dalloz* 2014, p. 1287, en ligne, <www.sciencespo.fr>. Pour un résumé de ces trois textes, voir Thomas PIAZZON, « Chronique de droit privé », coll. « Les nouveaux Cahiers du conseil constitutionnel », n°45, 2014/4, édition Lextenso, p. 183, en ligne

du droit de propriété. Le professeur J.-P. Chazal critique la décision classique du Conseil constitutionnel en établissant une comparaison entre le fonctionnement de la Cour suprême américaine et la jurisprudence qui en ressort sur le droit de propriété, présenté comme « un faisceau de droits (*Bundle of rights*), qui rend compte du fait qu'il n'est pas une relation d'exclusivité entre un propriétaire seul au monde et sa chose, mais une relation entre les individus d'une société à propos des choses, et donc une construction politique, afin de défendre un capitalisme raisonnable »⁴⁷⁴. Selon lui, le droit de propriété devrait se moderniser selon son époque économique et industrielle. Il conteste ainsi les fondements mêmes des principes du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre étant, selon lui, « non seulement vides de signification juridique prédéterminée, mais en outre, utilisés de manière décontextualisée »⁴⁷⁵. Comme en *common law*, en droit civil, le droit de propriété devrait dorénavant être fondé sur l'utilité économique tirée de l'exploitation du bien. À l'opposé, le professeur Louis d'Avout justifie la décision classique du Conseil constitutionnel voyant dans la loi « Florange » une atteinte suffisamment grave au droit de propriété constitutionnellement protégé et à la liberté d'entreprendre⁴⁷⁶.

215. Toutefois, en France, le panorama des législations et de la jurisprudence de 2014 en matière de droit des biens dévoile un portrait orienté vers la modernité. Certains professeurs de droit privé en viennent même à se demander si la modernisation du droit des biens serait imminente⁴⁷⁷.

216. Synthèse : La rénovation du droit des biens dans sa conception élargie du bien objet de propriété va nous servir de fondement dans la recherche de la qualification de l'objet virtuel. En

<http://www.cairn.info/zen.php?ID_ARTICLE=NCCCC1_045_0183#re3no3> (site consulté le 14 août 2014).

⁴⁷⁴ Il poursuit en ces termes : « Faire aujourd'hui du droit de propriété un sanctuaire individualiste et égoïste reviendrait à s'interdire de résoudre les problèmes engendrés par la mondialisation et la financiarisation de l'économie, phénomènes qui provoquent et entretiennent la désindustrialisation des pays occidentaux, le chômage de masse, et l'accaparement des richesses par une infime minorité de la population », J.-P. CHAZAL, « propriété et entreprise: le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie », préc., note 473, p. 1104.

⁴⁷⁵ *Id.*, p. 1101.

⁴⁷⁶ La décision de la Cour constitutionnelle censure partiellement la loi n° 2014-384 promulguée le 29 mars 2014 qui met en vigueur un dispositif de « recherche d'un repreneur », imposant en certaines circonstances au chef d'entreprise, moyennant une consultation des institutions représentatives du personnel, d'envisager la cession d'un établissement par préférence à une fermeture impliquant des licenciements collectifs, supposant une procédure stricte. Cons. const., 27 mars 2014, préc. note 472.

⁴⁷⁷ B. MALLET-BRICOUT et N. REBOUL-MAUPIN, préc., note 471.

effet, depuis de nombreuses années, le mouvement général doctrinal et législatif relativement au domaine de la propriété se dirige vers l'admission des biens immatériels qui ont pris une place importante dans la composition des patrimoines. Ainsi, il convient d'examiner dans la prochaine section les critères de classification des biens afin de vérifier si l'objet virtuel peut être juridiquement défini comme un bien de nature incorporelle.

Section 2. La classification des biens

217. Avant d'analyser les différents types de biens en droit québécois, il s'agit de définir ce qu'est un « bien » au sens du *Code civil du Québec* (paragraphe 1). Suivant la tradition romaine, les biens ont été classifiés de biens corporels (meuble ou immeuble) ou incorporels, il convient de définir ces notions pour tenter de rattacher l'objet virtuel à l'une de ces catégories (paragraphe 2). Ces distinctions entre les biens sont importantes en pratique, car elles se retrouvent dans plusieurs règles du *Code civil du Québec*⁴⁷⁸ notamment en droit international privé⁴⁷⁹.

Paragraphe 1. La définition du terme « bien » dans le Code civil du Québec

218. Le *Code civil du Québec* ne donnant malheureusement pas une définition précise du « bien », il convient dès lors d'en rappeler les fondements théoriques. La définition de la propriété prévue à l'article 947 C.c.Q. 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 »⁴⁸⁰. 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 incorporel⁴⁸¹. Toutefois, le ministre de la Justice responsable de l'adoption du Code civil, Gil Rémillard, mentionnait en

⁴⁷⁸ Voir, Denys-Claude LAMONTAGNE, « Les biens corporels et incorporels, meubles et immeubles », (2009) 6e éd., EYB2009BEP3 (La référence), n° 49.

⁴⁷⁹ C.c.Q., art. 3105 et 3114.

⁴⁸⁰ C.c.B.C., art. 405. S. NORMAND, préc., note 500, p. 4. D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 478, n° 47.

⁴⁸¹ D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 433, p. 135.

1993, dans son commentaire en regard des articles 899 à 907 du Code civil⁴⁸², que la notion de « bien » est, dans le Code civil, « utilisée généralement dans son sens juridique de **chose** susceptible d'appropriation ou appropriée [...] »⁴⁸³ ou, encore, de « **choses** vues sous l'angle du droit, appropriées ou susceptibles de l'être, ce terme bien englobant en même temps la chose et le droit que l'on a sur cette chose »⁴⁸⁴. Il continue en précisant que « ce terme, déjà employé dans différentes lois, n'a pas besoin d'ailleurs d'être défini. Il a, en effet, une acception générale et on sait ce qu'est un bien sans qu'on ait besoin de le définir davantage ».

219. Le commentaire du ministre est tout de même un bon point de départ dans la recherche de la qualification juridique des objets virtuels. En effet, pour déterminer si l'objet virtuel est un « bien », encore faut-il qu'il puisse exister en tant que « chose » et que cette dernière soit « susceptible d'appropriation ». Cette théorie est basée sur la majorité de la doctrine classique du droit des biens qui opère une vision objective du droit des biens selon laquelle « la règle du droit des biens aurait pour objet premier les choses auxquelles elle fournirait un statut juridique, et pour objet secondaire, voire subsidiaire, les droits subjectifs sur elles constitués »⁴⁸⁵. On peut avoir du mal à rattacher l'objet virtuel à cette définition classique du « bien », car l'objet virtuel n'existe pas dans la réalité, c'est une image visuelle dans le monde virtuel. Mais, cette doctrine classique majoritaire est critiquée par la doctrine contemporaine et rénovatrice du droit des biens : « ce qui compte du point de vue juridique, ce sont les droits, distincts de leurs objets éventuellement matériels, qui n'ont d'existence que juridique et idéale »⁴⁸⁶. En effet, depuis plusieurs années, on assiste à de grands débats du droit civil contemporain sur la notion de droit des biens. La doctrine de plus en plus majoritaire définit désormais le « bien » comme tout ce qui a une valeur patrimoniale, qu'il s'agisse de biens corporels, de biens incorporels ou de droits (réels ou personnels)⁴⁸⁷.

⁴⁸² GIL RÉMILLARD, *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec : un mouvement de société*, Québec Ministère de la Justice, 1993, p. 527 et 528.

⁴⁸³ *Id.*, p. 527.

⁴⁸⁴ *Id.*, p. 528.

⁴⁸⁵ L. D'AVOUT, préc., note 33, n°41, p. 59.

⁴⁸⁶ Louis d'Avout reprend l'analyse générale de Josserand: Louis JOSSERAND, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », dans *Mélanges N. Sugiyama*, Tokyo, Maison franco-japonaise, 1940, p. 95.

⁴⁸⁷ 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

220. Cette notion de valeur de l'objet est très importante au niveau juridique et surtout au niveau économique. Elle a servi aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence de fondement pour qualifier certains objets immatériels comme « bien ». En effet, une partie de la doctrine précise qu'un « bien » peut ne pas être qualifié de « chose ». Comme l'énonce l'article 899 C.c.Q., 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 ».

Paragraphe 2. La distinction des biens corporels et incorporels

221. Le législateur a affirmé à l'article 899 C.c.Q. que les biens peuvent être corporels ou incorporels et se divisent en immeubles et en meubles. Si la conception de la notion de propriété est extensive dans le *Code civil du Québec* encore faut-il vérifier si un objet virtuel peut y trouver sa place.

A. Biens corporels

222. Après avoir rappelé la définition des biens corporels selon le *Code civil du Québec* (1), il s'agit d'examiner et de réfuter certaines hypothèses qui qualifient l'objet virtuel de bien corporel (2).

1. Définition

223. Les biens corporels sont traditionnellement définis comme des « choses appropriables »⁴⁸⁸, tangibles. 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 C.c.Q selon laquelle « sont réputées meubles corporels les ondes ou l'énergie maîtrisées par l'être humain et mis à son service (...) ». Au fil des ans, la doctrine et la jurisprudence ont étendu la qualification des ondes aux vibrations, ondes

financières et qui ont une valeur économique, qui sont objets de propriété et dont la circulation correspond à une exploitation économique ». J.-L. BERGEL, préc., note 36. Voir, S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43.

⁴⁸⁸ D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 478, n° 47.

hertziennes, micro-ondes (...) et celle de l'énergie à différentes sources comme l'électricité⁴⁸⁹, le gaz ou la vapeur⁴⁹⁰. Denys-Claude Lamontagne ajoute à ces qualifications les sons et les rayonnements (radiations). Il définit ces biens de « biens corporels dématérialisés »⁴⁹¹ et Gil Rémillard précise que ces derniers « n'ont pas de consistance aussi caractérisée que les choses qui peuvent être vues ou touchées »⁴⁹². 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.

2. Hypothèses injustifiées de l'objet virtuel en tant qu'objet corporel

224. Dédution faite des termes de l'article 906 C.c.Q. et de leurs interprétations, certains pourraient prétendre à qualifier l'objet virtuel de « biens corporels dématérialisés »⁴⁹³ 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 nécessite l'induction de courants électriques dans le champ magnétique des segments du disque dur du serveur afin de modifier la polarisation de ces champs magnétiques »⁴⁹⁴. 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. Ainsi, les auteurs concluent :

« (...) les Objets virtuels ne peuvent probablement être qualifiés de “choses” que si on conclut que les données les sous-tendant sont de nature matérielle. Si, toutefois, on considère que les données sous-tendant les Objets virtuels s'expriment par les *champs magnétiques* des Segments du disque dur, il serait alors possible de qualifier ces données et, donc, les Objets virtuels qu'elles sous-

⁴⁸⁹ 35296008 *Canada Inc. c. Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances*, REJB 2002-33068 (C.S.), décision citée dans S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43, n.b.p. 73, p. 193.

⁴⁹⁰ *Québec (Sous-ministre du revenu) c. Place Bonaventure Inc.*, EYB 1987-62713 (C.S.), décision citée dans S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43, n.b.p. 74, p. 193.

⁴⁹¹ D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 478, n° 47.

⁴⁹² G. RÉMILLARD, préc., note 482.

⁴⁹³ D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 478, n° 47.

⁴⁹⁴ S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43, p. 193.

tendent et avec lesquelles elles ne font qu'un, de bien meuble "corporel" en application de la présomption irréfragable de l'article 906 du Code civil. »⁴⁹⁵ (*les italiques sont repris du texte original*)

225. Selon nous, cette démonstration risque de se heurter à la doctrine et la jurisprudence classique en matière du droit des biens, car elle demande d'interpréter largement l'article 906 C.c.Q qui créait une présomption irréfragable afin d'y inclure les objets virtuels en tant que données, sur la seule justification que l'inscription et la lecture de ces données exigent un courant électrique et magnétique.

226. Une autre partie de la doctrine justifie la qualification de l'objet virtuel en tant que biens corporels en décidant de se placer du point de vue de l'avatar soit à l'intérieur du monde virtuel. Dans cette perspective, les choses qui entourent l'avatar peuvent être tangibles pour lui⁴⁹⁶ : l'avatar peut s'asseoir sur une chaise (objet virtuel) créée dans *Second Life*. Cet argument ne nous aide pas parce qu'il s'agit d'analyser le droit de propriété en fonction de la personne qui détient l'avatar et de se placer à l'extérieur du monde virtuel et non pas en fonction de l'avatar à l'intérieur du monde virtuel, bien que certains considèrent que l'avatar devrait se voir doter d'une personnalité juridique⁴⁹⁷, ce qui paraît selon nous vraiment déraisonnable.

227. Les arguments en faveur de la qualification d'un objet virtuel en tant que bien corporel sont assez peu convaincants, voire même irréels. Bien qu'on puisse penser que l'objet virtuel peut avoir des attributs similaires au bien corporel, il est préférable de se tourner vers la catégorie de biens incorporels qui semble véritablement plus juste et opportune lorsqu'il s'agit de qualifier un objet immatériel. En effet, à priori, on peut avoir du mal à rattacher l'objet virtuel à la notion de « bien corporel » puisque l'objet virtuel, de par sa définition, est immatériel, non palpable.

B. *Les biens incorporels*

228. 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 immatérielles⁴⁹⁸. Par exemple, il n'est

⁴⁹⁵ *Id.*

⁴⁹⁶ William DROSS, « Le droit de propriété dans les mondes virtuels », dans Gérald DELABRE (dir.), *Le droit dans les mondes virtuels*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2013, p. 27, à la page 31.

⁴⁹⁷ D. BOURCIER, préc., note 322.

⁴⁹⁸ 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

pas possible de toucher physiquement le lapin virtuel qu'on a pris comme modèle d'objet virtuel précédemment⁴⁹⁹, puisqu'il n'existe que dans le monde virtuel et que notre écran d'ordinateur est une barrière matérielle qui délimite la frontière avec le monde réel.

1. Définition

229. Le droit contemporain retient plusieurs définitions des biens incorporels. 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.). »⁵⁰⁰ Une autre partie importante de la doctrine⁵⁰¹ 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** »⁵⁰². 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 biens⁵⁰³. De ce fait, nous verrons que la notion de biens incorporels s'est élargie.

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 ». J.-L. BERGEL, préc., note 36. Voir, S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43.

⁴⁹⁹ *Supra*, n° 81 (figure 2).

⁵⁰⁰ Voir, Robert VOUIN et Pierre ROBINO, *Droit privé civil et commercial*, t. 2, 3^e éd., Paris, P.U.F, 1967, 476 et suiv.; Sylvio NORMAND, « Les nouveaux biens », (2004) 106 *Revue du Notariat*, 177-204. Voir aussi, D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 433, n° 48, p. 29.

⁵⁰¹ François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil: Les obligations*, 8^e éd., coll. « Précis Dalloz, Droit privé », Paris, Éditions Dalloz, 2002, p. 1181; Didier LLUELLES et Benoit MOORE, *Droit québécois des obligations*, t. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1998, n° 7, p. 8; Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n° 3, p. 9; Maurice TANCELIN, *Des obligations: Actes et responsabilité*, 6^e éd., Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 1997, n° 1264, p. 646. 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 *Les Cahiers de droit* 905, n.b.p. 39. Voir aussi, Christian ATIAS, *Droit civil*, 9^e éd., 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, Éditions Librairie du Recueil Sirey, 1945, p. 15-124 cité dans Aurore BEN ADIBA, *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels: propositions pour une rénovation du système des sûretés mobilières en France et au Québec*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2012, n.b.p. 768.

⁵⁰² Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, n° 72.

⁵⁰³ *Infra*, n° 230-233.

2. La valeur économique, composante essentielle dans la qualification de bien

230. 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 »⁵⁰⁴. La notion de valeur est devenue importante en pratique dans le droit positif français et québécois⁵⁰⁵, elle est aussi utilisée par les tenants de l'analyse économique du droit pour qualifier un objet en « bien ».

a. La notion de valeur économique

231. Savatier avait déjà annoncé que la notion de valeur aurait un jour vocation à devenir un bien⁵⁰⁶. Depuis, une grande partie de la doctrine⁵⁰⁷ s'est prononcée sur l'importance de valeur en droit des biens surtout en matière de qualification de biens incorporels⁵⁰⁸. C'est ainsi que Pierre-Claude Lafond affirme que :

« Dans l'évolution de la société contemporaine, les biens incorporels connaissent un développement spectaculaire et occupent une place grandissante dans l'économie mondiale. Comme pour les biens corporels, une valeur économique leur est rattachée, à tel point que cette dernière constitue le facteur déterminant dans leur reconnaissance en tant que biens »⁵⁰⁹.

⁵⁰⁴ S. NORMAND, préc., note 500, p. 179.

⁵⁰⁵ Le *Code civil du Québec* fait ainsi référence aux droits de propriété intellectuelle et industrielle (458 et 909 al. 2 C.c.Q.), le secret commercial (1612 et 1472 C.c.Q.), les brevets et les marques de commerce (2684 C.c.Q.). S. NORMAND, préc., note 500, p. 180 et 181.

⁵⁰⁶ René SAVATIER, « Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui » (1959) 11-3 *Revue internationale de droit comparé*, 639.

⁵⁰⁷ Notamment, Charles AUBRY et Charles Frédéric RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 9, 5^e éd., Paris, Éditions Marchal et Billard, 1917, n^o 573 et 575, p. 334, 335 et 340; Emmanuel LÉVY, *Les fondements du droit*, Paris, Éditions Félix Alcan, 1933; Louis JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, 3^e éd., Paris, Éditions Librairie du Recueil Sirey, 1938, n^o 1317; Pierre CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », (1966) *Revue Trimestrielle de droit civil* 185; Pierre CATALA, « L'immatériel et la propriété », (1999) 43 *Archives de philosophie de droit* 61, en ligne: <<http://www.philosophie-droit.asso.fr/>> (site consulté le 11 juin 2013); Philippe LE TOURNEAU, «Le parasitisme dans tous ses états », (1993) *in*. D chr. 310; Thierry REVET, *La force de travail (Étude juridique)*, vol. 28, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », Paris, Éditions Litec, 1992; Jean-Marie MOUSSERON, Jacques RAYNARD et Thierry REVET, « De la propriété comme modèle », dans *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Éditions Litec, 1993, p. 281; F. ZENATI, préc., note 459. Toutes ces références sont citées dans A. B. ADIBA, préc., note 501, n.b.p. 722, p. 190.

⁵⁰⁸ *Infra*, n^o 234-237.

⁵⁰⁹ P.-C. LAFOND, préc., note 502, n.b.p. 69, p. 34. Voir aussi, A. B. ADIBA, préc., note 501, n^o 234, p. 192.

232. Il convient de rappeler brièvement les deux grandes théories économistes traditionnelles et diamétralement opposées sur la notion de valeur qui sont apparues vers le 18^e siècle. Dans un premier temps, la théorie *valeur-travail* a fait l'objet de nombreuses interprétations et différence dans son interprétation. Toutefois, les grands penseurs de cette théorie, Smith, Ricardo et Marx étaient d'accord sur un point extrêmement important de la théorie : « l'affirmation que la richesse est en définitive, malgré les apparences, créée par un seul facteur, le travail humain »⁵¹⁰. S'oppose à la théorie *valeur-travail*, dans un second temps, la théorie *valeur-utilité* (conjointement à la rareté⁵¹¹) qui détermine la valeur des biens de la façon suivante : « pour une quantité donnée de biens, ceux auxquels les consommateurs attribuent une faible utilité auront peu de valeur, ceux auxquels ils attribuent une grande utilité auront une valeur élevée »⁵¹². C'est la collectivité puis le droit qui décident de conférer une valeur et donc une commercialité sur un bien. Ainsi, face à la théorie dite *objective* de la théorie *valeur-travail*, la théorie de la *valeur-utilité* défend quant à elle une conception *subjective*⁵¹³. Dans la première, si un objet doit être utile pour être produit et pour avoir une valeur, la grandeur de cette valeur est fixée par un facteur objectif qui est la quantité de travail nécessaire pour la production, ceci étant totalement indépendant de la conscience humaine⁵¹⁴. Dans la seconde, le facteur subjectif fait référence à la conscience humaine, ses désirs et ses envies qui interviennent pour fixer la valeur des biens (au besoin, en conjugaison avec le facteur objectif de la rareté)⁵¹⁵. En conséquence, le système que propose la théorie de la *valeur-travail* diffère de celui de la théorie de la *valeur-utilité*, mais ils ont tous deux en commun de recourir à un système d'équations simultanées⁵¹⁶. Sa seule présence formelle atteste à elle seule du caractère global de la valeur.

⁵¹⁰ Christophe DARMANGEAT, *Introduction à l'analyse économique du droit*, en ligne : <<http://www.pise.info/eco/valeur.htm>> (site consulté le 18 septembre 2014), (Ce site a pour but de servir de support à l'enseignement dispensé en L1 SES à l'Université Paris Diderot).

⁵¹¹ André ORLÉAN, *L'empire de la valeur: refonder l'économie*, Paris, Éditions du Seuil, 2011, en ligne : <<http://digamo.free.fr/empirval.pdf>> (site consulté le 18 septembre 2014).

⁵¹² C. DARMANGEAT, préc., note 510.

⁵¹³ *Id.*

⁵¹⁴ *Id.*

⁵¹⁵ *Id.*

⁵¹⁶ A. ORLÉAN, préc., note 511, p. 37.

233. Selon le professeur C. Darmangeat, la théorie « subjective » ou « marginaliste » de la *valeur-utilité* est celle à laquelle se rattache depuis longtemps la majorité des économistes⁵¹⁷ et d'où découle la théorie de la *valeur perçue*⁵¹⁸ à laquelle nous rattacherons la détermination de la valeur d'un objet virtuel.

b. L'émergence des biens incorporels

234. Pour certains, l'objet virtuel peut être qualifié de « bien meuble incorporel » s'il satisfait à deux conditions cumulatives : s'il possède une valeur économique et s'il existe une « empreinte matérielle au travers de laquelle cet objet virtuel peut être discerné. »⁵¹⁹ Mais cette dernière condition n'est pas toujours requise selon la doctrine et la jurisprudence⁵²⁰. En effet, une partie de la doctrine et quelques décisions jurisprudentielles, auxquelles nous nous rattacherons, tentent d'élargir la catégorie de biens incorporels au « savoir-faire » appelé aussi le « *know-how* »⁵²¹ et même aux banques de données⁵²² ou à l'information sur la clientèle⁵²³ qui sont une source de valeurs économiques. Ceci nous conduit à nous interroger sur le bien-fondé de la division classique entre les biens corporels et les biens incorporels, division reprise par les législations françaises et québécoises.

235. Pour citer quelques exemples jurisprudentiels : en 2007, la Cour d'appel du Québec dans *Gaudreau c. 9090-2438 Québec inc.*⁵²⁴ s'est prononcée sur la qualification juridique d'un contrat intitulé « *Know-How Purchase Agreement* » relatif à l'acquisition par l'intimée de « l'achalandage, des connaissances et de l'expertise » de l'appelante contre le paiement d'une somme de plusieurs millions de dollars. L'intimée reproche notamment à l'appelante ne pas lui

⁵¹⁷ C. DARMANGEAT, préc., note 510.

⁵¹⁸ *Id.*

⁵¹⁹ S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43, p. 199.

⁵²⁰ P.-C. LAFOND, préc., note 502, n° 72.

⁵²¹ On parle alors de *know how* industriel ou commercial. Le *know how* industriel a été défini comme « une solution formulée d'un problème industriel qui permet à celui qui en bénéficie, d'obtenir la même maîtrise immédiate des choses matérielles que celui qui l'a mise au point ». Ce savoir-faire peut prendre diverses formes, il s'agit, par exemple, de méthodes de fabrication de produits, de méthodes de gestion et de renseignements servant d'appui technique dans une entreprise. Serge PICHETTE, *Le régime canadien de la propriété intellectuelle, excluant les marques de commerce*, Montréal, Centre d'études en administration internationale / École des hautes études commerciales, 1979, p. 137.

⁵²² *Hindle c. Cornish*, EYB 1991-75947 (C.S.).

⁵²³ *Théo G. Soucisse Inc. c. Groupe Commerce cie d'assurances*, (1997) A.Q. (C.S.), n° 418, par. 66-67.

⁵²⁴ *Gaudreau c. 9090-2438 Québec Inc.*, EYB 2007-124326 (C.A.).

avoir transmis des connaissances et d'expertise promise. La Cour d'appel dans un jugement unanime qualifie ce contrat comme une vente de « l'expertise, des procédés d'affaires ainsi que du réseau de clients et de fournisseurs », éléments que la Cour qualifie de « biens incorporels »⁵²⁵. La Cour se justifie en citant la doctrine, notamment l'auteur Serge Pichette, qui définit l'expression « savoir-faire » ou « *know-how* » « 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 »⁵²⁶ pouvant ainsi être classifiée dans la catégorie de « biens incorporels »⁵²⁷. La Cour ajoute que ce « bien incorporel » doit être délivré pour qu'il s'agisse d'une vente et constate la difficulté de prouver la délivrance d'un savoir-faire qui est principalement constitué de connaissances intellectuelles et fait défaut d'un « support matériel »⁵²⁸ contrairement au réseau de clients et de fournisseurs qui se matérialisent à travers la « liste de coordonnées ». Ainsi, la Cour énonce que « lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a eu délivrance d'un savoir-faire, il faut considérer cette dernière comme parfaitement réalisée lorsque l'acheteur est en mesure d'utiliser à bon escient et de façon fonctionnelle les connaissances reçues »⁵²⁹. Cette décision est importante, car elle va dans le sens du droit positif québécois⁵³⁰ qui reconnaît qu'un « actif intangible » peut être constitutif d'un « bien incorporel » s'il détient une valeur économique et qu'il existe une « empreinte matérielle au travers de laquelle il puisse être discerné »⁵³¹. Cette empreinte matérielle étant interprétée largement par la Cour d'appel puisqu'il peut s'agir aussi bien d'un support-papier ou électronique que de l'utilisation ou du transfert de la valeur, de la connaissance ou de l'information dans le cas où l'actif intangible serait défini comme un savoir-faire.

⁵²⁵ *Gaudreau c. 9090-2438 Québec Inc.*, par. 41 à 45.

⁵²⁶ *Id.*, par. 41.

⁵²⁷ S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43.

⁵²⁸ *Gaudreau c. 9090-2438 Québec Inc.*, préc., note 524, par. 45.

⁵²⁹ S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43.

⁵³⁰ S. P. GILKER et C. LUPIEN citent la jurisprudence *Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurance c. Couture & Fortier Assurances Inc.*, REJB 1998-08005 (C.A.) selon laquelle : « La clientèle et l'achalandage est le produit du travail et de l'activité personnelle du propriétaire du fonds. Clientèle et achalandage rentrent dans la catégorie des droits intellectuels, qualifiés de propriété incorporelle depuis que reconnu que certains biens incorporels pouvaient être l'objet de droit de propriété, tout comme les objets corporels. » A. PERRAULT, *Traité de droit commercial*, t. 2, Montréal, Éditions Albert Levesque, 1936, p. 115.

⁵³¹ *Hindle c. Cornish*, préc., note 522.

236. Il serait opportun de faire une analogie entre le savoir-faire et les objets virtuels (qui n'existent qu'à travers une combinaison de données informatiques) pour justifier leur qualification en tant que bien incorporel en utilisant les propos de l'honorable Marie Deschamps dans *Hindle c. Cornish* lorsqu'elle conclut « qu'en l'absence de qualification statutaire, jurisprudentielle ou doctrinale de la nature juridique des données contenues aux avis juridiques, une analogie peut être faite avec d'autres biens »⁵³². [...] « Ces interprétations, colligées dans les avis aux clients, constituent une banque de données. Comme dans le cas des connaissances techniques, la banque de données peut-être qualifiée de *know-how*, bien meuble incorporel susceptible d'appropriation. »⁵³³ L'honorable Juge Deschamps reprend les raisonnements de Serge Pichette et du professeur Savatier pour affirmer que « le *know-how* comme œuvre de l'esprit matérialisé de façon à être devenu discernable est un bien juridique appropriable, digne de figurer dans le patrimoine de celui qui en est l'innovateur. »⁵³⁴.

237. La doctrine et la jurisprudence se fondent principalement sur l'importance de la valeur économique du *know-how* pour le qualifier de « bien » et comme le *know-how* est essentiellement une connaissance technique, c'est-à-dire une œuvre intellectuelle et immatérielle qui se manifeste au moyen d'un support matériel, il le classifie comme étant un « bien meuble incorporel »⁵³⁵.

c. L'objet virtuel en tant que valeur

238. Compte tenu de la diversité des biens immatériels, on a vu que la valeur est devenue l'élément incontournable qui permet d'opérer la qualification d'une chose en bien⁵³⁶. Certains auteurs affirment même que la valeur est « consubstantielle »⁵³⁷ à la notion de bien, car le concept de valeur économique renvoie au concept d'appropriation et de propriété. Ainsi, il convient d'analyser si les objets virtuels ont une valeur économique et sociale afin d'opérer leur qualification en tant que « bien ».

⁵³² *Id.*, par. 15.

⁵³³ *Hindle c. Cornish*, préc., note 522, par. 18. S. PICHETTE, préc., note 521, p. 146 et suiv.

⁵³⁴ *Id.*, par. 17.

⁵³⁵ *Id.*

⁵³⁶ A. B. ADIBA, préc., note 501, n° 234, p. 192.

⁵³⁷ Christophe CARON et Hervé LÉCUYER, *Le droit des biens*, Paris, Éditions Dalloz, 2002, p. 18.

239. Rappelons que la création d'un objet virtuel dépend d'un esprit de créativité et de savoir-faire technologique puisque, techniquement, il s'agit de savoir combiner des *primes*⁵³⁸ pour réaliser un objet à partir du *logiciel-client* et on a vu que cela prend en général beaucoup de temps et du talent. Dans ce contexte de création originale, il serait possible de qualifier l'objet virtuel en tant qu'œuvre au sens du droit d'auteur comme on va le voir plus loin⁵³⁹.

240. Une fois que l'utilisateur a fini de créer l'objet virtuel⁵⁴⁰, 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 l'opérateur 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.

241. À titre d'exemple, si l'utilisateur « achète » des niveaux de jeu plus élevés à un autre utilisateur au sein d'un même jeu, il pourra jouer plus longtemps dans ce monde virtuel grâce à ses avatars plus performants et pourra ainsi accumuler des items ou de l'argent virtuel. Ceci lui permet d'être bien perçu par les autres utilisateurs et lui procure une satisfaction personnelle puisqu'il se différencie ainsi des autres utilisateurs⁵⁴¹. Pour ceux qui achètent des objets virtuels comme des épées ou des armures, ces achats intensifient le plaisir qu'ils obtiennent à passer des heures dans le monde virtuel⁵⁴².

242. 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 réel⁵⁴³. On a vu que

⁵³⁸ *Supra*, n° 79.

⁵³⁹ *Infra*, n° 356-375.

⁵⁴⁰ On a vu dans le chapitre préliminaire qu'un objet virtuel est une représentation graphique dans le monde virtuel de codes informatiques traduits par l'ordinateur. Il n'existe pas matériellement, on ne peut physiquement se l'approprier. *Supra*, n° 39 et 68.

⁵⁴¹ E. CASTRONOVA, préc., note 47, p. 110-114.

⁵⁴² Par exemple, si contrôler un personnage de niveau 20 apporte au joueur 20 unités de satisfaction personnelle, contrôler ce personnage de niveau 20 armé d'une puissante épée peut lui apporter 50 unités de satisfaction personnelle. Dans ce cas, le joueur serait prêt à payer une quantité équivalente au prix d'une autre chose qui lui apporte 30 unités de plaisir personnel. *Id.*

⁵⁴³ Pour en savoir plus sur la détermination du prix d'un objet virtuel, voir *Id.*, p. 189-194.

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*. 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 utilisateurs⁵⁴⁴. Dans les mondes virtuels très fréquentés par les joueurs, les développeurs incluent une monnaie virtuelle qui peut être acquise par les utilisateurs en accomplissant des « quêtes » ou objectifs. Les utilisateurs se servent de cette monnaie virtuelle pour acheter des objets virtuels ou pour payer des prestations de services fournies par d'autres utilisateurs comme, par exemple, pour passer des niveaux de jeu. Aussi, rappelons qu'il existe des mondes virtuels comme *Second Life* qui permettent d'échanger leur monnaie virtuelle, le « *Linden Dollars* », directement contre de l'argent réel en dollars américains avec un taux de change d'un dollar US pour cent dollars *Linden*⁵⁴⁵ sur la « bourse virtuelle », la « *LindeX* »⁵⁴⁶, par système de paiement *PayPal* ou carte de crédit.

243. D'autres mondes virtuels permettent que leur monnaie virtuelle puisse être accumulée et échanger entre les utilisateurs, mais interdisent les transactions d'objets virtuels et/ou l'échange de leur monnaie virtuelle contre de la monnaie réelle. De ce fait, un « marché noir »⁵⁴⁷ s'est créé visant à faciliter ces transactions.

244. L'émergence du phénomène connu sous l'appellation de « *gold farming* »⁵⁴⁸ démontre aussi que l'objet virtuel a une valeur. Il s'agit d'entreprises de *farming* qui se sont créées pour la plupart en Chine⁵⁴⁹ et qui emploient de nombreuses personnes appelées « fermiers », de la

⁵⁴⁴ Voir, en ligne : <<http://www.atelier.net/trends/articles/second-life-premier-millionnaire-une-chinoise>> (site consulté le 10 juin 2013).

⁵⁴⁵ Montant pouvant fluctuer en fonction du taux de change variable. Voir, en ligne : <<http://community.secondlife.com/t5/English-Knowledge-Base/Buying-and-selling-Linden-dollars/ta-p/700107>> (site consulté le 10 juin 2013).

⁵⁴⁶ *Id.*

⁵⁴⁷ Edward Castronova avait déjà analysé en 2001 les données économiques des différentes transactions dans lesquelles la monnaie virtuelle, les comptes de joueurs, et les items virtuels s'échangeaient ou se vendaient contre de l'argent réel. Voir, Edward CASTRONOVA, «Virtual Worlds: A First-Hand Account of Market and Society on the Cyberian Frontier», (2001) *CESifo, Working Paper No. 618*, en ligne : <<http://ssrn.com/abstract=294828>> (site consulté le 10 juin 2013).

⁵⁴⁸ S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43, p. 165.

⁵⁴⁹ Environ 80% des entreprises de *Gold farming* sont installées en Chine. Selon Jin Ge, chercheur de l'Université de Californie, San Diego qui travaille sur le phénomène chinois du *Gold farming*, révèle que la Chine est une usine de biens virtuels. Voir, en ligne : <<http://www.guardian.co.uk/world/2011/may/25/china-prisoners-internet-gaming-scam>> (site consulté le 25 février 2013).

traduction anglaise « *gold farmers* »⁵⁵⁰, 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 utilisateurs et créent des espaces de vente pour faciliter les échanges entre les utilisateurs⁵⁵¹.

245. Les données économiques permettent de démontrer clairement que les objets virtuels ont bel et bien une valeur économique sur le marché réel. Plusieurs études estiment que le marché mondial des objets virtuels d'environ 9 milliards en 2011 devrait atteindre 20 milliards en 2015⁵⁵². Le nombre de mondes virtuels a aussi augmenté considérablement depuis leur apparition en 2005⁵⁵³. En effet, la demande devient de plus en plus forte et cela se traduit aussi par une forte augmentation du nombre d'utilisateurs actifs dans les mondes virtuels⁵⁵⁴. Les objets virtuels ne s'échangent pas seulement entre les utilisateurs : de nombreuses compagnies font leur marketing au sein des mondes virtuels en vendant des objets virtuels⁵⁵⁵; plusieurs opérateurs vendent eux-mêmes des objets virtuels aux utilisateurs. De véritables *marchés*

⁵⁵⁰ *Supra*, n.b.p. 218.

⁵⁵¹ 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. En ligne : <<http://eu.battle.net/d3/fr/blog/13265001>> (site consulté le 17 août 2015).

⁵⁵² En ligne : <<http://www.zacks.com/stock/news/75884/ea-command-conquer-mmo-goes-live>> (site consulté le 25 mai 2012) ou <<http://affaires.lapresse.ca/bourse/nouvelles/201204/23/01-4518163-facebook-un-trimestre-au-ralenti.php>> (site consulté le 13 juin 2012). *Entertainment software association*, en ligne : <<http://www.theesa.com/fact/superdata-research-predicts-worldwide-market-virtual-goods-will-exceed-20-billion-2015/>> (site consulté le 17 août 2015).

⁵⁵³ Au premier trimestre 2012 environ 900 mondes virtuels actifs ont été comptés dans différents secteurs d'activité, voir en ligne : <<http://www.slideshare.net/nicmitham/virtual-worlds-2010-2098472>> (site consulté le 4 juin 2012). *Infra*, annexe 1.

⁵⁵⁴ Au premier trimestre 2009, les mondes virtuels enregistraient 400 millions d'utilisateur et 1.400 millions au deuxième trimestre de 2011. Voir, en ligne : <<http://www.hypergridbusiness.com/2011/07/virtual-world-usage-accelerates/>> (site consulté le 25 mai 2012). Juho Hamari, "Why do people buy virtual goods? Attitude toward virtual good purchases versus game enjoyment", (2015) 35 *International Journal of Information Management* 299–308, en ligne : <http://people.uta.fi/~kljuham/2015-hamari-why_do_people_buy_virtual_goods.pdf>

⁵⁵⁵ Il y aurait maintenant environ 150 marques de grandes compagnies comme Coca Cola, Dell, Adidas (etc...) présentes dans les mondes virtuels représentées par des magasins, des insignes publicitaires et autres moyens de représentation marketing, selon le rapport de *Kzero Worldwide*, «Virtual experiences and branded virtual goods, the (virtually) definitive list». Voir, en ligne : <<http://www.kzero.co.uk/blog/branded-virtual-goods-the-virtually-definitive-list/>> (site consulté le 10 juin 2013).

économiques se créées à l'intérieur de certains mondes virtuels et aussi à l'extérieur, comme on l'a vu avec les entreprises de *farming*, mais aussi avec certaines entreprises de courtage spécialisées⁵⁵⁶ ou non⁵⁵⁷ dans le domaine qui ont décidé de faire l'intermédiaire entre les utilisateurs dans la vente d'objets virtuels, nous y reviendrons plus tard⁵⁵⁸.

246. 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.

247. 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*⁵⁵⁹, il est admis sans aucun doute que la valeur de l'objet est pécuniaire pour l'utilisateur⁵⁶⁰. 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 possible⁵⁶¹. Dans ce genre de monde virtuel, si la valeur des objets virtuels n'est pas *à priori* pécuniaire, il est permis de se demander si ces objets virtuels ont une *valeur perçue* dans le monde réel.

248. Reprenons l'étude du Dr Souheila Kaabachi, professeur de Marketing à l'*European Business School* à Paris, sur la notion de *valeur perçue* dans le contexte de la consommation pour l'appliquer au contexte des mondes virtuels⁵⁶². La *valeur perçue* est traditionnellement définie par Zeithaml comme « une appréciation globale de l'utilité du produit, fondée sur la

⁵⁵⁶ Par exemple, le site internet *Playerauction* qui se définit comme « *The world's safest player to player trading marketplace for WOW Gold, Runescape Gold, Guild Wars 2 Gold, ArcheAge Gold, CS:GO items and much more* », en ligne : <<http://www.playerauctions.com>> (site consulté le 17 août 2015).

⁵⁵⁷ Par exemple, le site internet *eBay*, en ligne : <<http://www.ebay.com/>>

⁵⁵⁸ *Infra*, n° 296-325.

⁵⁵⁹ En ligne : <<http://www.habbo.com>> (site consulté le 11 juin 2013). Voir, L. STRIKWERDA, préc. note 209, p. 89.

⁵⁶⁰ L. STRIKWERDA, préc. note 209, p. 93.

⁵⁶¹ En ligne : <<http://www.runescape.com>> (site consulté le 11 juin 2013).

⁵⁶² Souheila KAABACHI, «La valeur perçue: une variable stratégique pour les enseignes de distribution alimentaire», dans *2ème Journée du Marketing IRIS « La relation client dans les activités de service »*, Lyon, 2007, p. 1 (PDF), en ligne : <http://iris.univ-lyon3.fr/iris2007_kaabachi.pdf> (site consulté le 11 juin 2013).

perception de ce qui est reçu et ce qui est cédé »⁵⁶³. Si cette définition paraît évidente, dans une perspective économique cela signifie que la *valeur perçue* est le résultat d'une confrontation entre l'ensemble des bénéfices et des coûts associés à la transaction. Toutefois, depuis les années 2000, cette définition a fait l'objet de critique de par son aspect réducteur et limité⁵⁶⁴. En effet, la révolution dans les technologies de l'information et de la communication a contribué, depuis quelques années, à l'émergence du « marketing relationnel »⁵⁶⁵. Dr Kaabachi cite plusieurs auteurs⁵⁶⁶ allant dans ce sens dans le contexte de la consommation, qui qualifient la définition économique d'utilitariste et lui reprochent de ne pas prendre en compte, notamment, les bénéfices émotionnels, sociaux, éthiques, situationnels et épistémologiques, et les coûts non monétaires (temporels, énergétiques, psychologiques, de maintenance, d'usage...) que peut avoir le consommateur dans ses relations commerciales, tout ceci constitue la *valeur perçue relationnelle*.

249. La *valeur perçue relationnelle ou sociale* se réfère souvent à l'image véhiculée par le consommateur dans un groupe⁵⁶⁷. Il en est de même dans le contexte des mondes virtuels où 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 amis⁵⁶⁸. Dans cette perspective, selon Holbrook la valeur d'un produit peut être, notamment, *extrinsèque versus intrinsèque*⁵⁶⁹. Dans le premier cas, l'objet est un moyen pour atteindre certaines fins

⁵⁶³ Valarie A. ZEITHAML, «Consumer Perceptions of Price Quality And Value: A Means-End Model Synthesis Of Evidence», (1988) 52-3 *Journal of Marketing* 2, p. 2-22.

⁵⁶⁴ *Id.*

⁵⁶⁵ *Id.*, p. 3.

⁵⁶⁶ Ellen DAY et Melvin R. CRASK, « Value Assessment: The Antecedent Of Consumer Satisfaction » (2000) 13 *Journal of Consumer Satisfaction, Dissatisfaction and Complaining Behavior* 1, p. 1-8; Bernard COVA et Eric REMY, « Comment et où classer la valeur de lien en marketing? », *Actes du 17ème congrès international de l'Association Française du Marketing*, Caen Basse –Normandie, 22-23 mai 2001; Alain CAILLÉ, *Anthropologie du don : le tiers paradigme*, Paris, Desclée de Brouwer, 2000.

⁵⁶⁷ dans S. KAABACHI, préc., note 562, p. 7.

⁵⁶⁸ Suzanne Wu, CEO de *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», en ligne: <<http://www.techcrunch.com/2007/06/20/virtual-goods-the-next-big-business-model/>> (site consulté le 11 juin 2013).

⁵⁶⁹ Moris B. HOLBROOK, *Consumer Value. A Framework for Analysis and Research*, coll. « Routledge Interpretive Marketing Research Series », Londres, Psychology Press, 1999.

personnelles ou sociales. Dans le second cas, au contraire, l'objet devient lui-même une source de *gratification*⁵⁷⁰.

250. Cette définition plus moderne de la notion de valeur se prête bien au contexte des mondes virtuels. En effet, par analogie, on peut en déduire que la valeur de l'objet virtuel est telle qu'elle est perçue par l'utilisateur. Cette valeur s'évalue notamment en fonction du temps⁵⁷¹, 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 réel⁵⁷².

251. Certains objets virtuels sont vus par les utilisateurs de jeunes âges 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 importante⁵⁷³. 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.⁵⁷⁴

252. Il s'agit maintenant de vérifier où se situe l'objet virtuel dans la classification des biens meubles ou immeubles.

⁵⁷⁰ *Id.*

⁵⁷¹ 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.

⁵⁷² Pour un exemple concret : Susane 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 donne 20 heures de divertissement. Si j'allais au cinéma, ces 10 dollars ne m'apporteraient que deux heures de divertissement. En assumant qu'une 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! ». S. WU, préc., note 0.

⁵⁷³ En ligne : <<http://www.kzero.co.uk/blog/will-luxury-brands-drive-the-growth-of-virtual-goods-2/>> (site consulté le 11 juin 2013).

⁵⁷⁴ En ligne : <<http://fr.techcrunch.com/2007/06/22/les-objets-virtuels-le-prochain-grand-modele-economique-du-web-sondage/>> (site consulté le 11 juin 2013).

Paragraphe 3. Les biens meubles ou immeubles

253. Il s'agit tout d'abord de définir ces notions (A) afin de déterminer à quelle catégorie de biens — meubles ou immeubles — l'objet virtuel se rattache (B).

A. Définition

254. L'article 907 du Code civil du Québec énonce la règle selon laquelle tous les biens qui ne sont pas qualifiés par la loi sont des biens meubles. Ainsi, il convient de se tourner vers la définition « d'immeuble » prévue aux articles 900 à 904 du Code civil. En vertu de ces articles, sont immeubles :

- Les fonds de terre, les constructions et ouvrages à caractère permanent qui s'y trouvent et tout ce qui en fait partie intégrante;
- Les végétaux et les minéraux, tant qu'ils ne sont pas séparés ou extraits du fonds;
- Les biens meubles incorporés à un immeuble, qui perdent leur individualité et assurent l'utilité de cet immeuble, et ce, même s'ils en sont temporairement détachés, pour autant qu'ils soient destinés à y être remplacés; et
- Les droits réels portant sur des immeubles, les actions qui tendent à faire valoir ces droits et celles qui visent à obtenir la possession d'un immeuble.

B. L'objet virtuel : bien meuble ou immeuble?

255. L'objet virtuel, tel que nous l'avons défini plus haut⁵⁷⁵, ne correspond à aucun critère mentionné par les dispositions du Code civil qualifiant d'immeuble un bien. En vertu de l'article 907 C.c.Q., on peut donc en déduire, sans grande surprise, que l'objet virtuel est un meuble.

256. Synthèse : L'analyse et les exemples ci-haut mentionnés nous ont permis de démontrer l'existence de l'objet virtuel en tant que valeur et la vitalité du marché économique de leurs transactions ou « marchandisations »⁵⁷⁶. Il est donc maintenant permis d'inclure les « objets

⁵⁷⁵ *Supra*, n° 39-42.

⁵⁷⁶ Voir, P. V. D. BULCK, préc., note 760. 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

virtuels » dans la catégorie des « biens meubles incorporels », tout comme le droit positif québécois le fait pour les *actifs intangibles* comme la monnaie, les valeurs mobilières ou le *know-how*, dès lors qu'ils ont une valeur économique et sont appropriables⁵⁷⁷. 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 ».

Section 3. Comparaison des éléments constitutifs du droit de propriété avec les spécificités de la *propriété virtuelle*

257. Il convient de garder à l'esprit la distinction qui existe entre les MMOs qui autorisent ou même encouragent le *Real Money Trading*⁵⁷⁸, c'est-à-dire la marchandisation des biens virtuels, et ceux qui l'interdisent. En effet, c'est dans le premier type de MMO que la problématique du statut juridique des biens virtuels et de la reconnaissance de la *propriété virtuelle* se pose puisque les utilisateurs souhaitent fortement assurer en droit la pérennité de leur rapport avec leurs biens⁵⁷⁹.

258. Puisque le concept de « *propriété virtuelle* » c'est-à-dire d'un droit de propriété sur un objet virtuel est inconnu des lois québécoises⁵⁸⁰, françaises et de la *common law*⁵⁸¹, il convient de vérifier si la *propriété virtuelle* peut éventuellement se ranger sous le couvert de la propriété classique. Pour ce faire, il s'agit de rappeler les éléments constitutifs de la propriété classique (paragraphe 1) et de vérifier de manière comparative les spécificités de la propriété virtuelle au regard du contenu du droit de propriété (paragraphe 2) ainsi que ses modes d'acquisition et de transferts (paragraphe 3).

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», les 18 et 19 mai 2009. En ligne : <<http://www.cnrs.fr/infoslabos/conferences-colloques/Docs-PDF/Droit-et-Marchandisation.pdf>> (site consulté le 6 juin 2013).

⁵⁷⁷ Voir aussi, S. NORMAND, préc., note 500, p. 189-191.

⁵⁷⁸ *Supra*, n° 2, 6 et 53.

⁵⁷⁹ J. PARISEL et R. QUINTIN, préc., note 62, p. 37.

⁵⁸⁰ P. CHÊNEVERT, préc., note 176, p. 35.

⁵⁸¹ P. Chênevert énonce en ce sens que « contrairement à la *common law*, le droit civil québécois ne permet pas de créer des conceptions flexibles de la propriété (comme par exemple la « quasi-propriété » de l'affaire *Associated News Service*). *Id.*

Paragraphe 1. Les caractéristiques propres au droit de propriété

259. Le droit de propriété présente plusieurs caractéristiques quant à son contenu du moins traditionnellement⁵⁸². Il s'agit de rappeler qu'aussi bien dans les pays civilistes qu'en *common law*, le droit de propriété est quant aux attributs du propriétaire : exclusif et libre dans son pouvoir de disposition (A) et quant à ses caractéristiques : absolu et perpétuel (B). En effet, selon la théorie Bartoliennne de la propriété, on a le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements.

A. Quant aux attributs du propriétaire

260. Il s'agit ici d'analyser les attributs authentiques du propriétaire d'un bien corporel, soit l'usage exclusif (*usus*) (1) et le pouvoir de disposer (*abusus*) (2).

1. L'usage exclusif

261. L'exclusivité est l'essence même de la propriété. En effet, F. Zenati rappelle que « la propriété est un rapport d'exclusion, rapport dont l'absence contredit la propriété »⁵⁸³. Le droit de propriété est *exclusif* dans le sens où il constitue un patrimoine identifié, propre, c'est-à-dire qu'il permet à son propriétaire d'empêcher les tiers de poser les gestes que lui seul peut faire par rapport à ce bien.

262. L'exercice du pouvoir d'exclusivité s'exerce en général par des actes matériels⁵⁸⁴. Ainsi, en matière mobilière, il est facile d'exercer ce pouvoir par la possession physique du bien meuble par son propriétaire. La plupart des atteintes à la possession des biens mobiliers sont sanctionnées en matière civile (action en revendication) et pénale. En matière immobilière, il n'est pas toujours facile pour le propriétaire d'exercer son pouvoir de possession physique sur l'immeuble, c'est pourquoi le législateur a prévu des règles civiles et pénales de protection de la propriété foncière prévoyant des règles publicitaires. Il est certain que la protection du rapport

⁵⁸² Le régime du droit de propriété à deux dimensions : la réglementation de son contenu c'est-à-dire le droit de jouissance dont dispose le propriétaire sur la chose et celui de la réglementation du contenant soit la libre disposition juridique du droit de propriété. Voir, L. D'AVOUT, préc., note 33, p. 20.

⁵⁸³ F. ZENATI, préc., note 440, p. 310.

⁵⁸⁴ F. ZENATI et T. REVET, préc., note 425, n° 94, p. 119.

d'exclusivité est encore plus délicate à exercer à l'égard d'objets immatériels⁵⁸⁵ puisqu'il est impossible de les posséder physiquement comme en matière de valeurs mobilières. Ainsi le législateur a créé des procédures spécifiques pour protéger les différents objets de propriété intellectuelle comme celle, par exemple, en matière de contrefaçon.

263. Le pouvoir exclusif du propriétaire sur son bien lui permet de l'utiliser selon son bon vouloir. L'exclusivité renvoie donc à la liberté comme attribut de la propriété prévu dans l'article 947 du *Code civil du Québec*. Cependant, le contrôle exclusif du propriétaire pourra être limité par la loi, mais aussi par l'utilité de la chose selon sa nature puisqu'ils sont a priori liés⁵⁸⁶.

264. Selon les économistes, quelqu'un dispose d'un droit de propriété au sens large et, quelle qu'en soit la désignation juridique, lorsqu'il a le contrôle exclusif d'une ressource, lui permettant de décider ce qui en sera fait et de tirer les profits ou d'assumer les pertes résultant de cette décision⁵⁸⁷.

2. *Le pouvoir de disposer*

265. La transmissibilité de la ressource accentue les fonctions économiques des droits de propriété⁵⁸⁸. Cette notion d'*abusus* ou de transmissibilité de l'objet de la propriété est très importante dans la détermination de la propriété, elle permet au propriétaire de choisir de vendre ou de donner l'objet de sa propriété à quelqu'un d'autre selon les termes qu'ils conviennent⁵⁸⁹. Dans les termes de Richard Posner, l'un des pionniers de l'analyse économique du droit, qui vont dans le sens de l'analyse utilitaire classique :

« Avoir la propriété d'une chose, c'est se voir reconnaître le pouvoir de décider librement de l'usage ou de la destination que l'on désire donner à cette chose. C'est se voir protégé contre la possibilité que d'autres vous imposent, contre votre gré, un usage de la ressource placée sous votre contrôle différent de celui que vous lui destinez. Une telle protection remplit un rôle essentiel : elle protège l'intérêt que chacun a à faire le meilleur usage possible de sa propriété. »⁵⁹⁰

⁵⁸⁵ *Id.*, n° 94, p. 119.

⁵⁸⁶ F. ZENATI et T. REVET, préc., note 425, n° 99, p. 123.

⁵⁸⁷ E. MACKAAY, préc., note 34, p. 6.

⁵⁸⁸ *Id.*

⁵⁸⁹ S. PEJOVICH, préc., note 333, p. 28.

⁵⁹⁰ RICHARD POSNER, *Economic Analysis of Law*, 2^e éd., Boston et Toronto, Little, Brown and Company, 1977.

266. Ainsi, la propriété n'est possible que si le titulaire exerce un contrôle suffisant sur l'objet approprié. Le droit d'usage ou de jouissance (*l'usus*) et le droit de disposer du bien (*l'abusus*) sont des conséquences de fait de la propriété ou des vertus de l'exclusivité⁵⁹¹ et comme le souligne F. Zenati : « ils constituent finalement une tentative de résumer l'éventail illimité des utilités que peut conférer la propriété d'une chose »⁵⁹². Dans ce sens par exemple, la propriété superficière et la copropriété indivise ont été reconnues⁵⁹³.

267. Le « pouvoir de disposer »⁵⁹⁴ (*l'abusus*) est essentiel pour qualifier juridiquement le propriétaire d'un bien. Il est prévu par le *Code civil du Québec* (art. 947) et le *Code civil français* (art. 544). Frédéric Zenati et Thierry Revet rappellent que : « tout propriétaire peut disposer de son bien, c'est-à-dire faire de sa chose l'objet d'un acte juridique »⁵⁹⁵ afin de le vendre ou de louer (etc..). Le pouvoir de disposer c'est donc d'accomplir des actes juridiques. C'est un véritable attribut de la propriété⁵⁹⁶.

268. L'exercice du droit de disposer peut se manifester de différentes manières⁵⁹⁷. Le propriétaire peut décider d'abandonner son droit de propriété notamment dans le but de se libérer des droits réels grevant la chose et il en résulte l'extinction du droit de propriété. Le propriétaire peut également disposer de son bien en constituant un droit réel sur lui. De cette façon, le propriétaire engage la chose, par exemple, en la grevant d'une sûreté. Les propriétaires successifs seront liés par cet engagement.

269. Enfin, le propriétaire peut disposer de son bien par des actes d'aliénation, que ce soit à titre gratuit ou à titre onéreux, entre vifs ou à cause de mort ou même par le biais d'une remise de dette⁵⁹⁸.

⁵⁹¹ F. ZENATI, préc., note 440, p. 311.

⁵⁹² F. ZENATI et T. REVET, préc., note 425, n° 100, p. 124.

⁵⁹³ François FRENETTE, « Du droit de propriété: certaines de ses dimensions méconnues », (1979) 20-3 *Les Cahiers de droit*, p. 439-447.

⁵⁹⁴ C.c.Q., art. 1009-1011.

⁵⁹⁵ F. ZENATI et T. REVET, préc., note 425, n° 101, p. 125.

⁵⁹⁶ F. ZENATI et T. REVET, préc., note 425, n° 102, p. 125.

⁵⁹⁷ *Id.*, n° 103, p. 125.

⁵⁹⁸ Y. EMERICH, préc., note 423, n° 288, p. 219.

B. *Quant aux caractéristiques de la propriété*

270. Le droit de propriété est absolu ou complet (1) et perpétuel (2).

1. *Un droit de propriété absolu ou complet*

271. Le droit de propriété est un droit absolu dans le sens où toute personne est tenue de respecter le droit du propriétaire sur son objet. Également, le droit de propriété est absolu ou complet dans les attributs qu'il accorde au propriétaire du bien, soient le droit d'usage (*l'usus*), le droit de tirer profit du bien (*fructus*) et le droit d'en disposer (*l'abusus*) comme le souligne l'article 947 alinéa 1 C.c.Q. Il ne faut pas oublier l'*accession* qui donne droit au propriétaire d'un bien à tout ce que ce dernier produit et à tout ce qui s'y unit⁵⁹⁹ (art. 948 C.c.Q.).

Dire que le droit de propriété est complet c'est finalement renvoyer à la notion de libre disposition de la chose, dans le sens de faire ce qu'on veut de la chose lorsqu'on est propriétaire. Le pouvoir de disposer est d'une grande importance pour le propriétaire qui pourra ainsi faire de sa chose l'objet d'un acte juridique⁶⁰⁰, il pourra décider de l'aliéner au profit d'un tiers.

272. Finalement, on peut constater que les caractères du droit de propriété sont dépendants entre eux. C'est ainsi que traditionnellement, la propriété était définie comme la réunion de ces différents attributs, sauf dans le cas d'un démembrement en vertu duquel la propriété n'était plus parfaite puisqu'il lui manquait un attribut qui avait été accordé à un tiers par la constitution d'un droit réel démembré⁶⁰¹.

2. *Un droit de propriété perpétuel*

273. La doctrine s'entend pour dire que le droit de propriété est « perpétuel », ce qui signifie que le droit de propriété n'a pas de limite dans le temps, il ne se perd pas par le non-usage. Cependant, le terme perpétuel n'est pas utilisé dans son sens propre puisque si le bien est totalement détruit, le droit de propriété disparaît avec lui, car la propriété, dans son sens classique, a besoin d'un support pour exister. Également, il existe des moyens conventionnels

⁵⁹⁹ P.-C. LAFOND, préc., note 502, n° 667.

⁶⁰⁰ F. ZENATI et T. REVET, préc., note 425, n° 101, p. 125.

⁶⁰¹ *Id.*

et légaux pour le propriétaire de se défaire du droit de propriété sur son bien⁶⁰². Il faut noter que la propriété intellectuelle comporte quant à elle nécessairement des limites temporelles⁶⁰³. Selon S. Normand, « pour certains nouveaux biens, la perpétuité de la propriété repose sur leur transformation constante. »⁶⁰⁴ En effet, selon lui, le *know-how* constitue un actif essentiel pour plusieurs entreprises et conserve sa valeur dans la mesure où il se renouvelle sans cesse⁶⁰⁵.

274. La compréhension des caractéristiques de la propriété classique nous permet maintenant de pouvoir procéder à une analyse comparative des spécificités de la *propriété virtuelle* au regard du contenu du droit de propriété.

Paragraphe 2. Analyse comparative des spécificités de la propriété virtuelle au regard du contenu du droit de propriété

275. Si, comme on l'a vu plus haut⁶⁰⁶, 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.

276. La doctrine américaine qui s'intéresse au monde virtuel s'entend pour dire que la *propriété virtuelle* possède principalement trois caractéristiques⁶⁰⁷ 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 de la propriété classique : rivalité v. exclusivité (A),

⁶⁰² Par exemple, il peut renoncer à son droit (art. 304 C.c.Q.) ou le droit peut se prescrire acquisitivement au bénéfice d'un tiers possesseur (art. 2910 C.c.Q.). Voir, D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 433, n° 207, p. 156.

⁶⁰³ *Id.*

⁶⁰⁴ S. NORMAND, préc., note 500, p. 203.

⁶⁰⁵ *Id.*

⁶⁰⁶ *Supra*, n° 259-274.

⁶⁰⁷ *Supra*, n° 35. 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" (2006) 5 *Pierce Law Review* 137, p. 146, en ligne : <http://law.unh.edu/assets/images/uploads/publications/pierce-law-review-vol05-no1-blazer_1.pdf>. J. W. 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", J. W. NELSON, préc., note 247, p. 288.

persistance v. perpétuité (B) et l'interconnectivité, caractéristique propre à la *propriété virtuelle* (C) pour vérifier leurs similarités ou différences (D).

A. La rivalité v. l'exclusivité

277. La rivalité se traduit par le fait que la personne qui utilise un bien virtuel (nommé par J. Fairfield, un « Code »⁶⁰⁸) 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?

278. 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*⁶⁰⁹. 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.

⁶⁰⁸ 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.* » J. FAIRFIELD, préc., note 42, p. 1049.

⁶⁰⁹ *Supra*, n°33.

279. On a vu que 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. Reprenons notre exemple du lapin virtuel⁶¹⁰ en admettant que l'on se trouve dans *Second Life* (monde virtuel sans script). L'utilisateur-créateur du lapin virtuel aura alors accès au menu des « paramètres de permission » pour déterminer si son lapin virtuel peut être ou non vendu, modifié ou copié par tous les utilisateurs. L'utilisateur-créateur de l'objet virtuel a également le contrôle sur les actions que peuvent prendre les autres utilisateurs par rapport à l'objet créé. Ainsi, si l'utilisateur X décide de « vendre » le lapin virtuel à l'utilisateur Y, il peut décider que ce dernier aura le droit de modifier⁶¹¹, copier, de revendre ou non l'objet en question⁶¹². Est-ce que ces paramètres sont suffisants pour déterminer que l'exclusivité de la *propriété virtuelle* existe?

280. Pour certains auteurs partisans de la reconnaissance de la *propriété virtuelle* en droit civil dont W. Dross⁶¹³ et en *common law*, dont J. Fairfield⁶¹⁴, 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 »⁶¹⁵. On a énoncé plus haut que Greg Latowska et Dan Hunter tentent aussi de démontrer la similarité du fonctionnement des mondes virtuels avec le monde réel en matière de propriété⁶¹⁶, 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 frais⁶¹⁷. Les avatars ont même la possibilité de louer leur espace virtuel. À

⁶¹⁰ *Supra*, n°79 et s.

⁶¹¹ 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.

⁶¹² Voir, plusieurs exemples concrets, en ligne: <<http://wiki.secondlife.com/wiki/Permission>> (site consulté le 17 août 2015).

⁶¹³ W. DROSS, préc., note 496, p. 34.

⁶¹⁴ J. FAIRFIELD, préc., note 42.

⁶¹⁵ W. DROSS, préc., note 496, p. 34.

⁶¹⁶ G. LASTOWKA et D. HUNTER, préc., note 187, p. 37 et s.

⁶¹⁷ W. DROSS, préc., note 496, p. 40.

priori, on y rencontre ainsi les droits fondamentaux relatifs à la propriété d'utiliser, d'exclure et de transférer les objets virtuels acquis⁶¹⁸.

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 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 domaine⁶¹⁹.

281. 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.

282. 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 »⁶²⁰. En effet, la maîtrise doit permettre au propriétaire d'utiliser « tout ou partie de l'objet et d'en récolter les fruits »⁶²¹. Ces caractéristiques réunies forment un « droit

⁶¹⁸ *Id.*, p. 38.

⁶¹⁹ H. NSIANGANI, préc., note 19, p. 8.

⁶²⁰ *Id.*, n° 767.

⁶²¹ *Id.*, n° 784.

exclusif minimal », ce qui est également admis selon la théorie rénovée de la propriété⁶²². 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'objet⁶²³. 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.

B. *Persistence v. perpétuité*

283. Pour certains auteurs, la notion de *persistence* 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'ordinateur⁶²⁴. 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 persistence 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 utilisée⁶²⁵. Pour expliquer l'analogie des caractéristiques de persistence 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

⁶²² *Supra*, n° 204.

⁶²³ *Supra*, n° 217 et 221.

⁶²⁴ J. FAIRFIELD, préc., note 42, p. 1054. C. BLAZER, préc., note 607, p.144.

⁶²⁵ C. BLAZER, *id.*

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.

C. Code interconnecté

284. 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'objet virtuel 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, on a vu que les utilisateurs n'ont pas un véritable pouvoir de libre disposition des objets virtuels⁶²⁶ puisque leur pouvoir de disposition dépend du bon vouloir du développeur et donc des mondes virtuels dans lequel ils se trouvent⁶²⁷. De 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.

D. Distinctions du contenu des droits de la propriété classique et de la propriété virtuelle

285. 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.

286. 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

⁶²⁶ *Supra*, n° 265-269.

⁶²⁷ *Supra*, n° 281.

beaucoup ont une valeur bien plus grande que celle des propriétés immobilières. »⁶²⁸

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 propriété⁶²⁹. 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 *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.

⁶²⁸ Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1955, n° 80, p. 199. Voir aussi, Y. EMERICH, préc., note 423, p. 176 et 177.

⁶²⁹ Y. EMERICH, préc., note 423, n° 227, p. 177.

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*.

Paragraphe 3. Les modes d'acquisition et de transfert de la propriété

287. Il s'agit ici d'examiner quelles sont les manières dont on acquiert la propriété, ce qui revient à étudier les différents modes d'acquisition et de transfert de la propriété. Dans le but d'établir une comparaison entre les modes d'acquisition de la propriété classique avec ceux de la *propriété virtuelle* (B), il convient tout d'abord de rappeler quels sont dans la pratique les différents modes d'appropriation et de transferts des biens virtuels⁶³⁰ à l'intérieur et à l'extérieur du monde virtuel (A).

A. Les modes d'appropriation des biens virtuels dans la pratique

288. Dans la pratique, on rencontre les différents modes d'appropriation des biens virtuels aussi bien à l'intérieur (1) qu'à l'extérieur des mondes virtuels (2) et également des transferts d'objets virtuels par l'intermédiaire d'une entreprise de courtage (3) ou de *Gold farming* (4).

1. Modes d'appropriation des biens virtuels à l'intérieur du monde virtuel

289. Les utilisateurs peuvent créer les biens virtuels à l'intérieur du monde virtuel (a) et/ou les acheter directement du développeur ou des autres utilisateurs (b). Il s'agit des modes d'appropriation les plus encouragés par les développeurs qui interdisent souvent la marchandisation des biens virtuels à l'extérieur du monde virtuel.

⁶³⁰ *Supra*, n° 84.

a. La création de biens virtuels

290. Selon les MMOs *avec* ou *sans* script, l'utilisateur aura plus ou moins l'opportunité de construire ou de créer toutes sortes de biens virtuels (avatar, voiture, lapin, immeuble virtuel, etc.). La création de biens virtuels peut se faire de deux manières, soit en partant de zéro, soit en combinant des objets virtuels préexistants dans le monde virtuel. Dans le premier cas, qu'on rencontre le plus souvent dans les mondes virtuels sans *script*, l'utilisateur devra programmer lui-même l'ensemble des données pour obtenir la représentation graphique de son bien virtuel dans le monde virtuel, alors que, dans le second cas, généralement dans les mondes virtuels avec *script*, il combinera des biens virtuels mis à sa disposition par le développeur dans le monde virtuel. Il convient de remarquer que dans ces deux cas, les utilisateurs se servent du logiciel et des outils informatiques mis à leur disposition par les développeurs au sein des mondes virtuels et non en dehors dans ces mondes.

b. L'achat de biens virtuels

291. De nombreux utilisateurs préféreront acheter des biens virtuels plutôt que de créer des biens virtuels, soit par manque de connaissance en programmation informatique, soit par manque de temps ou de patience⁶³¹. L'achat de biens virtuels dans le monde virtuel peut se faire par l'intermédiaire du développeur ou directement entre les utilisateurs.

i. L'achat de biens virtuels directement du développeur

292. De plus en plus de développeurs de monde virtuels vendent des biens virtuels aux utilisateurs au sein du monde virtuel ou sur des sites reliés extérieurs au monde virtuel⁶³² afin de profiter du marché économique émergent des transferts de biens virtuels contre de l'argent. Tel est le cas notamment de *Linden Lab* qui vend des biens virtuels, mais aussi de la monnaie virtuelle contre de l'argent réel, afin que les utilisateurs puissent faire aussi des achats entre

⁶³¹ Laurence H. M. HOLLAND, "Making Real Money in Virtual World", (8/07/2006) *Forbes Magazine*, en ligne: <http://www.forbes.com/2006/08/07/virtual-world-jobs_cx_de_0807virtualjobs.html> (site consulté le 18 août 2015).

⁶³² *Second Life Marketplace*, en ligne : <<https://marketplace.secondlife.com/products/>> (site consulté le 18 août 2015).

eux⁶³³. Également, le développeur Blizzard vend depuis peu de temps certains nouveaux objets virtuels directement aux utilisateurs⁶³⁴.

ii. L'achat de biens virtuels entre les utilisateurs

293. Les utilisateurs peuvent se transférer des biens virtuels contre de l'argent virtuel convertible en monnaie réelle au sein de plusieurs mondes virtuels, ou même procéder à des échanges de biens virtuels. L'utilisateur qui disposera d'actifs virtuels ayant une valeur économique dans le monde virtuel le mettra en vente contre une valeur numéraire réelle⁶³⁵.

Si l'achat et la vente de biens virtuels entre utilisateurs sont encouragés par le développeur pour qu'ils aient lieu seulement au sein du monde virtuel, des utilisateurs préfèrent se rencontrer sur des *forums* spécialisés ou plus généralement sur des sites d'enchères extérieurs au monde virtuel pour marchander les biens virtuels, bien que ces pratiques soient prohibées par les développeurs.

2. Modes d'appropriation des biens virtuels entre utilisateurs à l'extérieur du monde virtuel

294. L'achat et la vente de biens virtuels à l'extérieur du monde virtuel sont très souvent prohibés par le développeur du monde virtuel, mais il ne peut techniquement les contrer; elles sont donc devenues choses courantes chez les utilisateurs qui désirent acheter ou vendre des biens virtuels. Il existe en pratique deux possibilités de transfert entre les utilisateurs selon les biens virtuels à acheter. Dans un premier cas, l'achat de monnaie ou des objets virtuels à l'extérieur du monde virtuel, suppose que l'acheteur envoie dans un premier temps le paiement en argent réel au vendeur, puis les utilisateurs prévoient de se rencontrer dans le monde virtuel par le biais de leurs avatars. L'avatar du vendeur transférera de « main à main » à l'avatar de l'acheteur, les pièces d'or ou autres biens virtuels déjà payés. Une deuxième possibilité s'offre aux utilisateurs, il s'agit du transfert de compte du joueur qui contient les biens virtuels mis en vente, souvent *via* un site d'enchères. L'acheteur qui gagne les enchères se voit débiter du

⁶³³ Site de « change » de Linden Lab, en ligne : <<http://www.xchange4ls.com>> (site consulté le 23 décembre 2012).

⁶³⁴ Druid PATHIS, "Blizzard Now Selling Gold for Cash... In Pet Form", (2011) *Druid Digest*, en ligne: <<http://www.druiddigest.com/2011/10/blizzard-now-selling-gold-for-cash-in.html>> (site consulté le 23 décembre 2012).

⁶³⁵ G. LASTOWKA et D. HUNTER, préc., note 187, p. 38.

montant de la vente et obtient par la suite le nom d'utilisateur et le mot de passe du compte de jeu du vendeur. Il suffira à l'acheteur de se connecter à la place du vendeur dans le monde virtuel et de changer le mot de passe pour avoir accès au compte de jeu contenant les biens virtuels qu'il a achetés. Ces mécanismes de transfert de biens virtuels sont sujets à la confiance de l'acheteur qui devra d'abord verser le paiement en argent réel afin de prendre possession des biens virtuels. Ainsi, pour faciliter et sécuriser les transferts de biens virtuels à l'extérieur des mondes virtuels, un marché d'agents intermédiaires s'est développé comme des entreprises de courtage, des sites de vente aux enchères de biens virtuels ou encore des entreprises de *Gold Farming*. Également, des services de paiement en ligne sont récemment entrés dans ce marché. Par exemple, le service de micropaiement *PayPal* s'est récemment étendu en un service dédié à l'achat des biens virtuels appelé « *PayPal for Digital Goods* ». Les utilisateurs payent leur achat en deux clics sans avoir à quitter la page qu'ils sont en train de consulter. Cette solution permet aux utilisateurs une simplicité de paiement qui correspond bien à ce type d'achat impulsif⁶³⁶. Le professeur E. Castronova relève que les coûts de transactions associés au commerce de biens virtuels directement entre utilisateurs de « main à main » par leurs avatars sont plus élevés que lors du commerce entre les utilisateurs par une entreprise de courtage, car, dans ce type de commerce les utilisateurs choisissent les biens virtuels qu'ils désirent acheter sur une liste bien organisée et les transactions y sont facilitées alors que, dans l'autre cas, l'utilisateur-vendeur doit constamment veiller à annoncer sa marchandise et l'utilisateur – acheteur doit se renseigner pour connaître l'offre, trouver le vendeur et marchander le prix⁶³⁷.

295. Il s'agit donc d'examiner ces deux types de transfert de biens virtuels à l'extérieur des mondes virtuels, soit par l'intermédiaire d'une entreprise de courtage, soit par une entreprise de *Gold Farming*.

⁶³⁶ Sam SHRAUGER, (vice-président de la stratégie produit *PayPal* dans un communiqué), en ligne: <<https://www.thepaypalblog.com/2011/02/paypal-the-best-way-to-buy-and-sell-digital-goods/>> (site consulté le 22 janvier 2013). Ce service a un coût: *PayPal* prend une commission de 5 % de la somme payée, majorée de 5 cents pour toute transaction inférieure à 12 dollars.

Facebook a annoncé que *PayPal for Digital Goods* sera prochainement proposé à ses membres pour faciliter l'achat des biens virtuels. Le réseau social propose déjà un système de crédits, à dépenser sur des jeux ou des applications, que l'on peut payer avec une carte bancaire, avec des cartes prépayées, par le biais d'un compte *PayPal* ou encore avec un mobile. Voir, en ligne : <<http://www.01net.com/editorial/522976/facebook-adopte-la-solution-d-achat-de-biens-virtuels-de-paypal/>> (site consulté le 22 janvier 2013).

⁶³⁷ E. CASTRONOVA, préc., note 47, p. 26.

3. Transferts par l'intermédiaire d'entreprise de courtage

296. Il existe des entreprises de courtage qui sont spécialisées dans la vente et l'achat de biens virtuels comme *Playerauctions*⁶³⁸ et d'autres qui ne le sont pas, mais qui tentent tout de même d'offrir des services dans ce domaine comme *eBay*⁶³⁹ qui a cependant cessé ses activités dans ce domaine depuis 2007. Il est intéressant de rappeler le cas particulier d'*eBay* comme entreprise de courtage dans la marchandisation des biens virtuels, car il pose de manière pratique le problème de la titularité des biens virtuels.

- a. Compagnie de courtage en ligne non spécialisée dans la vente de biens virtuels : le cas d'*eBay*

297. En janvier 2007, *eBay* a décidé de cesser de vendre des objets virtuels du fait de l'incertitude entourant la qualification juridique des objets virtuels et les questions de propriété intellectuelle s'y rattachant⁶⁴⁰. On en revient à la question de savoir qui est véritablement le propriétaire de l'objet virtuel mis à la vente, le développeur ou l'utilisateur. *eBay* s'est référé essentiellement aux termes et conditions mises en place par les développeurs auxquels agrément les utilisateurs du monde virtuel qui stipulent notamment que les objets virtuels utilisés ou créés à l'intérieur du monde virtuel leur appartiennent. Selon ces termes, les joueurs ne possèdent aucun droit sur les objets virtuels et en conséquence, ils n'ont aucun droit de les vendre sur *eBay*. À cet effet, on retrouve dans le guide d'*eBay* l'affirmation suivante : « *no matter how much time you spend playing the game or how much you pay in subscription fees, you, as a gamer, are generally considered a renter of these virtual items, not an owner* »⁶⁴¹. En effet, pour vendre un bien sur *eBay* il faut en être le propriétaire. Cependant, en 2007, *eBay* prévoit une seule exception concernant le monde virtuel *Second Life*. Rappelons qu'à cette époque, les termes et conditions de *Second Life* prévoyaient que les utilisateurs étaient propriétaires des biens virtuels qu'ils avaient créés. Selon *eBay*, *Second Life* ne pouvait pas être considéré comme un jeu, mais une plateforme d'échanges économiques puisque son développeur *Linden Lab* permettait aux

⁶³⁸ En ligne: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Playerauctions>> (site consulté le 11 juin 2012).

⁶³⁹ E. CASTRONOVA, préc., note 47, p. 149-150.

⁶⁴⁰ En ligne: <http://news.cnet.com/2100-1043_3-6154372.html> (site consulté le 11 juin 2012).

⁶⁴¹ Ebay.ca, « A guide to virtual (video game) items on ebay », en ligne : <<http://reviews.cafr.ebay.ca/Buying-and-Selling-Virtual-Items-on-eBay?ugid=10000000004609906>> (site consulté le 11 juin 2015).

utilisateurs créateurs de biens virtuels de rester les propriétaires de leurs biens et de les vendre⁶⁴². Or, si depuis 2010, les termes et conditions de *Second Life* ont été modifiés pour retirer aux utilisateurs leur statut de propriétaire des biens virtuels qu'ils créent au sein du monde virtuel, *eBay* n'a pas entièrement changé sa politique. Actuellement, on retrouve sur *eBay* des *Linden dollars* à vendre ainsi que des *Bitcoins*, qui sont pourtant des objets virtuels comme les autres. Mais le propriétaire d'*eBay*, qui est aussi celui de *PayPal*, ne peut justifier autrement ces deux exceptions à sa politique d'interdiction de la vente d'objets virtuels que par le grand revenu potentiel que les transactions de ces monnaies virtuelles vont lui générer⁶⁴³.

298. Il convient de préciser que même si *eBay* et *PayPal* interdisent la vente d'objets virtuels sous peine de supprimer le compte du vendeur, certaines personnes s'entêtent quand même à vendre leurs objets virtuels de cette manière. Le problème qui arrive en pratique est que le vendeur n'est alors pas garanti de son paiement par *PayPal* qui dans un tel cas, donnera toujours raison à l'acheteur qui se dit avoir été escroqué par le vendeur sur le fondement qu'il n'a pas lui-même autorisé l'achat de l'objet virtuel et que son compte a ainsi été piraté. Ces pratiques sont malheureusement fréquentes dans les sites internet comme *eBay*. L'acheteur portera plainte sur la base d'une transaction illégale et aura gain de cause par *PayPal* alors qu'en réalité l'acheteur aura payé pour un objet virtuel qui lui a été effectivement délivré dans le monde virtuel par le vendeur. Par cette procédure, l'acheteur pourra récupérer son argent et aura gagné un objet virtuel alors que le vendeur aura donné son objet virtuel sans contrepartie, car il devra rembourser l'argent de la « transaction illégale » à l'acheteur⁶⁴⁴.

b. Compagnie de courtage spécialisée dans la vente de biens virtuels : *PlayerAuctions.com*

299. *PlayerAuctions* est une compagnie de courtage spécialisée dans la vente de biens virtuels de plus d'une centaine de MMOs. Les utilisateurs peuvent y vendre et acheter des objets virtuels, de la monnaie virtuelle, des comptes de jeu, des niveaux de jeu, des guides de jeu (etc.).

⁶⁴² *Id.*

⁶⁴³ Serge SCHOUTERDEN, « Paypal, Bitcoin and over-enthusiastic community people », en ligne: <<http://www.cryptarticles.com/crypto-news/paypal-bitcoin-and-over-enthusiastic-community-people>> (consulté le 1^{er} décembre 2014).

⁶⁴⁴ *Id.*

Toutefois, il convient de rappeler que certains développeurs interdisent les transferts de comptes de jeux⁶⁴⁵ qui sont tout de même une pratique fréquente entre les utilisateurs.

300. *PlayerAuctions* agit comme un intermédiaire permettant le commerce sécurisé de biens virtuels entre utilisateurs de monde virtuel⁶⁴⁶. En pratique, la procédure de transfert de biens virtuels entre utilisateurs est assez simple via ce site. Un utilisateur offre sur ce site un ou plusieurs biens virtuels à la vente moyennant un prix et un ou plusieurs autres utilisateurs décident de les acheter. Le transfert de bien virtuel se fait « face-à-face » via les avatars au sein du monde virtuel, l'acheteur et le vendeur se donnent rendez-vous par courriel ou via l'application appelée « *Auction House* » qui est mise à leurs dispositions sur le site internet *PlayerAuction.com*. Cette méthode est la plus populaire et la plus recommandée en matière de sécurité de la transaction puisque *PlayerAuction* vérifie que la transaction a bien été effectuée. L'acheteur et le vendeur ont l'obligation de transmettre à *PlayerAuctions*, via un formulaire, une capture d'écran du transfert des biens virtuels qui a eu lieu par les avatars dans le monde virtuel.

301. En ce qui concerne, le transfert d'un compte de joueur incluant ses avantages et ses biens virtuels, *PlayerAuctions* joue véritablement le rôle d'intermédiaire. Une fois que le vendeur a fait son offre, l'acheteur fait un paiement à *PlayerAuctions* qui le « sécurise » le temps que le transfert du compte ait lieu concrètement entre le vendeur et l'acheteur. Ainsi, *PlayerAuctions* sert non seulement d'intermédiaire, mais aussi de protecteur de l'acheteur. Il est en effet appelé « *PlayerGuardian* » dans le cadre de ce processus. Il garantit ainsi le délai de transfert du compte et vérifie qu'il a bien été délivré à l'acheteur. En effet, la procédure veut que l'acheteur informe

⁶⁴⁵ Par exemple, le transfert de compte de jeu est interdit dans le jeu *League of legend*. Les termes et conditions prévoient : « **Vente de Compte.** Le Compte qui vous est attribué est personnel. Riot Games ne vous autorise pas et interdit strictement le transfert de Comptes. Vous n'avez pas le droit d'acheter, de vendre, de donner ou d'échanger un Compte ou de proposer une telle transaction ; toute tentative pour procéder à une transaction de ce type sera considérée nulle. Toute distribution de votre Compte et/ou de vos Identifiants (à l'exception du cadre spécifiquement défini et autorisé par cet Accord ou explicitement approuvé par Riot Games) sera punie par la suspension ou l'annulation de votre Compte. » En ligne : <<http://euw.leagueoflegends.com/fr/legal/termsofuse>> (site consulté le 24 juin 2013).

⁶⁴⁶ Il faut noter que toutes les transactions ne sont pas permises sur *PlayerAuctions*. Seuls les items virtuels qui ont été vérifiés par *PlayerAuctions* peuvent être vendus via sa plateforme. Aussi, dans ses termes et conditions, *PlayerAuctions* énonce clairement que les relations contractuelles liées à la vente ou l'achat d'un bien virtuel se créent seulement entre les utilisateurs, il n'y a aucun contrat d'agence (clause 2.2) et les utilisateurs doivent respecter les règles relatives à la propriété intellectuelle (clause 2.8). En ligne : <<http://www.playerauctions.com/help/agreement/>> (site consulté le 11 juin 2012).

PlayerGuardian de la réception du compte en bonne et due forme. Une fois la vérification faite, *PlayerAuctions* paye le vendeur du prix de la vente moins les frais dus pour son service de courtage⁶⁴⁷.

302. Il existe aussi une autre façon pour les utilisateurs d'acquérir des biens virtuels en passant par les entreprises de *Gold farming*.

4. Transferts par une entreprise de *Gold Farming*

303. On a expliqué brièvement plus haut⁶⁴⁸ que le phénomène des transferts de biens virtuels par une entreprise de *Gold farming* a pris de l'ampleur durant les dernières années principalement en Chine, mais aussi de plus en plus d'entreprises américaines font du « *outsourcing* » vers des « fermiers » mexicains. Les « fermiers » travaillent le plus souvent pour le compte d'une entreprise⁶⁴⁹ qui les rémunère en fonction des heures passées à amasser des pièces d'or ou d'autres biens virtuels dans les mondes virtuels comme *World of Warcraft* ou à créer des biens virtuels dans les mondes virtuels comme *Second Life*. Dans le premier cas, le « fermier » se sert du compte de l'utilisateur qui lui fournit son identifiant et mot de passe et en contrepartie l'utilisateur paye le « fermier » soit *via* un site web comme *eBay* par carte de crédit ou par *PayPal* (même si ces transactions sont en principe interdites⁶⁵⁰). Dans le second cas, une fois que le fermier a créé un nouveau bien virtuel, l'utilisateur le paye de la même façon, *via* un site web à cet effet ou avec *PayPal* et ils se rencontrent tous les deux *via* leurs avatars dans le monde virtuel pour procéder de « main à main » au transfert de l'objet virtuel en question. Il peut arriver aussi que les fermiers n'aient pas été directement engagés par un acheteur potentiel, mais tente de vendre les objets virtuels aux enchères par des entreprises de courtage comme *eBay* ou *PlayerAuctions*⁶⁵¹.

⁶⁴⁷ En ligne : <<http://www.playerauctions.com/help/content/seller-fees-disbursements/#633>> (site consulté le 24 juin 2013).

⁶⁴⁸ *Supra*, n.b.p. 218 et n° 244.

⁶⁴⁹ Il a été révélé qu'en Chine certains "fermiers" sont même des prisonniers travaillant pour le compte de gardiens de prison qui les font travailler de longues heures à acquérir des biens virtuels pour ensuite les revendre contre de l'argent réel. En ligne: <<http://www.guardian.co.uk/world/2011/may/25/china-prisoners-internet-gaming-scam>> (site consulté le 25 février 2013).

⁶⁵⁰ *Supra*, n° 298.

⁶⁵¹ En ligne: <http://www.forbes.com/2006/07/28/cx_de_virtual_jobs_blank_slate_slide.html?thisSpeed=35000> (site consulté le 25 février 2013).

304. Dans la pratique des jeux virtuels de style MMO, on vient de voir qu'il existe de nombreux moyens de disposer et de s'approprier les biens virtuels. Il convient à présent d'examiner les modes d'acquisition et de transfert de la propriété classique afin de vérifier si l'on retrouve les mêmes attributs de la propriété dans le cadre des transferts de biens virtuels.

B. Comparaison des modes d'acquisition et de transfert de la propriété classique avec ceux de la propriété virtuelle

305. Aux termes de l'article 916 al. 1 C.c.Q. : « 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 propriété⁶⁵².

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 la pratique. Ainsi, nous n'allons pas traiter des cas de succession, ni de prescription qui, de nos jours, ne trouvent pas ou très rarement d'application dans notre domaine⁶⁵³.

306. 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 dérivé⁶⁵⁴. 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)⁶⁵⁵. Au contraire, l'acquisition est dérivée lorsqu'elle est translative c'est-à-dire quand l'objet de la propriété est transféré d'un propriétaire à un autre⁶⁵⁶. Il convient ainsi de distinguer les modes d'acquisition originaires (1), des modes d'acquisition dérivés (2).

⁶⁵² C.c.Q., art. 911.

⁶⁵³ En règle générale, le mécanisme de dévolution à cause de mort n'ai pas prévu dans les CLUFs. Termes et conditions de *Second Life*, article 5.5: "You will lose access to your Account and all licenses, Content, and data upon termination, and you understand this is a risk of participating in the Servic (etc...)". *Infra*, annexe 2.1.

⁶⁵⁴ F. ZENATI et T. REVET, préc., note 425, n° 120, p. 159.

⁶⁵⁵ D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 433, n° 209, p. 158.

⁶⁵⁶ F. ZENATI et T. REVET, préc., note 425, p. 158.

1. Modes originaires d'acquisition de la propriété

307. Il est intéressant d'analyser ici les modes originaires d'acquisition⁶⁵⁷ 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 (a) pour se concentrer sur l'application des règles d'accession mobilière artificielle du Code civil (b) 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

308. 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 virtuel⁶⁵⁸. On est d'accord avec leur constatation qu'aucune des modalités d'acquisition originaires 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 naturelle » et « l'occupation »⁶⁵⁹. Or, ces derniers ne peuvent trouver application aux biens virtuels, car d'une part, « l'accession naturelle »⁶⁶⁰ ne concerne que les biens immobiliers alors que les biens virtuels sont mobiliers par nature⁶⁶¹, et d'autre part, « l'occupation »⁶⁶² 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.

⁶⁵⁷ Y. EMERICH, préc., note 423, n°589 p. 406 et suiv.

⁶⁵⁸ S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43, p. 205.

⁶⁵⁹ Il y en a d'autres : possession, usucapion, chose sans maître ou vacant. Voir, Y. EMERICH, préc., note 423, n° 591, p. 406 et n° 599 p. 410.

⁶⁶⁰ L'accession naturelle est immobilière et indépendante de toute volonté. C.c.Q., art. 854; *Code civil français*, art. 546; D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 433, n° 767, p. 486. Voir aussi, S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43, p. 205.

⁶⁶¹ *Supra*, n° 255.

⁶⁶² 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, Éditions Thémis, 1979, p. 62.

b. L'accession artificielle mobilière⁶⁶³

309. 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 transformés par autrui (spécification) »⁶⁶⁴. L'accession mobilière est dite « artificielle »,⁶⁶⁵ 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 C.c.Q). Enfin, *la spécification* selon laquelle la matière est travaillée ou transformée par une autre personne que son propriétaire (ex. : bloc de marbre sculpté), dans 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 qui a modifié la matière (art. 972 C.c.Q). 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 C.c.Q). 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 dû, à moins qu'il décide volontairement de se dessaisir du bien⁶⁶⁶.

310. 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

⁶⁶³ C.c.Q., 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, F. ZENATI et T. REVET, préc., note 425, n° 129, p. 158.

⁶⁶⁴ D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 433, n° 792, p. 500; S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43, p. 207.

⁶⁶⁵ S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43, p. 207.

⁶⁶⁶ C.c.Q., art. 974, 1502 et 1593.

critères traditionnels de l'accession résident d'une part, dans l'existence d'un lien « matériel » et d'autre part, entre deux biens meubles « corporels »⁶⁶⁷. 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 biens⁶⁶⁸. 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. »⁶⁶⁹

311. 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 dernier⁶⁷⁰. 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 transformation⁶⁷¹. Il s'agira donc aux fins de notre analyse de faire abstraction des contrats de licence d'utilisateur final proposé par les développeurs, la validité de ces contrats étant de toute façon incertaine et relative à l'interprétation qu'en feront les juges.

312. 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?

313. 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

⁶⁶⁷ Y. EMERICH, préc., note 423, n° 649, p. 438.

⁶⁶⁸ William DROSS, *Le mécanisme de l'accession : Eléments pour une théorie de la revendication en valeur*, thèse de doctorat, Nancy, Université Nancy II, 2000, n° 78, p. 77 et n° 70, p. 71.

⁶⁶⁹ Y. EMERICH, préc., note 423, n° 663, p. 446.

⁶⁷⁰ S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43, p. 208.

⁶⁷¹ *Id.*; D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 433, n° 792, p. 500.

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. »⁶⁷² Les situations de mélange et d'adjonction ne peuvent donc trouver application dans le cadre de la création d'un bien virtuel⁶⁷³. 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 spécification⁶⁷⁴.

314. Reprenons l'exemple classique de l'accession par spécification sur lequel les jurisconsultes de la 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'incarnait⁶⁷⁵.

315. 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*⁶⁷⁶ qui ont été définies plus haut comme des « Éléments de base telle 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. »⁶⁷⁷ et les outils (application *logiciel-client*⁶⁷⁸) 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.

⁶⁷² S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43, p. 209.

⁶⁷³ *Id.*

⁶⁷⁴ *Id.*, p. 210.

⁶⁷⁵ W. DROSS, préc., note 496, p. 35.

⁶⁷⁶ *Supra*, n° 79.

⁶⁷⁷ *Supra*, n.b.p. 182.

⁶⁷⁸ Pour une définition et représentation imagée de l'outil utilisé dans *Second Life*, voir, *Supra*, n° 79 (figure 1).

316. Les solutions pour l'appropriation avaient déjà été envisagées par les juristes romains de la première moitié du 1^{er} siècle de l'école proculienne qui s'opposaient à ceux de l'école sabinienne⁶⁷⁹. 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 matière⁶⁸⁰. 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 secondaire⁶⁸¹. 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 propriétaire⁶⁸².

317. 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.

318. Il nous est donc permis de conclure, au regard de l'article 972 C.c.Q., que le droit de propriété du bien virtuel sera attribué soit à l'utilisateur si la valeur de son travail de création

⁶⁷⁹ W. DROSS, préc., note 496, p. 36. Voir aussi, Jean GAUDEMET, « PROCULIENS », *Encyclopædia Universalis*, en ligne: <<http://www.universalis.fr/encyclopedie/proculiens/>> (site consulté le 4 avril 2013).

⁶⁸⁰ Frédéric MOURTON, *Répétitions écrites sur le Code civil: contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, Garnier frères, 1884, p. 759.

⁶⁸¹ W. DROSS, préc., note 496, p. 36.

⁶⁸² *Code civil français*, art. 570 et 571; C.c.Q., art. 972; W. DROSS, préc., note 496, p. 36.

excède la valeur du bien⁶⁸³, soit au développeur si la valeur de son bien est supérieure au travail de l'utilisateur.

319. 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 lui a rapporté 50 000 dollars américains au cours des cinq mois suivant son achat⁶⁸⁴. D'autre part, la valeur du « bien » du développeur, cette dernière 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 création⁶⁸⁵.

320. 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

⁶⁸³ Nous reprenons ici la présomption de S. Gilker et C. Lupien dans le sens que la matière décrite à l'article 972 C.c.Q. signifie un bien, en l'absence de précisions dans le Code civil. Voir, S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43, n.b.p. 43 et 147.

⁶⁸⁴ En ligne: <<http://www.money.co.uk/article/1003016-huge-sums-of-dollars-paid-for-rare-virtual-items-in-online-gaming.htm>> (site consulté le 24 juin 2013).

⁶⁸⁵ S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43, p. 213.

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 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'utilisateur⁶⁸⁶. 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.

321. 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 virtuel⁶⁸⁷. 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 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*⁶⁸⁸.

322. 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 virtuels⁶⁸⁹, elles sont en pratique irréalistes. En effet, ni l'utilisateur, ni le développeur ne

⁶⁸⁶ W. DROSS, préc., note 496, p. 36.

⁶⁸⁷ S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43, p. 213.

⁶⁸⁸ *Id.*

⁶⁸⁹ S. P. GILKER et C. LUPIEN, préc., note 43, p. 214 et 215.

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’application⁶⁹⁰. En conséquence, sauf exception, dans certains mondes virtuels sans *script*, la majorité des développeurs s’autoproclame 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 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. Nous nous demanderons toutefois si ces CLUFs sont valides au regard du droit, on reviendra sur cette question un peu plus tard dans le développement⁶⁹¹.

2. Le transfert des biens virtuels par convention comme mode dérivé d’acquisition

323. 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. On ne traitera pas des cas de donation, de succession⁶⁹² et de prescription qui sont des cas possibles en l’espèce, mais qui ne font pas l’objet de notre recherche. Le transfert de propriété est une prérogative importante du droit de propriété (*abusus*) qui trouve son fondement dans la liberté contractuelle⁶⁹³ et qui donne lieu à la création des marchés, à la concurrence et à la formation des prix⁶⁹⁴.

⁶⁹⁰ *Id.*

⁶⁹¹ *Infra*, n° 591-601.

⁶⁹² Par exemple, la question de la succession des biens virtuels en cas de décès de l’utilisateur a déjà fait l’objet de discussion dans le journal *The New York Times* en 2009. Voir, Chris v. NICHOLSON, “Virtual estates lead to Real-world headaches”, (1/11/2009), *The New York Times*, en ligne :

<http://www.nytimes.com/2009/11/02/technology/internet/02assets.html?pagewanted=all&_r=0> (site consulté le 18 août 2015).

⁶⁹³ *Id.*, n° 785.

⁶⁹⁴ *Id.*, n° 773.

324. 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 »⁶⁹⁵. En effet, dès le 18e siècle, les économistes ont assimilé le contrat au concept d'échange. Selon eux, « l'échange est la recherche du nécessaire »⁶⁹⁶. 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 »⁶⁹⁷. 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 »⁶⁹⁸.

325. Synthèse : Dans les cas de modes dérivés d'acquisition, la transmission d'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 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. On a vu que les termes et conditions des CLUFs contiennent 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 piratage⁶⁹⁹. On a analysé plus haut la protection de la propriété sur le plan pénal⁷⁰⁰, il convient maintenant de la traiter en matière civile. 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

⁶⁹⁵ V. A. VON MEHREN, « A General View of Contract » (1983) 7 *International Encyclopedia of Comparative Law*, cité dans Bruno DEFFAINS (DIR.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Éditions Cujas, 2000, p. 213.

⁶⁹⁶ B. DEFFAINS, *id.*, p. 214.

⁶⁹⁷ *Id.*

⁶⁹⁸ *Id.*

⁶⁹⁹ *Supra*, n° 183-189.

⁷⁰⁰ *Supra*, n° 0; *Infra*, 326-332.

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 revendication⁷⁰¹.

Section 4. La protection de la propriété

326. 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 est 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 plusieurs objets virtuels. La seconde situation suppose la confiscation des objets virtuels ou la suppression du compte de l'utilisateur et donc des objets virtuels par le développeur. Est-ce que dans ces deux situations, l'utilisateur victime peut exercer une action en revendication?

327. La revendication d'un bien est le corolaire 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 ça 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 chose⁷⁰². 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

⁷⁰¹ 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.

⁷⁰² F. ZENATI et T. REVET, préc., note 425, n° 166, p. 202.

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.

328. 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?

329. 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.

Cependant, dans l'hypothèse où le juge décidait d'annuler ces clauses du CLUF qu'il considérerait 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 accession⁷⁰³. Or, l'utilisateur pourra avoir du mal à en faire la preuve puisque sans le développement du monde virtuel, les objets virtuels ne pourraient exister.

⁷⁰³ *Supra*, n° 309-322.

330. 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.

331. C'est dans le même ordre d'idée 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* »⁷⁰⁴, 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 autorité⁷⁰⁵.

332. 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.

333. Synthèse : 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 serait délicat pour le législateur ou la jurisprudence de se prononcer sur cette

⁷⁰⁴ Jennifer L. MNOOKIN, "Virtual(ly) law: the emergence of law in LambdaMOO: Mnookin", (june 1996) 2-1 *Journal of Computer-Mediated Communication*, p. 1 en ligne: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1083-6101.1996.tb00185.x/full>> (consulté le 20 août 2015).

⁷⁰⁵ Elizabeth REID, "Hierarchy and Power, social control in cyberspace", dans Marc A. SMITH and Peter KOLLOCK, *Communities in cyberspace*, Routledge editions, USA-Canada, 1999, p. 127.

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.

Conclusion du chapitre 2

334. Selon les auteurs G. Lastowka et D. Hunter, si un développeur venait à démarrer un monde virtuel sans avoir un système de marché prenant en compte la propriété, il se verrait probablement à long terme dans l'obligation de le développer pour maintenir le monde virtuel économiquement viable⁷⁰⁶. Comme dans le monde réel, le monde virtuel engendre nécessairement des questions et des conflits de propriété s'il permet la création d'objets virtuels par les utilisateurs⁷⁰⁷. Mais peut-on parler ici de propriété en termes de droit de propriété classique?

335. Les choses doivent exister pour pouvoir être des biens, c'est-à-dire être appropriable. La propriété envisagée comme un pouvoir exclusif d'une personne sur un bien dans sa vision subjective permet aux choses et aux droits d'être des biens. On s'est donc posé la question suivante : Est-ce que la protection offerte par le droit de propriété pourrait s'étendre aux objets virtuels pour justifier l'existence de la « *propriété virtuelle* »?

336. 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

⁷⁰⁶ G. LASTOWKA et D. HUNTER, préc., note 187, p. 42. Les auteurs prennent l'exemple du monde virtuel *Blazing Falls* qui a débuté comme une exception au marché de libre aliénabilité de la propriété qui, pour cette raison, n'était pas attrayant aux yeux des joueurs. En comparaison, le monde virtuel *Sim online* avait enregistré un grand nombre d'utilisateurs dès qu'il annonça qu'il entrerait dans un système économique voulant une liberté d'aliénation de la propriété. Les utilisateurs se sont alors empressés de créer des objets virtuels dans le monde *The Sims* (prédécesseur de *The Sims Online*).

⁷⁰⁷ Les questions de propriété dans les mondes virtuels se posaient déjà en 1996. Voir le cas de *Margeaux c. Yib* qui s'est posé dans le monde virtuel *LambdaMOO*. Yib avait refusé de permettre à un hélicoptère créé par Margeaux une place dans sa liste d'aires d'atterrissages. Yib a affirmé que cette liste était sa propre création, et qu'elle décidait selon ses propres critères, qui était ou non inclus dans sa liste. Margeaux a fait valoir que la liste de Yib n'était pas un objet privé mais d'utilité publique puisque la liste de Yib a fourni la base pour le système d'aviation du monde virtuel : si les espaces ne sont pas sur la liste, il est impossible pour ceux qui ont un transport aérien de survoler ou d'atterrir). Le conflit s'est réglé en arbitrage selon les termes de service du monde virtuel. Yib a accepté de publier des normes pour les aires d'atterrissage et a modifié le code de sorte que les utilisateurs puissent se poser sur leurs propres hélicoptères indépendamment du fait qu'ils ont été répertoriés dans la liste de Yib. Voir aussi G. LASTOWKA et D. HUNTER, préc., note 187, n.b.p. 170, p. 44. Voir, J. MNOOKIN, préc., note 704.

pour admettre la *propriété virtuelle* comme une de 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 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, le petit lapin que l'on a créé dans le monde virtuel 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.

337. 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 »⁷⁰⁸. 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

⁷⁰⁸ M. XIFARAS, préc., note 438, p. 8.

« commun », la propriété exclusive ne devrait même plus exister⁷⁰⁹. 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 « reconstructionnisme » du droit de propriété ne rassemble pas tant de prêcheurs. Elle est pour le moment fortement critiquée⁷¹⁰. 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.

338. Si l'on admet une 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 donc il est préférable de se tourner vers un régime de propriété plus adapté aux objets immatériels. On pense ainsi aux 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.

⁷⁰⁹ J.-P. CHAZAL, préc., note 473, p. 1104.

⁷¹⁰ L. D'AVOUT, préc., note 473, p. 1287.

Chapitre 3. La nature de la *propriété virtuelle*, un droit de propriété intellectuelle ?

339. En règle générale, pour résoudre les conflits apparaissant sur l'usage d'une ressource, il convient d'établir des droits de propriété sur la ressource concernée, ce sont ces droits de propriété qui attribuent les droits sur l'usage de la ressource à une personne particulière⁷¹¹. On a conclu dans le chapitre précédent que la *propriété virtuelle* se distingue dans son contenu des droits de la propriété classique au sens du Code civil québécois et français, principalement, parce que l'objet virtuel n'existe pas. Toutefois, il ne faut pas ignorer qu'une partie de la doctrine, pour qui la notion de propriété doit être interprétée largement, pense le contraire. Mais au-delà de la propriété dite « classique », les utilisateurs prétendent aussi à un droit de propriété intellectuelle sur leur création à l'intérieur du monde virtuel, et plus précisément à un droit d'auteur sur les objets virtuels qu'ils créent. De l'autre côté, les développeurs énoncent dans leurs termes et conditions, qu'ils détiennent la propriété intellectuelle sur tout le contenu du monde virtuel. Ce débat se résume toujours autour de la question de la détermination de la nature juridique de la *propriété virtuelle*, question essentielle dont va dépendre la résolution de notre problématique relative à la loi applicable aux transferts de biens virtuels. En effet, selon le régime de droit applicable aux objets virtuels, les règles de conflits de lois ne seront pas les mêmes.

340. Il s'agit donc ici de se demander si la *propriété virtuelle* n'est finalement qu'une forme de propriété intellectuelle. Pour répondre à cette question, il est important tout d'abord de distinguer la propriété dite « classique » de la propriété intellectuelle (section 1) et de vérifier si l'objet virtuel peut être un élément visé par le droit d'auteur (section 2).

Section 1. Distinction « relative » entre la propriété classique et la propriété intellectuelle

341. La propriété est consacrée dans toutes les branches du droit, car elle est le symbole d'une protection juridique absolue garantissant la sécurité des droits, des biens et des transactions. Cette protection est différente selon les biens concernés⁷¹². Par exemple, on distingue la

⁷¹¹ E. MACKAAY, préc., note 34, p. 3 et 4.

⁷¹² M. XIFARAS, préc., note 313.

propriété intellectuelle sur une œuvre littéraire (bien immatériel), de la propriété dite « classique » sur un livre (bien mobilier corporel). G. Ripert explique ainsi que :

« L'appétit de la propriété aurait été bien vite limité par l'insuffisance des biens matériels pour une population active, si on n'avait pas trouvé le moyen de lui donner de nouveaux objets. Il a suffi pour cela de considérer comme droits de propriété des droits subjectifs ne consistant pas dans l'utilisation des choses corporelles, mais créant une situation qui soit protégée et puisse être cédée à titre onéreux. (...) Ces droits sont dits propriétés incorporelles ou intellectuelles. »⁷¹³

342. 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. Il convient avant tout de noter qu'aux fins de notre étude, 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 contenu⁷¹⁴.

343. 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. Il convient ainsi d'analyser les ressemblances et dissemblances de la propriété artistique avec la propriété classique (paragraphe 1) avant de vérifier leur coexistence ou leur complémentarité (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Ressemblances et dissemblances de la propriété artistique avec la propriété classique

344. Lorsqu'on aborde la matière des droits de propriété intellectuelle, il est légitime de se demander s'il s'agit d'un droit de propriété⁷¹⁵. Cette question suscite un intérêt dans le cadre de

⁷¹³ Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1955, n°80, p. 198-199.

⁷¹⁴ Kelly M. SLAVITT, "Gabby in Wonderland-Through the Internet Looking Glass", (1998) 80 *J. Pat. & Trademark off. soc'y* 611, 618 (analysant comment les principes de droit des marques et des brevets s'appliquent dans le cyberspace), cité dans D. C. MILLER, préc., note 224, n.b.p. 8, p. 438. Voir aussi, Louis-Pierre GRAVELLE et Jean-François JOURNAULT, « Protection des jeux vidéo: la propriété intellectuelle en mode multijoueur », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol. 357, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 2012, p. 149.

⁷¹⁵ A. ABELLO, préc. note 460.

notre étude, car par syllogisme si le droit de propriété intellectuelle est un droit de propriété et si le droit de *propriété virtuelle* est un droit de propriété intellectuelle alors la *propriété virtuelle* est un droit de propriété. Il s'agit tout d'abord d'exposer les théories en présence.

345. L'évolution de la théorie de la propriété permet d'appréhender la propriété intellectuelle en son sein. En effet, une partie de la doctrine, de plus en plus majoritaire, rattache la propriété intellectuelle à la propriété classique de droit commun en s'appuyant sur la notion de valeur économique à laquelle est assimilé le bien, objet de propriété⁷¹⁶. Certains auteurs, dont le professeur Ejan Mackaay, envisagent d'un point de vue de l'analyse économique de la propriété, la propriété intellectuelle comme « une espèce » de propriété, car « si elle présente certains traits communs avec la propriété classique sur les biens matériels, elle s'en distingue aussi dans ses aspects essentiels »⁷¹⁷. Si la maîtrise est moins directe en matière de propriété intellectuelle qu'en matière de propriété corporelle, on a justement fait observer que « cela tient tout simplement à la nature spécifique de l'objet du droit, laquelle ne devrait pas, en bonne logique, commander sa qualification »⁷¹⁸.

346. On a vu que le droit de propriété classique repose sur la possession d'un support matériel, « physique ». Le droit de propriété intellectuelle a été créé pour protéger les biens immatériels. Par une fiction juridique, l'auteur (créateur d'une œuvre, peu importe son support) devient ainsi « propriétaire » de son œuvre. De vifs débats doctrinaux ont eu lieu en France sur la question de savoir si la propriété intellectuelle est un droit de propriété. Si on compare les caractéristiques du contenu du droit d'auteur avec celles du contenu du droit de propriété, le droit d'auteur pourrait se voir rattacher au droit des biens dans le *Code civil français* plutôt que de s'en détacher en étant prévu par le *Code de la propriété intellectuelle*⁷¹⁹. En effet, dans son article L. 111-1 alinéa 1, le C.P.I. français énonce que « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous »⁷²⁰. Cette formulation, très proche de celle employée dans la *Loi sur le droit d'auteur au Canada*⁷²¹,

⁷¹⁶ Jean-Michel MOUSSERON, « Valeur, bien, droit », dans *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 277, à la page 282.

⁷¹⁷ Ejan MACKAAY, « La propriété intellectuelle et l'innovation - Analyse économique des droits », (2003) 119 *Droit et Patrimoine* 63.

⁷¹⁸ *Id.*

⁷¹⁹ Loi n°2006-961 du 1er août 2006, ci- après citée « C.P.I. ».

⁷²⁰ Art. 31 du C.P.I.

⁷²¹ L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 3. Ci-après citée « L.D.A. ».

permet donc d'y voir un calque sur le droit de propriété comme certains auteurs le font remarquer⁷²². Toutefois, pour d'autres, ce « calque » est imparfait selon la conception que l'on peut avoir du droit de propriété. Par exemple, on a vu que les auteurs se rattachant à une conception économique du droit de propriété envisagent la propriété intellectuelle comme une « espèce » de propriété⁷²³.

347. Le droit d'auteur désigne le droit exclusif de produire ou de reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre sous une forme quelconque. Ce droit comporte le droit d'exécuter une œuvre ou toute partie de cette œuvre. Ainsi, l'auteur semble disposer sur son œuvre des mêmes prérogatives qu'un véritable propriétaire⁷²⁴. En somme, le droit de propriété peut se diviser en deux régimes : le régime de droit de propriété classique et le régime des droits de propriété intellectuelle.

348. Il est important ici de rappeler la distinction traditionnelle entre la propriété classique et la propriété intellectuelle dans le domaine de la *propriété virtuelle*. Certains auteurs assument, sans même se poser les véritables questions en matière de droit de propriété, que puisque la particularité des mondes virtuels est l'expression de création d'objets de valeurs intangibles, ils doivent être entièrement appréhendés à travers les lois de la propriété intellectuelle⁷²⁵, c'est pourquoi on a commencé par exposer dans le chapitre précédent la question de la nature juridique de la *propriété virtuelle* en tant que forme de propriété classique. Cette question se pose inévitablement et elle est la plus controversée sur le sujet.

Puisque les utilisateurs revendiquent un droit de propriété et un droit de propriété intellectuelle sur les objets virtuels, il est intéressant d'analyser la question de la coexistence des droits de propriété intellectuelle et de propriété classique.

⁷²² M. VIVANT (dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, coll. « Le droit en questions », Ellipses, 1997, p. 15.

⁷²³ *Supra*, n° 345.

⁷²⁴ *Supra*, n° 259-274.

⁷²⁵ G. LASTOWKA, préc., note 283, p. 168.

Paragraphe 2. La coexistence des droits de propriété intellectuelle et de propriété classique

349. Les droits de propriété et les droits de propriété intellectuelle ne sont pas incompatibles. On parle ainsi de coexistence entre les droits de propriété intellectuelle et de propriété dite « classique ».

350. Selon le professeur J. Fairfield, les droits de propriété classiques et les droits de 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. »*⁷²⁶

351. 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*⁷²⁷, les utilisateurs n'ont pas mis en cause une quelconque perte de leurs droits de propriété intellectuelle⁷²⁸, l'objet de leur plainte portait sur le fait qu'ils ont souffert d'une confiscation d'objet virtuel de valeur appelant une analyse en matière de droits de propriété. Au contraire, dans l'affaire *Eros LLC. c. Simon*⁷²⁹ dans laquelle 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'auteur⁷³⁰. L'affaire a été réglée à l'amiable devant le juge le 12 mars 2007 et Simon a consenti d'une part de payer la somme de 525 \$ en restitution des bénéfices provenant de la copie non autorisée et de la distribution de la

⁷²⁶ J. FAIRFIELD, préc., note 42, p. 1096.

⁷²⁷ *Bragg v. Linden Research*, préc. note 192.

⁷²⁸ Greg LASTOWKA, préc., note 283, p. 166 et suiv.

⁷²⁹ *Eros LLC and al. c. Simon*, 1:07-cv-04447-SLT-JMA (U. S. District Court N. Y. 2007)

⁷³⁰ Voir aussi l'affaire *Marvel Enterprises, Inc. v. NCSoft Corp.*, No. 04CV9253 (C.D. Ca. Nov. 11, 2004), 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. Voir, en ligne: <<http://www.patentarcade.com/2006/06/case-marvel-ent-v-ncsoft-corp-settled.html>> (site consulté le 4 décembre 2012). Pour un commentaire de cette affaire, voir, G. LASTOWKA, préc., note 283, p. 166-168.

marchandise des plaignants et d'autre part, de signer une entente dans laquelle il s'oblige à cesser ce genre d'activité.

352. Synthèse : Les droits de propriété intellectuelle 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 corporelle⁷³¹. Il s'agit maintenant de vérifier si le droit d'auteur peut s'appliquer à notre matière.

Section 2. L'application du droit d'auteur

353. Dans le chapitre précédent, on a étudié la qualification de l'objet virtuel au regard du droit des biens, la suite logique revient à l'examiner au regard du droit d'auteur, sachant que l'objet virtuel est une représentation graphique (une image) de textes ou de codes informatiques et que par sa nature, le droit d'auteur est un outil permettant de déterminer la titularité de la propriété.

Ainsi, il s'agit de relever les théories relatives à l'application du droit d'auteur sur les objets virtuels (paragraphe 1) afin de justifier l'intérêt d'une qualification de l'objet virtuel en tant qu'« œuvre » (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les théories en présence

354. En matière de *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 transférables⁷³². 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

⁷³¹ G. RIPERT, préc., note 713, n° 90, p. 199.

⁷³² J. FAIRFIELD, préc., note 42, p. 1077.

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. »⁷³³

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 intellectuelles), dans son entier, à la source du bien virtuel⁷³⁴, ce code est source de protection par le droit d'auteur.

355. Certains proposent une analogie entre la *propriété virtuelle* et la propriété intellectuelle, plus précisément le droit d'auteur⁷³⁵ dans le sens où, la *Loi sur le droit d'auteur* au Canada protège les « programmes d'ordinateur »⁷³⁶ comme les logiciels⁷³⁷.

Dans les pays civilistes, les auteurs F. Zenati et T. Revet ont raison de souligner ceci :

« En dehors de ces cadres légaux de protection, aucun autre bien intellectuel n'est reconnu, ce qui est discutable, du moins pour 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 »⁷³⁸.

Normand Tamaro présente, en quelques mots, ce qu'est la *Loi sur le droit d'auteur* :

« 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. »⁷³⁹

Il convient maintenant de se demander si l'objet virtuel peut être défini en tant qu'« œuvre ».

⁷³³ J. FAIRFIELD, préc., note 42, p. 1076.

⁷³⁴ J. FAIRFIELD, préc., note 42, p. 1077.

⁷³⁵ Barry B. SOOKMAN, *Computer, Internet and electronic commerce law*, vol. 1, Looseleaf, Scarborough: Carswell, 2007, p. 3-2.1. cité dans S. H. ABRAMOVITCH et D. L. CUMMINGS, préc., note 107, n.b.p. 28, p. 39.

⁷³⁶ L.D.A., préc., note 721, art. 5(1).

⁷³⁷ S. H. ABRAMOVITCH et D. L. CUMMINGS, préc., note 107, p. 39.

⁷³⁸ F. ZENATI et T. REVET, préc., note 425, n° 33, p. 48 et 49.

⁷³⁹ Normand TAMARO, *Loi sur le droit d'auteur*, 6^e éd., Thomson Carswell, Scarborough, Ontario, 2003, p. 3, cité dans le *Rapport final du projet de recherche présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada*, préc., note 1307, n.b.p. 157, p. 58.

Paragraphe 2. L'objet virtuel en tant qu'œuvre

356. Il s'agit tout d'abord d'expliquer les principes généraux en matière de droit d'auteur (A) pour pouvoir vérifier si l'objet virtuel peut être défini comme une œuvre pouvant prétendre à la protection par le droit d'auteur (B).

A. Les principes généraux du droit d'auteur

357. 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, artistique⁷⁴⁰, programme d'ordinateur⁷⁴¹, compilations⁷⁴². Le droit d'auteur vise également les enregistrements sonores et les signaux de communication (ondes radio)⁷⁴³. Le créateur de l'œuvre est généralement le titulaire du droit d'auteur, sauf exception prévu 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.

358. Le droit d'auteur est défini à l'article 3(1) de la L.D.A. comme « le droit exclusif de produire ou de reproduire une œuvre ou toute partie importante de celle-ci sous quelque forme matérielle que ce soit, d'exécuter cette œuvre ou toute partie importante de celle-ci en public ou, si l'œuvre est inédite, de publier cette œuvre ou toute partie importante de celle-ci ». 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 moraux⁷⁴⁴, 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'anonymat⁷⁴⁵. Il est important de mentionner que la loi prévoit que la cession du droit d'auteur n'emporte pas renonciation automatique des droits moraux⁷⁴⁶; s'ils ne sont pas cessibles, il est toutefois possible d'y renoncer⁷⁴⁷.

⁷⁴⁰ L.D.A., préc., note 721, art. 5.

⁷⁴¹ *Id.*, art. 2.

⁷⁴² *Id.*

⁷⁴³ Office de la propriété intellectuelle du Canada, en ligne: http://www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr03861.html?Open&wt_src=cipo-ip-main (consulté le 31 déc. 2014).

⁷⁴⁴ Voir, Laurent CARRIÈRE, "le droit moral au Canada", présentation lors du colloque *Insight* à Montréal le 24 oct. 1989, en ligne: <<http://www.robic.ca/admin/pdf/24/031-LC.pdf>> (consulté le 15 août 2015).

⁷⁴⁵ L.D.A., préc., note 721, art. 14.1(1).

⁷⁴⁶ *Id.*, art. 14.1(3).

⁷⁴⁷ *Id.*, art. 14.1(2).

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*

359. 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 d'un autre pays signataire⁷⁴⁸ de la Convention de Berne⁷⁴⁹, de la Convention universelle sur le droit d'auteur ou membre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

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.

360. Si on a vu que les objets virtuels sont des objets ayant une valeur économique certaine pouvant être ou non qualifiés de « bien » 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'auteur⁷⁵⁰, être original et son titulaire doit réunir les conditions requises par la L.D.A. comme énoncées plus haut⁷⁵¹. On a vu que les objets

⁷⁴⁸ *Id.*, 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. »

⁷⁴⁹ *Convention de Berne de 1886 relative à la protection des œuvres littéraires et artistiques* (ci-après *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, voir le texte en ligne: <http://www.wipo.int/wipolex/fr/treaties/text.jsp?file_id=283695> (consulté le 14 juillet 2015).

⁷⁵⁰ 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.* », D. C. MILLER, préc., note 224, p. 445.

⁷⁵¹ *Supra*, n° 359.

virtuels sont technologiquement parlant une représentation graphique, une image traduite d'un code source sur l'écran de notre ordinateur⁷⁵².

Il s'agit ici de vérifier si le code source (1) et les images (2) peuvent être des éléments potentiellement visés par le droit d'auteur et d'étudier la définition du critère d'originalité (3).

1. *Le code source : élément visé par le droit d'auteur*

361. L'article 2 de la L.D.A. 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 »⁷⁵³. 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'auteur⁷⁵⁴. 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 littéraire⁷⁵⁵. 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.

2. *Les images ou composantes audiovisuelles*

362. 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

⁷⁵² *Supra*, n° 39.

⁷⁵³ L.D.A., préc., note 721, art. 2. Voir, L.-P. GRAVEL et J.-F. JOURNAULT, préc., note 714, p. 155. M. STEPHENS, préc., note 187, p. 1521.

⁷⁵⁴ La question se posait déjà en 1982 dans l'affaire *Atari, Inc. c. Video Amusement of Canada, Ltd.*, 1982 CF 1100 (C.F.P.I.) citée dans L.-P. GRAVELLE et J.-F. JOURNAULT, *id.*

⁷⁵⁵ *Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp.*, 714 F.2d 1240, 1249 (3d 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." M. STEPHENS, préc., note 187, n.b.p. 61, p. 1521.

par le droit d'auteur⁷⁵⁶. L'affaire *Midway Mfg. Co c. Arctic International inc.*⁷⁵⁷ 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 la loi comme une « série d'images liées »⁷⁵⁸ et pouvait ainsi se voir 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.

363. 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. »⁷⁵⁹

364. 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'auteur⁷⁶⁰, comme pour un personnage de fiction⁷⁶¹. 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 original⁷⁶² comme n'importe quelle œuvre de l'esprit au sens du *Code de la propriété intellectuelle*⁷⁶³ français. Qu'est ce qu'on entend par une œuvre « originale »?

3. Le critère d'originalité

365. 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

⁷⁵⁶ L.-P. GRAVELLE et J-F. JOURNAULT, préc., note 714, p. 155.

⁷⁵⁷ *Midway Mfg. Co c. Arctic International Inc.*, 704 F.2d 1009 (7th Cir. 1983), citée dans L.-P. GRAVELLE et J-F. JOURNAULT, *id.*, p. 155.

⁷⁵⁸ *U.S. Copyright Law*, 17 U.S.C. 2001, n° 101.

⁷⁵⁹ B. B. SOOKMAN, préc., note 735, p. 104 et 105, dans L.-P. GRAVELLE et J-F. JOURNAULT, préc., note 753, p. 156.

⁷⁶⁰ Paul Van Den BULCK, « Le régime juridique des avatars créés dans le cadre des jeux vidéo », (2007) *Propriétés intellectuelles* 279, 280.

⁷⁶¹ Cass. 1^{er} civ., 5 mai 1993, n°91-13664 citée dans *id.*

⁷⁶² A. STROWEL, «La protection des personnages par le droit d'auteur et le droit des marques», in *Droit d'auteur et bandes dessinées, actes du colloque organisé par le centre belge de la bande dessinée*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 37 et s.

⁷⁶³ Article L.112-4 du *Code de la propriété intellectuelle* (ci-après cité «C.P.I.»).

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'oeuvre. Il est intéressant de relever les propos de la Cour suprême dans l'affaire *CCH*⁷⁶⁴, qui a été amenée à analyser la jurisprudence 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 oeuvres 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 oeuvre 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*. »⁷⁶⁵

Selon la Cour suprême, l'oeuvre 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 opinion⁷⁶⁶. 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 »⁷⁶⁷.

366. 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 oeuvre « originale ». On a vu que selon la Cour suprême, l'effort mis pour créer ne suffit plus à rendre une oeuvre originale. La question revient ainsi à se demander si l'objet virtuel est le

⁷⁶⁴ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13 (ci-après « 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 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, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 1, à la page 7 (PDF) (La référence).

⁷⁶⁵ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, préc., note 764, par. 24.

⁷⁶⁶ C. BERGERON, préc., note 764, p. 13.

⁷⁶⁷ *Id.*

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 créé 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.

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 oeuvre*, 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.

367. Toutefois, même si l'utilisateur parvient à prouver que l'objet virtuel qu'il a créé est une oeuvre 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.

Paragraphe 3. La question de la titularité des droits

368. Sous les termes des CLUFs, on a vu que le développeur en général se réserve le droit d'auteur de tout le contenu du monde virtuel⁷⁶⁸. Seul l'auteur de l'oeuvre 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 oeuvre 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

⁷⁶⁸ Exemple des termes et conditions de *Second Life* prévus aux articles 2.1 et 2.4. *Infra*, annexe 2.1.

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 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 L.D.A. 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 (...).

369. 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 Mfg. Co c. Arctic International inc.*⁷⁶⁹, 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.

⁷⁶⁹ *Supra*, n° 399.

370. 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 C.P.I.) et qu'en conséquence ils sont protégés par le droit d'auteur au sens du *Code de la propriété intellectuelle* français⁷⁷⁰. Ainsi, les utilisateurs qui réalisent eux-mêmes, à partir des ressources du jeu, des biens virtuels originaux, peuvent prendre la qualité « d'auteur ».

371. 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 en tant qu'œuvre collective⁷⁷¹ ou en tant qu'œuvre de collaboration⁷⁷², 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 utilisateurs⁷⁷³. 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 disposition⁷⁷⁴. 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'indivision⁷⁷⁵.

372. 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

⁷⁷⁰ Arrêts *Atari et Williams Electronics*, Cour de cassation, Ass. plén., 7 mars 1986, RIDA juillet 1986, p. 134, cité dans Pascal ALIX, « Le droit appliqué aux jeux en ligne (partie 1) », (2009) *Le blog juridique de Pascal Alix – Technologies/ Droit de l'internet*, n.b.p. 5, en ligne : <<http://www.net-iris.fr/blog-juridique/12-pascal-alix/22436/le-droit-applique-aux-jeux-en-ligne-partie-1>> (site consulté le 15 décembre 2012).

⁷⁷¹ 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 physiques. Carine BERNAULT, « Titulaires du droit d'auteur. Règles générales (CPI, art. L. 113-1 à L. 113-7) », dans Jurisclasseur, coll. « Propriété littéraire et artistique », *Objet du droit d'auteur*, Fasc. 1185, LexisNexis France, à jour au 17 mai 2015, en ligne : <www.lexinexis.ca>, n° 61-88 (PDF) (consulté le 02 septembre 2015).

⁷⁷² L'**œuvre de collaboration** est l'œuvre créée de concert par plusieurs personnes. Carine BERNAULT, *id.*, n° 12-60 (PDF).

⁷⁷³ Carine BERNAULT, *id.*

⁷⁷⁴ *Id.*, n° 35 ; C. c. fr., art. 815-3.

⁷⁷⁵ Carine BERNAULT, *id.*

les intérêts des utilisateurs et des développeurs, en soutenant que les jeux vidéo demeuraient des œuvres complexes⁷⁷⁶.

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 »⁷⁷⁷.

373. 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.* »⁷⁷⁸ 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*⁷⁷⁹ 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-auteurs. En tant que co-auteurs, ils se partagent équitablement les droits d'auteurs sur l'œuvre créée en commun.

374. 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.

375. Synthèse : L'objet virtuel étant finalement une représentation graphique d'un code source, et un élément essentiel d'un jeu vidéo de type MMO, faisant partie de séquence d'image affichée à l'écran lorsque le jeu est joué, on peut très bien en déduire qu'il peut être potentiellement visé par le droit d'auteur. En d'autres termes, l'objet virtuel pourrait se voir qualifié comme « œuvre » de l'esprit au sens de la L.D.A. dans l'hypothèse où elle est « originale » c'est-à-dire si l'utilisateur a fait preuve de talent et d'un travail intellectuel dans la

⁷⁷⁶ *SESAM c. SELAFA MJA et M. L.*, C.A. Paris, 20 septembre 2007, Ch. n°3 B, n° 07/01793.

⁷⁷⁷ Cour de cassation, Civ. 1^{ère}, 25 juin 2009, 07-20.387.

⁷⁷⁸ 17 U.S.C. 2001, n° 101.

⁷⁷⁹ 147 F. 3d 195 (2d Cir. 1998), affaire citée dans D. C. MILLER, préc., note 224, n.b.p. 107, p. 458.

création des objets virtuels⁷⁸⁰. Pour autant, les utilisateurs ne seront pas les titulaires du droit d'auteur sur les objets virtuels selon les termes et conditions établis par les développeurs qui s'accordent la propriété intellectuelle sur toutes les œuvres créées dans leur monde virtuel.

⁷⁸⁰ *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, préc., note 764, par. 24.

Conclusion chapitre 3

376. Le droit de propriété englobe le régime des droits de propriété intellectuelle. En effet, si l'objet de la propriété intellectuelle est de nature incorporelle, on retrouve dans son régime les attributs du droit de propriété. 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 par loi et la jurisprudence en droit interne comparé français et québécois 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 respectée⁷⁸¹. 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.

⁷⁸¹ Antoine CHERON, « Un joueur de MMOG peut-il être créateur protégé juridiquement? », (2006), en ligne: <<http://www.acbm-avocats.com/Un-joueur-de-MMOG-peut-il-etre>> (site consulté le 27 février 2013). Voir aussi, H. NSIANGANI, préc., note 19, p. 29.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

377. Les litiges entre les utilisateurs et les développeurs des mondes virtuels sur la question de la propriété de l'objet virtuel sont de plus en plus nombreux, car le nombre de transferts d'objets virtuels ne cesse d'augmenter et de prendre l'ampleur qu'on lui souhaitait lors du début de nos recherches en 2007. Rappelons que les développeurs des mondes virtuels perçoivent un conflit entre leur droit de contrôler le monde virtuel en tant que créateur de ce monde et le droit potentiel de l'utilisateur de disposer ou d'aliéner sa *propriété virtuelle* sur les biens qu'ils ont créés à l'intérieur du monde. Ainsi en règle générale, les développeurs refusent de reconnaître l'existence d'une propriété sur les objets virtuels. Ils estiment seulement concéder aux utilisateurs une licence sur les objets virtuels. Comme le rappelle F. Chênevert : « 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 propriété⁷⁸² (...). Le bien doit être meuble ou immeuble et en même temps soit corporel ou incorporel » selon l'article 899 du C.c.Q. Le développement de réalités immatérielles met à l'épreuve le droit de biens⁷⁸³. On a alors tenté d'analyser le droit des biens existant pour voir s'il pouvait s'adapter analogiquement aux objets virtuels. En d'autres termes, il s'agit de qualifier l'objet virtuel en fonction des notions existantes. On a passé en revue les caractéristiques techniques et juridiques des mondes virtuels pour comprendre son fonctionnement et tenter de donner un sens juridique à l'objet virtuel afin de justifier l'emploi terminologique de « bien virtuel » qu'on lui attribue trop facilement dans la communauté virtuelle. On a analysé les différentes définitions attribuées à un bien par la doctrine, la jurisprudence et différentes législations au fil des ans, pour constater que la notion de bien a évolué dans un sens moderne pour suivre la réalité économique. Le bien peut désormais se définir par sa valeur qui ne se réalise plus seulement par sa matière. Rappelons que le doyen Savatier a été l'un des premiers auteurs à souligner la tendance à la dématérialisation des

⁷⁸² Paul Chênevert prend l'exemple de la quasi-propriété de l'affaire *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918) pour expliquer la conception souple de la propriété en *common law*. P. CHÊNEVERT, préc., note 176, n.b.p. 37, p. 35.

⁷⁸³ Daniel GUTMAN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, les ressources du langage juridique », (1999) 43 *Archives de philosophie du droit* 65.

richesses⁷⁸⁴. Dès le début des années 1960, il notait que « les progrès techniques d'une civilisation juridique plus raffinée apportent (...) des transformations essentielles. *L'abstrait se substitue au concret, en modifiant la substance même des concepts* »⁷⁸⁵. Ces nouveaux biens, nés sous la pression de l'évolution économique, sont pour la plupart des biens complexes et incorporels comme les clientèles, les universalités, les droits intellectuels (etc.)⁷⁸⁶. On a donc pu conclure que l'objet virtuel peut être considéré comme un « bien meuble incorporel » au sens économique et juridique du terme.

378. Ensuite, on s'est concentré sur la notion traditionnelle de la propriété. Le droit de la propriété est fondamental dans tout système économique en tant qu'il permet à son propriétaire d'une part, de bénéficier de l'exclusivité des revenus qui peuvent être obtenus par l'utilisation ou la consommation du bien qu'il a produit, et d'autre part, de définir et négocier les conditions contractuelles dans lesquelles il souhaiterait effectuer un transfert de son titre de propriété⁷⁸⁷. On a procédé à une comparaison des caractéristiques et du contenu, du droit de propriété avec ceux de la *propriété virtuelle* et on a pu conclure, en nous rattachant à la doctrine civiliste classique en matière de droit de propriété, que les éléments caractéristiques de la propriété ne sont pas présents dans les spécificités propres de la *propriété virtuelle*.

379. Rappelons que la question de l'existence et de la titularité de la *propriété virtuelle* dans le cas d'un transfert de bien virtuel entre l'utilisateur et le développeur reste sujet à controverse au niveau doctrinal (économique et juridique) puisque ni la jurisprudence, ni même le législateur en Amérique du Nord et en Europe n'ont eu l'occasion de se prononcer précisément sur la question.

380. Nos différentes analyses tout au long de cette première partie de notre étude, nous ont amené à la conclusion qu'il est juridiquement souhaitable de reconnaître l'existence juridique de la *propriété virtuelle* afin d'obtenir un marché économique viable des mondes virtuels et de protéger en même temps les utilisateurs à l'encontre des termes et conditions des mondes virtuels qui pourraient leur être défavorables et se voir même considérés abusifs par un juge.

⁷⁸⁴ Y. EMERICH, préc., note 423, n° 93, p. 90.

⁷⁸⁵ R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *Revue trimestrielle de droit civil* (1958) 331, cité aussi dans Y. EMERICH, préc., note 423, n.b.p. 337, p. 90.

⁷⁸⁶ Y. EMERICH, préc., note 423, n° 93, p. 90.

⁷⁸⁷ É. T. ALFOLDI, préc., note 366, p. 69.

Depuis plusieurs années, on assiste à une évolution ou rénovation du droit de propriété et on constate une lente transformation de la propriété matérielle vers l'immatérielle. Dans cette perspective, face à un litige de nature internationale entre le développeur et l'utilisateur concernant les transferts d'objets virtuels, le juge pourra être tenté de se tourner vers cette notion de propriété et d'appliquer les règles de conflits de lois en droit international privé des biens.

Si le juge a une conception plus stricte en droit interne des biens et ne veut pas admettre un droit réel sur un objet qui n'existe pas, il pourra se tourner vers le droit de la propriété intellectuelle. En effet, on a conclu que l'objet virtuel pouvait être qualifié « d'œuvre de l'esprit » et se voir protégé notamment par les règles en matière de droit d'auteur. Le juge se trouvera tout de même face à la difficulté de déterminer le titulaire du droit d'auteur en l'absence de jurisprudence à cet effet. Différentes thèses s'affrontent à ce sujet. Ceux qui se rallient autour de la protection des utilisateurs, sont favorables à accorder la protection par le droit d'auteur à l'utilisateur-créateur, en considérant l'objet virtuel comme une œuvre indépendante de son support (le logiciel via lequel il a été créé) et à écarter les termes contractuels qu'ils jugent abusifs. Au contraire, ceux qui prennent le parti des développeurs pensent que le développeur peut faire ce qu'il veut de son monde virtuel et des objets qu'ils contiennent et qu'il faut respecter les termes contractuels entre le développeur et les utilisateurs.

On a étudié une autre thèse que nous préférons pour son équité, en ce qu'elle propose d'accorder la paternité d'un objet virtuel à l'utilisateur qui apporte la preuve de son talent et de son travail intellectuel dans la création de l'objet virtuel. Ce qui sera facile à prouver pour ce dernier, s'il est inscrit à un monde virtuel *sans* script en vertu duquel l'utilisateur a à sa disposition le mode de création par « *crafting* moderne », car d'une part, cela permet de respecter et de prouver plus facilement le critère d'originalité requis par la loi et d'autre part, on respecte ici la théorie de l'attribution de la propriété par l'effort et le travail (Locke). Dans les autres cas, c'est au développeur que reviendrait la titularité des droits d'auteur sur les objets virtuels préexistants ou préprogrammés dans la base de données du monde virtuel.

381. Dans ces hypothèses, le juge devra indéniablement se poser la question de la loi applicable au litige. Cette question se résume comme suit : Est-ce que les règles classiques en droit international privé en matière de droit réel peuvent s'appliquer aux transferts de propriété des biens virtuels et à toutes les questions qui se présentent ou est-il est préférable de se tourner

vers les règles de conflits de lois propres à la propriété intellectuelle? On tentera de répondre à ces questions dans la partie suivante.

PARTIE 2. LA RÈGLE DE CONFLIT APPLICABLE AUX TRANSFERTS DE BIENS VIRTUELS

« La localisation la meilleure d'un rapport juridique est celle qu'indique son objet, s'il en a un. En effet, l'objet matériel d'un rapport juridique, meuble ou immeuble, est le seul de ses éléments qui occupe naturellement une place dans l'espace. »⁷⁸⁸

382. Tout d'abord, il convient de préciser que les règles de conflits applicables dépendent du régime de propriété et du type de transfert que l'on choisit de traiter. Rappelons que notre étude porte principalement sur les transferts de propriété de biens virtuels dans le cyberspace. Du seul fait de la structure de l'Internet dans lequel le monde virtuel prend sa place, les transferts de biens virtuels engendrent nécessairement des conflits de lois d'ordre internationaux⁷⁸⁹. En effet, selon la situation, les transferts de biens virtuels peuvent se faire entre le développeur et les utilisateurs, ou les utilisateurs entre eux. Chacun des acteurs des mondes virtuels peut se trouver physiquement d'un côté ou de l'autre de la planète pour se rencontrer dans le monde virtuel par le biais de leurs avatars. Les litiges interviennent le plus souvent entre les différents intervenants des mondes virtuels relativement à la nature du droit du bien virtuel, chacun revendiquant un droit de propriété sur ces biens virtuels.

Puisque le législateur n'a pas encore réglementé les « biens virtuels » nous laissant un vide juridique quant à leurs statuts juridiques et leurs effets dans le monde réel, on a fait l'exercice de les qualifier juridiquement dans la première partie de notre étude pour nous permettre maintenant d'étudier les questions de droit international privé soulevées par notre matière. On a vu que la doctrine est controversée quant à la reconnaissance de la *propriété virtuelle* via la

⁷⁸⁸ H. BATTIFOL et P. LAGARDE, préc., note 420.

⁷⁸⁹ Dominique BUREAU et Horatia MUIR-WATT, *Droit international privé*, 3^e éd., t. 2, coll. « Thémis droit », Partie spéciale, Paris, Presses Universitaires de France, 2007, n° 1016, p. 412 et 413.

propriété classique relevant du « statut réel »⁷⁹⁰ ou la propriété intellectuelle. Pour ne laisser de côté aucune hypothèse, il convient d'analyser les règles classiques de conflit de lois relatives aux statuts réels afin de vérifier si elles sont susceptibles d'application en matière de transfert de biens virtuels ou s'il s'agit de les adapter aux spécificités de cette matière. Dans cette recherche de concrétisation de la règle de conflit, nous allons entrevoir des difficultés à trouver des facteurs de rattachement, car le cyberspace engendre nécessairement des problèmes de localisation inhérents à ses spécificités propres.

383. Tout d'abord, il est important d'identifier les différents conflits de lois inhérents au phénomène des transferts des biens virtuels (chapitre préliminaire) pour justifier l'étude des règles de conflits relatives au statut réel (chapitre 1). Nous verrons que l'application de ces règles n'est pas la meilleure solution à adopter pour régler les conflits de lois à cause des spécificités de la matière (chapitre 2) et qu'il est dès lors préférable de se tourner vers l'application des règles de conflit en propriété intellectuelle dans le but de résoudre les conflits de lois en présence (chapitre 3).

⁷⁹⁰ Selon T. Vignal : « le statut réel désigne, dans la terminologie classique, le sort réservé à tel ou tel bien, meuble ou immeuble, par des règles de conflits de lois. ». L'appellation « bien » est donc plus généralement employée. Thierry VIGNAL, *Droit international privé*, 2^e éd., Éditions Sirey, 2011, n° 371, p. 221.

Chapitre préliminaire. L'identification des conflits de lois en présence

384. Dans le cadre de notre étude, on a choisi de nous concentrer sur les questions relatives aux conflits de lois c'est-à-dire au « problème naissant du fait qu'une question de droit présente des liens avec plusieurs États (plus généralement plusieurs systèmes ou ordres juridiques) à résoudre par le choix de la loi qui lui est applicable »⁷⁹¹. Ainsi, on est en présence d'un conflit de lois à trois conditions cumulatives. Premièrement, si les deux lois applicables à la question de droit n'appartiennent pas au même ordre juridique (par exemple : deux ordres provinciaux ou deux ordres nationaux différents). Deuxièmement, si les deux lois attribuent des responsabilités différentes. Troisièmement, si les deux lois veulent s'appliquer à la même situation; il ne s'agit pas ici d'une différence théorique, mais d'une différence concrète.

385. En l'espèce, il s'agit de rappeler qu'on se pose la question de savoir quelle est la loi applicable aux transferts de biens virtuels d'une part, entre le développeur des mondes virtuels et ses utilisateurs et d'autre part, entre les utilisateurs eux-mêmes.

386. En droit international privé des biens, la détermination de la loi applicable n'est pas simple. Les règles classiques de rattachement prévues dans le *Code civil du Québec* en matière de bien corporel se traduisent en matière de droit réel comme le lieu de situation du bien ou en matière contractuelle comme le lieu de résidence du vendeur ou de l'acheteur si les conditions prévues par l'art. 3114 C.c.Q. sont respectées⁷⁹². Selon les circonstances, le juge devra choisir entre les lois en conflits, soit la loi réelle et la loi contractuelle applicable au litige, afin de déterminer si l'utilisateur a ou non un droit de propriété sur le bien virtuel, et donc s'il sera ou non indemnisé dans cette situation.

Il va s'agir tout au long du développement de cette seconde partie de déterminer si les règles classiques de rattachement en matière de bien corporel sont ou non compatibles en matière de transferts de biens virtuels.

⁷⁹¹ Gérard CORNU (DIR.) ET ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, Quadridge/PUF, 2007, p. 204.

⁷⁹² C.c.Q., art. 3114 : « (...) Toutefois, la vente est régie par la loi de l'État où l'acheteur avait sa résidence ou son établissement, au moment de la conclusion du contrat, dans l'un ou l'autre des cas suivants: 1^o Des négociations ont été menées et le contrat a été conclu dans cet État; 2^o Le contrat prévoit expressément que l'obligation de délivrance doit être exécutée dans cet État; 3^o Le contrat est conclu sous les conditions fixées principalement par l'acheteur, en réponse à un appel d'offres. »

387. Différents types de rapports juridiques peuvent unir les développeurs et les utilisateurs ou les utilisateurs entre eux à l'extérieur et à l'intérieur des mondes virtuels dans le cadre de leurs différentes activités en relation avec les biens virtuels. Ces rapports juridiques peuvent engendrer des conflits de lois puisque d'une part, les acteurs des mondes virtuels peuvent se trouver physiquement dans différents pays, et d'autre part, parce que leurs activités se déroulent dans l'environnement virtuel du cyberspace. Ainsi, il s'agit ici d'étudier les conflits de lois entre les utilisateurs (section 1) et ceux entre les utilisateurs et le développeur (section 2) dans le cadre des transferts de biens virtuels.

Section 1. Les conflits de lois entre les utilisateurs

388. Les conflits de lois entre utilisateurs peuvent survenir dans le cadre de leurs rapports contractuels (paragraphe 1) et extracontractuels (paragraphe 2) à l'intérieur ou à l'extérieur des mondes virtuels.

Paragraphe 1. Rapports contractuels entre les utilisateurs

389. Il convient de rappeler que certains mondes virtuels comme *Second Life* autorisent les utilisateurs à acheter, vendre et louer des biens ou des terres virtuelles ou même des niveaux de jeux. Plusieurs entreprises ont des magasins au sein des mondes virtuels et y vendent leurs produits. Les mondes virtuels ne sont donc pas seulement des jeux, mais des environnements dans lesquels les individus entretiennent des relations contractuelles de toutes sortes telles que des contrats de service, de bail, de vente et même de représentation. Certains contrats comme la vente ou le bail pourront développer des effets juridiques en dehors du monde virtuel dans la mesure où les biens virtuels se voient reconnaître un statut juridique en tant que biens et que l'existence juridique de la *propriété virtuelle* s'ensuit.

À l'opposé, d'autres mondes virtuels interdisent dans leurs termes et conditions les transactions de biens virtuels entre les utilisateurs, car les développeurs préfèrent contrôler les échanges et l'argent qui circule au sein de leurs mondes virtuels⁷⁹³.

⁷⁹³ Exemple des termes et conditions du monde virtuel *World of Warcraft*. *Infra*, annexe 2.2.

Paragraphe 2. Rapports extracontractuels entre utilisateurs

390. Différents rapports sociaux se développent au sein des mondes virtuels par le biais des avatars que ce soit par le clavardage ou par la voix. On a vu que des individus peuvent créer de forts liens affectifs et décider de se marier dans le monde virtuel. Des communautés peuvent se former autour d'une mission ou d'une quête dans le but de combattre un clan ennemi. On a pu relever bon nombre de vols de biens virtuels et de fraudes au sein du monde virtuel et à l'extérieur.

391. Actuellement, des clauses contractuelles prévues dans le *contrat de licence d'utilisateur final* (CLUF) couvrent des situations extracontractuelles. Si le développeur ne s'oblige pas à remédier aux conflits intervenants entre les utilisateurs, il prévoit tout de même la possibilité d'intervenir et des mesures disciplinaires à l'encontre d'un avatar et de son utilisateur qui aurait, par exemple, un comportement violent contre un autre avatar au sein du jeu⁷⁹⁴. Le compte utilisateur en cause peut se voir suspendu pendant une période donnée et l'utilisateur peut même se voir confisquer « ses » biens virtuels par l'annulation de son compte de jeu⁷⁹⁵. Ces mesures disciplinaires ne suffisent pas toujours à prévenir ou à faire cesser le mauvais comportement de certains utilisateurs. Ainsi, les utilisateurs qui en seraient victimes peuvent faire appel aux règles de droit national et de droit international privé pour tenter d'obtenir réparation. La question qui se pose actuellement au sein des postes de police et des tribunaux dans de nombreux pays est de savoir s'il existe juridiquement une véritable atteinte à l'encontre des utilisateurs en cas de vol ou de fraudes de biens virtuels par un autre utilisateur. La réponse à cette question n'est pas la même selon les tribunaux des différents pays et leur volonté de reconnaître ou non l'existence de la *propriété virtuelle*. En effet, aussi bien dans leurs rapports contractuels qu'extracontractuels entre les utilisateurs et les développeurs, la question de l'existence de la *propriété virtuelle* est la source des litiges.

⁷⁹⁴ *Infra*, annexe 2.1, *Second Life*, terms of services, art. 6; *Infra*, annexe 2.2, *WoW*, terms of services, art. 10-B.ii.

⁷⁹⁵ *Id.*

Section 2. Les conflits de lois entre le développeur et les utilisateurs

392. On a vu dans la première partie que les litiges entre le développeur et les utilisateurs sont au coeur de notre problématique relative à l'existence de la propriété des biens virtuels. On a pu relever plusieurs actions en justice principalement aux États-Unis provenant des utilisateurs à l'encontre des développeurs des mondes virtuels pour violation de leur *propriété virtuelle*⁷⁹⁶. Les relations entre les développeurs et les utilisateurs peuvent être de nature contractuelle (paragraphe 1) et également de nature extracontractuelle (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Rapports contractuels entre le développeur et les utilisateurs

393. Les rapports contractuels entre le développeur et les utilisateurs concernent les conflits de lois relatifs aux transferts de biens virtuels puisque la majorité des développeurs nient toutes sortes de propriétés des biens virtuels aux utilisateurs dans les termes des CLUFs. Les utilisateurs souhaitant accéder au monde virtuel n'ont pas d'autre choix que de signer ces CLUFs, la plupart d'entre eux ne prenant pas le temps de les lire ou bien de comprendre leurs incidences, la question se pose ici de savoir si les termes des CLUFs relatives à l'attribution de la propriété peuvent être remis en cause par les tribunaux. En effet, cette question est légitime, car certains termes du CLUFs et notamment ceux relatifs à la propriété se posent relativement à la protection du consommateur. Il s'agit ici d'identifier la cause des conflits entre le développeur et les utilisateurs, pour ce faire, il s'agit d'abord de démontrer que la rédaction de certaines clauses de CLUF est nettement défavorable aux utilisateurs (A) en prenant certains exemples de clauses insérés dans CLUFs des mondes virtuels *Second Life* et *World of Warcraft* (B).

A. La rédaction des CLUFs au profit des développeurs

394. Actuellement, les mondes virtuels sont largement gouvernés par les CLUFs rédigés par les développeurs. Comme la plupart des contrats de consommation, les CLUFs ne sont pas négociables. Les utilisateurs ont seulement le choix d'accepter ou de refuser les termes de ces contrats. De manière générale les CLUFs encadrent aussi bien les aspects relatifs à l'utilisation du logiciel que ceux de gouvernance du monde virtuel, des règles de conduite, des dispositions

⁷⁹⁶ *Supra*, n° 93.

de ruptures du contrat et de non-responsabilité, par exemple, en prévoyant qu'ils peuvent mettre fin au monde virtuel à n'importe quel moment sans engager leurs responsabilités vis-à-vis des utilisateurs⁷⁹⁷. Ils incluent également des clauses d'élection de *for* et d'arbitrage⁷⁹⁸ et des clauses de modifications de contrat à la seule discrétion du développeur, certaines clauses ne laissent aucun choix à l'utilisateur d'accepter ou d'arrêter le jeu suite à la modification⁷⁹⁹. Enfin, certaines clauses encadrent la « propriété » de tout le contenu du monde virtuel (incluant les biens virtuels) et elles affirment, en principe, que le développeur du monde virtuel en sera le seul titulaire⁸⁰⁰. Dans ce sens, il y est énoncé que les utilisateurs n'ont aucun droit de propriété relativement aux biens virtuels qu'ils construisent ou créent par eux-mêmes ou en utilisant les outils de création mis à leur disposition dans le monde virtuel⁸⁰¹. Ces contrats ne se ressemblent pas tous, leurs termes sont adaptés en fonction des spécificités du monde virtuel qu'ils gouvernent, mais la majorité de leurs clauses contractuelles, sauf exception, ont pour effet de déclarer un droit de propriété.

395. Dans le but d'analyser, en pratique, ces clauses d'attribution de propriété, prenons l'exemple des CLUFs prévus par deux types de mondes virtuels, souvent cités au cours de nos développements, le premier étant un monde virtuel avec *script* dit « fermé »⁸⁰² comme *World of Warcraft* et le second, un monde virtuel sans *script* dit « ouvert » comme *Second Life*.

B. L'exemple des CLUFs de *World of Warcraft* et de *Second Life*

396. Il est généralement établi que l'utilisation du logiciel d'un monde virtuel avec ou sans *script* se fait sous « licence ». Dans le contexte commercial actuel, par la conclusion d'un contrat de licence, le « concédant » (le développeur) octroi au « licencié » (l'utilisateur) un droit d'utilisation du logiciel, pour une période déterminée ou non, selon des conditions énoncées

⁷⁹⁷ *Infra*, annexe 2.1, *Second Life, terms of services*, art. 5; *Infra*, annexe 2.2, *WoW, terms of services*, art. 10-B.ii.

⁷⁹⁸ *Infra*, annexe 2.1, *id.*, art. 10; *infra*, annexe 2.2., *id.*, art. 11, 12.

⁷⁹⁹ Si cette clause n'est pas favorable pour les consommateurs, elle a été jugée légale dans plusieurs arrêts de jurisprudence aux États-Unis comme *ProCD v. Zeidenberg* 86 F3d 1447 (7th Cir 1996) et *Groff v. America Online, Inc (AOL)* 1998 WL 307001 (RI Super May 27 1998). Voir aussi, Wian ERLANK, *Property In Virtual Worlds*, thèse de doctorat, Stellenbosch, Université de Stellenbosch, 2012, p. 100, en ligne:

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216481> (site consulté le 18 septembre 2014).

⁸⁰⁰ *Infra*, annexe 2.1, *Second Life, terms of services*, art. 2; *Infra*, annexe 2.2, *WoW, terms of services*, art. 2.

⁸⁰¹ J. FAIRFIELD, préc., note 42, p. 1082; Michael PASSMAN, «Transactions of Virtual Items in Virtual Worlds», (2008) 18 *Albany Law Journal of Science and Technology* 259, 263.

⁸⁰² *Infra*, n° 33.

spécifiquement. À défaut de stipulation expresse, ce qui est rare en pratique, il sera fait référence à la *Loi sur le droit d'auteur*⁸⁰³ en tant que droit supplétif pour évaluer les limites de ce droit d'utilisation. À priori, ce genre de contrat ne relève pas à proprement parler d'une catégorie de contrat nommé prévu par le *Code civil du Québec*. Pourtant, bien que critiquée par une partie de la doctrine⁸⁰⁴, la jurisprudence québécoise s'est convaincue dans l'affaire *Unicel Inc.*⁸⁰⁵ qu'une licence de logiciel est une forme de contrat *sui generis* devant être interprétée en fonction de certaines dispositions concernant le louage prévues par le C.c.Q.

Dans les mondes virtuels avec *script*, comme *World of Warcraft*, il est précisé que les utilisateurs bénéficient d'une licence limitée, révocable, non transférable, non sous licenciable, non exclusive et un droit d'installer le logiciel pour une utilisation personnelle et non commerciale⁸⁰⁶.

Dans les mondes virtuels sans *scripts*, la situation est plus floue, mais les développeurs comme *Linden Lab* tentent de renforcer leur contrôle sans nuire à leur modèle économique en établissant qu'il s'agit seulement d'une licence d'utilisation non transférable, non exclusive, non sous licenciable, révocable permettant l'utilisation d'un service⁸⁰⁷. De plus, dans ce type de monde virtuel, les développeurs ont tendance à établir que les utilisateurs qui créent des objets et les mettent en ligne donnent aux développeurs une licence non exclusive⁸⁰⁸, sans redevance, sous licenciable et transférable afin d'user, de reproduire, de distribuer (etc.) cet objet.

397. Cette forme de contrat de licence a évidemment des conséquences sur la question de la propriété du contenu du monde virtuel et sur la commercialisation des objets virtuels qui le composent. Depuis l'existence de *World of Warcraft*, son développeur *Blizzard* n'a jamais accordé aucun droit de *propriété virtuelle* aux utilisateurs, la raison principale en est la

⁸⁰³ L.D.A., préc., note 721.

⁸⁰⁴ Michel A. SOLIS et Sébastien LAPOINTE, « Réflexions sur l'application des garanties aux logiciels en droit civil québécois », (Automne 1999) 59-2 *La Revue du Barreau du Québec* 393, p. 406, en ligne :

<<https://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/revue/1999-tome-59-2-p393.pdf>> (consulté le 10 août 2015).

⁸⁰⁵ *Unicel Inc. c. Contalitec Informatique Inc.*, [1994] J.E. 94-1910 (C.Q.).

⁸⁰⁶ *Infra*, annexe 2.2, *WoW, terms of services*, art. D-i.4. Voir aussi pour le monde virtuel *Everquest*, en ligne: <http://eq2.mondespersistants.com/faq/infos-pratiques-et-techniques-pour-jouer-a-everquest2:32/#question_176> (site consulté le 20 mai 2013).

⁸⁰⁷ *Infra*, annexe 2.1, *Second Life, terms of services*, art. 2.2.

⁸⁰⁸ Rappelons qu'une « licence non exclusive » confère au titulaire le droit d'utiliser l'œuvre protégée. Cependant, il permet au concédant de non seulement utiliser l'œuvre lui-même, mais aussi à céder ce droit à d'autres personnes. Les développeurs tentent ainsi de garder la mainmise sur la création des objets virtuels des utilisateurs.

sauvegarde de ses intérêts économiques. En effet, les profits de *Blizzard* proviennent essentiellement des frais mensuels d'inscription des utilisateurs et de la vente d'objets virtuels aux utilisateurs. Ainsi, en contrôlant les droits de propriété au sein du monde virtuel et en interdisant aux utilisateurs de vendre leurs objets virtuels à d'autres utilisateurs *Blizzard* tend à se protéger contre les effets négatifs du commerce extérieur prétendument illégal des objets virtuels sur ses revenus⁸⁰⁹. La règle générale des mondes virtuels *avec* script est donc de ne pas reconnaître la propriété des biens virtuels aux utilisateurs en estimant que tout le contenu du monde virtuel est propriété du développeur et est également protégé par les droits de la propriété intellectuelle. Au contraire, avant 2010, *Linden Lab*, le développeur de *Second Life*, donnait à ses utilisateurs « l'illusion »⁸¹⁰ d'être propriétaires des biens virtuels acquis ou créés au sein du monde virtuel puisque son but premier était d'amener le maximum de participants à socialiser. Si *Second Life* était avant tout un monde virtuel ressemblant à un réseau social, son commerce intérieur s'est rapidement développé, car les utilisateurs ont voulu tirer profit de « leurs droits de propriété » sur les objets virtuels créés ou transférés. Ainsi, *Linden Lab* a décidé de modifier unilatéralement ses termes et conditions en 2010 afin de restreindre « l'effet » des droits de *propriété virtuelle* dans le monde virtuel⁸¹¹ et de limiter ainsi sa responsabilité vis-à-vis des utilisateurs. Comme on l'a fait remarquer plus tôt dans nos développements⁸¹², ce changement important quant à la question de la propriété dans les CLUFs de *Second Life* a été remis en cause par les utilisateurs dans l'affaire *Evans*⁸¹³ qui ont perdu des objets virtuels à la suite de la suppression de leurs comptes utilisateurs. Ils ont en quelque sorte eu gain de cause, car la Cour leur a permis de continuer leur poursuite, et ceci a « forcé » *Linden Lab* à demander un règlement hors cours pour indemniser les plaignants.

398. Selon les termes du CLUF de *World of Warcraft*, lorsque les utilisateurs acceptent les termes du CLUF, ils renoncent à leur droit et à une quelconque revendication de droit de

⁸⁰⁹ W. ERLANK, préc., note 799, p. 104.

⁸¹⁰ *Id.*, p. 102.

⁸¹¹ En effet, depuis la rédaction de notre thèse, les termes des CLUFs de *Second Life* ont beaucoup changé relativement à la reconnaissance de la propriété virtuelle et l'attribution de cette propriété aux utilisateurs. Avant 2010, on trouvait cette clause : « Les créations de *Second Life* sont juridiquement la propriété de leurs auteurs et sont protégées par les licences Creative Commons (une licence alternative au copyright). Les programmeurs et artistes peuvent partager leurs créations avec les autres créateurs afin qu'elles soient enrichies et améliorées.» En ligne, <<http://secondlife.com/corporate/tos.php>> (site consulté en septembre 2009).

⁸¹² *Supra*, n° 93-96.

⁸¹³ Affaire *Evans*, préc., note 193.

propriété ou d'auteur⁸¹⁴. Comme la plupart des CLUFs le prévoient, les droits de *propriété virtuelle* sont alloués aux propriétaires du monde virtuel qui ne permettent pas aux utilisateurs de transférer leurs biens virtuels pour de l'argent réel⁸¹⁵. Il est clairement indiqué que le développeur accorde à l'utilisateur une « licence limitée et non exclusive d'installer le logiciel de jeu »⁸¹⁶. En conséquence, l'utilisateur n'est pas autorisé à vendre ou transférer des reproductions du jeu à d'autres parties, sauf si on le lui permet expressément.

399. Il est intéressant de relever certains termes de l'article 2 du CLUF du monde virtuel *World of Warcraft* relatif à la propriété :

« A. Blizzard is the owner or licensee of all right, title, and interest in and to the Battle.net Client, Battle.net, the Games, Accounts, and all of the features and components thereof. Battle.net and the Games may contain materials licensed by third-parties to Blizzard, and these third-parties may enforce their ownership rights against you in the event that you violate this Agreement. The following components of Battle.net and/or the Games, are owned or licensed by Blizzard:

- i. All virtual content appearing within Battle.net or the Games, such as:
 1. **Visual Components:** Locations, artwork, structural or landscape designs, animations, and audio-visual effects;
 2. **Narrations :** Themes, concepts, stories, and storylines;
 3. **Characters:** The names, likenesses, inventories, and catch phrases of Game characters;
 4. **Items :** Virtual goods, currency, potions, wearable items, pets, mounts, etc.; (...) »⁸¹⁷

400. Bien que les développeurs essaient au maximum de contrôler et de réglementer la propriété dans leurs relations avec les utilisateurs, ils ne peuvent forcer un tiers non lié par le CLUF à respecter leurs termes, c'est la raison pour laquelle des compagnies de courtage et de « fermiers » appelés aussi « *gold farmers* »⁸¹⁸ existent et développent un commerce de biens virtuels des plus florissants à l'extérieur des mondes virtuels. Bien que les développeurs qualifient de « marché noir » ces commerces extérieurs et les interdisent à leurs utilisateurs, ils n'ont en fait rien d'illégal. En effet, il a été établi dans l'affaire *Webzen v. Itembay* que les

⁸¹⁴ *Infra*, annexe 2.2, *WoW*, terms of services, art. 1-D.4.

⁸¹⁵ Ross A. DANNENBERG, Steve MORTINGER, Roxanne CHRIST, Chrissie SCELSE et Farnaz ALEMI, *Computer Games and Virtual Worlds : A New Frontier in Intellectual Property Law*, American Bar Association, Section of Intellectual Property Law, 2010, p. 16; J. FAIRFIELD, préc., note 42, p. 1082-1084.

⁸¹⁶ *Infra*, annexe 2.2, *WoW*, terms of services, art. 1.

⁸¹⁷ *Id.*, art. 2.

⁸¹⁸ *Supra*, n.b.p. 218.

entreprises de courtage et les « fermiers » ne sont pas liés par les CLUFs contrairement aux utilisateurs qui emploient les services de ces entreprises⁸¹⁹.

401. On a vu que depuis 2010, *Linden Lab*, le développeur de *Second Life* n'accorde plus aucune propriété des objets virtuels créés ou acquis aux utilisateurs⁸²⁰. Il semble même nier toutes questions de propriété réelle sur les biens virtuels. En effet, *Linden Lab* énonce qu'il est un fournisseur de service qui permet à ses utilisateurs d'interagir en ligne⁸²¹ et il précise que ce service peut à tout moment être sujet à changement ou supprimé sans compensation⁸²². *Linden Lab* décline sa responsabilité en cas d'interruption de service ou de perte de donnée du serveur et il précise clairement que l'utilisateur n'est pas propriétaire du serveur⁸²³.

402. *Linden Lab* prévoit également que lorsque l'utilisateur « acquiert » un terrain virtuel, il n'obtient finalement qu'une « licence limitée » pour accéder et utiliser le service qu'il propose associé à ce terrain virtuel enregistré dans les serveurs appartenant à *Linden Lab*⁸²⁴ et ceci ne constitue pas un droit de propriété réel ou un bien immobilier et ne peut être remboursé ou racheté par argent par *Linden Lab*⁸²⁵. Bien que le développeur de *Second Life* ne reconnaisse pas l'existence d'un droit de propriété aux utilisateurs sur leurs terrains virtuels, il leur permet d'une part, de transférer des terrains ou biens virtuels à d'autres utilisateurs contre de l'argent,

⁸¹⁹ *Webzen v. Itembay*, District Court of Western Seoul, 26 December 2002. W. Erlank rappelle les faits de l'affaire: "a developer tried to force a company that catered for the real world sale and exchange of virtual items to stop providing the services because they were allegedly infringing on the developer's rights. The court found that because the external company was not a party to the EULA and only provided a service operating outside the virtual world, the company was not bound by law to the contract and could continue to provide the service. As a consequence, the company's provision of a service outside of the virtual world was not illegal". W. ERLANK, préc., note 799, p. 112.

⁸²⁰ Avant 2010, on trouvait les termes et conditions suivants relativement à la propriété: « Les créations de *Second Life* sont juridiquement la propriété de leurs auteurs et sont protégées par les licences *Creatives Commons* (une licence alternative au *copyright*). Les programmeurs et artistes peuvent partager leurs créations avec les autres créateurs afin qu'elles soient enrichies et améliorées. »

⁸²¹ *Id.*, annexe 2.1, *Second Life*, *terms of services*, art. 1.4.

⁸²² *Id.*, art. 1.5

⁸²³ *Id.*, art. 1.5 al. 2.

⁸²⁴ *Id.*, art. 4.8 al. 2:

⁸²⁵ *Id.*, art. 4.8 al. 4: "You acknowledge that *Virtual Land* is a limited license right and **is not a real property right or actual real estate**, and it is not redeemable for any sum of money from *Linden Lab*. You acknowledge that the use of the words "**Buy**," "**Sell**" and similar terms carry the same meaning of referring to the transfer of the **Virtual Land License** as they do with respect to the *Linden Dollar License*. You agree that *Linden Lab* has the right to manage, regulate, control, modify and/or eliminate such *Virtual Land* as it sees fit and that *Linden Lab* shall have no liability to you based on its exercise of such right. (...)" (les caractères gras ont été ajoutés par nos soins).

et d'autre part, de contrôler l'accès et l'usage des biens virtuels face aux autres utilisateurs⁸²⁶. Selon certains, ces pouvoirs accordés aux utilisateurs ressemblent fortement aux fonctions de la propriété telle qu'on la connaît dans le monde réel⁸²⁷. On pourrait plutôt y voir un droit d'usage contractuel ou un bail.

Paragraphe 2. Rapports extracontractuels entre le développeur et les utilisateurs

403. Les rapports extracontractuels entre le développeur et les utilisateurs prennent naissance principalement en matière de responsabilité. Il convient de préciser que l'hypothèse de la responsabilité des développeurs envers les utilisateurs concernant les biens virtuels est intimement liée à celle de la reconnaissance de la *propriété virtuelle*. En effet, un utilisateur qui veut engager la responsabilité du développeur en cas de confiscation ou de perte de ses biens virtuels au sein du monde virtuel pour cause de bogue informatique⁸²⁸, de fin de jeu ou de mesures disciplinaires de la part du développeur, ne pourrait avoir gain de cause si la propriété des biens virtuels n'existe pas ou ne lui est auparavant pas attribuée.

404. L'affaire *Li Hongchen*⁸²⁹, étudiée précédemment⁸³⁰, est ici un bon exemple à rappeler. Un utilisateur demandait au développeur de le compenser pour le dommage résultant de la perte de ses objets virtuels à la suite d'un vol de ces mêmes objets par un autre utilisateur. Le développeur a refusé de réparer son préjudice en disant qu'il n'était pas responsable. L'utilisateur victime a porté l'affaire devant la Cour de Beijing qui lui a donné raison et a été condamné le développeur à restituer les objets virtuels volés à l'utilisateur sur le fondement que le développeur était responsable de négligence dans la protection de serveurs et des données qui s'y trouvaient. Selon cette jurisprudence, les développeurs du monde virtuel auraient une responsabilité envers les utilisateurs, en tant que « gardien » des biens virtuels, même si les termes et conditions du jeu rejettent explicitement toute responsabilité.

⁸²⁶ *Id.*, art. 4.8 al. 2 et 3.

⁸²⁷ W. ERLANK, préc., note 799, p. 114 et 115.

⁸²⁸ H. NSIANGANI, préc., note 19, p. 39-44.

⁸²⁹ *Li Hongchen v. Beijing Arctic Ice Technology Development Co.*, préc., n.b.p. 206.

⁸³⁰ *Supra*, n° 97.

405. Synthèse : En conclusion, les développeurs des mondes virtuels les plus connus et peuplés d'utilisateurs essaient de nier l'existence d'une *propriété virtuelle* aux utilisateurs dans leurs CLUFs en leur accordant une licence limitée d'utiliser le monde virtuel afin de restreindre au maximum leur responsabilité. Cependant, bien que les utilisateurs/consommateurs aient signé les CLUFs, lorsque ces derniers se retrouvent lésés par une ou plusieurs de ses clauses, par exemple, en cas de suppression de leurs comptes et donc de perte de leurs biens virtuels, ils vont souvent s'adresser aux tribunaux pour plaider l'annulation de ces clauses abusives au regard du droit de la consommation et la violation de leurs droits de propriété. Ainsi, les utilisateurs espéreront obtenir une restitution de leurs biens ou une compensation en argent du développeur en cause, comme ce fut le cas dans les affaires *Bragg*⁸³¹ et *Evans*⁸³². Il nous tarde de connaître la position des tribunaux sur la question de la reconnaissance de la *propriété virtuelle* et de sa titularité, car, pour le moment, les développeurs réussissent à régler à l'amiable les plaintes des utilisateurs, nous laissant sans précédent jurisprudentiel sur cette question.

⁸³¹ *Bragg v. Linden Research*, préc., note 192.

⁸³² *Evans et al. v. Linden Research, Inc*, préc., note 193. Dans le cadre d'un règlement hors cours, les utilisateurs ont eu gain de cause puisque *Linden Lab* a accordé le paiement des sommes demandés par les utilisateurs en remboursement de l'argent et des biens virtuels qui leur ont été confisqués par *Linden Lab*.

Conclusion du chapitre préliminaire

406. Au terme de ces développements préliminaires, on a pu identifier les différents conflits de lois entre les développeurs et les utilisateurs, dans leurs rapports contractuels et extracontractuels concernant les biens virtuels. Il conviendra dans un premier chapitre d'étudier les règles classiques de droit international privé qui prévoit des règles de conflits de lois en droit des biens. Il s'agira de vérifier si ces dernières peuvent s'appliquer aux conflits de lois en présence dans les situations de transferts de biens virtuels ou s'il convient plutôt de faire preuve d'imagination pour tenter de les adapter aux particularités de notre matière. En règle générale, l'adaptation des règles existantes à des situations modernes est une méthode plus couramment utilisée en jurisprudence et en doctrine face à une situation nouvelle non prévue dans la législation, il s'agira donc d'examiner si cette règle générale peut s'appliquer aux situations de transferts de biens virtuels prenant place dans le cyberspace entre différents intervenants.

Chapitre 1. La règle de conflit de lois applicable aux biens

407. Classiquement, il est unanimement reconnu que les biens corporels, ou autrement dit, les droits réels portant sur les choses matérielles sont régis par la loi de leur situation (*lex rei sitae* ou *lex situs*). Ce principe respecte ainsi le « principe de proximité », généralement admis, selon lequel un rapport de droit doit être régi par la loi du pays qui entretient les liens les plus étroits⁸³³. Le droit international privé s'intéresse moins aux biens incorporels alors qu'ils posent également des problèmes sérieux de conflits de lois. En matière de biens virtuels, aucune règle de conflit spécifique n'est prévue. Il est donc nécessaire d'une part, de procéder à l'examen des règles classiques de conflits de lois pour déterminer la loi applicable aux biens corporels et aux biens incorporels (section 1) et d'autre part, de vérifier s'il est possible de rattacher les biens virtuels à une des règles de conflit existantes en délimitant le champ d'application de la règle de principe en droit international privé des biens (section 2).

Section 1. La détermination de la loi applicable aux biens

408. Tout d'abord, notons que pour qualifier une « chose » en un bien, objet de droit réel, on doit se tourner vers la loi réelle. C'est donc la loi réelle qui détermine l'existence même du droit réel. L'article 3078 C.c.Q. prévoit que « la qualification des biens, comme meubles ou immeubles, est demandée à la loi du lieu de leur situation ». En droit québécois, avant de savoir si le juge doit utiliser une règle de conflit qui touche les meubles ou les immeubles, il doit qualifier le bien d'après le droit du lieu de situation du bien, et non pas le droit québécois. Ainsi, au premier stade de qualification, il est possible d'appliquer le droit étranger. En matière de droit de propriété, l'article 3097 C.c.Q. ne fait pas de distinction entre les meubles et les immeubles lorsqu'il énonce :

Al. 1 : « Les droits réels ainsi que leur publicité sont régis par la loi du lieu de la situation du bien qui en fait l'objet. »

Al. 2 : « Cependant, les droits réels sur des biens en transit sont régis par la loi de l'État du lieu de leur destination. »

⁸³³ Paul LAGARDE, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, Cours général de droit international privé», (1986) I t. 196 *RCADI*.

409. Il n'est donc pas nécessaire de rechercher si l'objet est un meuble ou un immeuble, mais il faut savoir si c'est un « bien » et c'est la loi du lieu de situation du bien qui va s'appliquer pour le déterminer, sauf en cas d'exception d'ordre public prévue à l'article 3081 C.c.Q. en ces termes : « l'application des dispositions de la loi d'un État étranger est exclue lorsqu'elle conduit à un résultat manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales ».

410. Ainsi, sauf exception d'ordre public, le critère retenu pour le rattachement du statut réel, à savoir la situation du bien, est bien adapté lorsque le bien est corporel (paragraphe 1), il n'en est pas de même pour les biens incorporels (paragraphe 2) puisque par leur nature, ils ne sont pas localisables dans l'espace.

Paragraphe 1. Les facteurs de rattachement en matière de droits sur les biens corporels

411. Historiquement, il était admis que les meubles étant par leur nature transportable d'un lieu à un autre, ils n'ont de situation en aucun lieu et par conséquent devaient être régis par la loi du domicile de la personne à laquelle ils appartiennent⁸³⁴.

Si auparavant, les meubles étaient soumis à la loi personnelle du propriétaire : *mobilia sequuntur personam*⁸³⁵, ce principe s'appliquait à une époque où les meubles avaient peu de valeur et il avait été écarté au profit de la loi de situation du bien en présence d'une multitude de biens, par exemple, en matière de succession où tous les meubles dans leur ensemble avaient une valeur certaine. Or, le statut des meubles pris individuellement ou *ut singuli* est devenu depuis longtemps d'une grande importance par l'augmentation de leurs valeurs économiques. La solution alors retenue en différents pays fut de le soumettre, comme les immeubles, à la loi du

⁸³⁴ Gérald GOLDSTEIN et Ethel GROFFIER, *Droit international privé*, t. 2, *règles spécifiques*, coll. « Traité de droit civil », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2003, n° 312, p. 301.

⁸³⁵ «C.c.B.C, art. 6; Code Napoléon, art. 3 suivi par la jurisprudence de la Cour de cassation dans un arrêt de 1837», *id*; D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *préc.*, note 789, n° 665, p. 66; Bernard AUDIT, *Droit international privé*, 5^e éd., coll. «Corpus droit privé», Paris, Édition Economica, 2008, n° 161, p. 144.

lieu de leur situation. Cette solution est la conséquence du succès du triomphe des idées territorialistes⁸³⁶.

412. Cette évolution a mené à la règle classique ou traditionnelle du régime des biens en droit international privé qui est l'application de la *lex rei sitae*. Cette loi, appelée aussi la loi du lieu de situation physique de l'objet de droit, a longtemps été la règle bien appréciée dans sa simplicité par les doctrines et les tribunaux. De tradition savignienne, cette règle de la territorialité du droit des biens s'est installée à partir de la fin du XIXe siècle dans la doctrine comme solution première du conflit de lois. Savigny justifiait la compétence de la loi réelle en ces termes : « le lieu où se trouve l'objet est le siège du rapport de droit dont il fournit la matière »⁸³⁷. Ainsi, le statut réel doit être compris comme le régime juridique des choses matérielles et des droits réels, unitairement soumis à la loi de la situation⁸³⁸.

413. La raison essentielle de donner compétence à la loi réelle est qu'elle coïncide souvent avec la *lex fori* et régit ainsi l'organisation économique de l'État en permettant notamment de protéger les tiers qui peuvent se fier sur la loi réelle, règle simple⁸³⁹ et prévisible, pour évaluer le crédit de leurs cocontractants. En effet, comme le rappelle Horatia Muir-Watt : « sur le plan théorique, la justification de l'application exclusive de la loi du lieu de situation est à nouveau le plus souvent corrélée au principe d'opposabilité *erga omnes* des droits réels »⁸⁴⁰.

414. Si la règle de conflit de principe, la *lex rei sitae*, peut sembler simple et prévisible, son large champ d'application a été remise en cause ou a dû être adaptée dans plusieurs situations particulières⁸⁴¹, notamment en matière de conflit mobile (de changement occasionnel de situation du meuble), comme on va le voir plus loin⁸⁴², et dans les cas d'incertitude sur la situation du bien.

En ce qui concerne les cas d'incertitude sur la situation du bien, par exemple, si le bien est un moyen de transport (navire, aéronef, train, automobile...), la loi de la situation devra souvent

⁸³⁶ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 312, p. 301.

⁸³⁷ Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ, *Droit international privé*, 10^e éd., coll. « Domat, droit privé », Paris, Montchrestien, Lextenso éditions, 2010, n° 644, p. 490.

⁸³⁸ L. D'AVOUT, préc., note 33, n° 21, p. 36.

⁸³⁹ P. MAYER et V. HEUZÉ, préc., note 837, n° 644, p. 491.

⁸⁴⁰ D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n° 666, p. 67.

⁸⁴¹ Par exemple, en matière de sûretés réelles, voir, *id.*, n°671, p. 70-73

⁸⁴² *Infra*, n° 443 et suiv.

être déterminée de façon *fictive*. En effet, ces objets étant fréquemment en mouvement, il est impossible de déterminer à un moment précis leur position. Aussi, dans certains cas, ces biens pourront être localisés dans un espace où ne s'exerce aucune souveraineté comme pour les navires ou aéronefs qui peuvent se trouver en haute mer ou dans une zone aérienne internationale. Les aéronefs seront *fictivement* localisés dans le pays où ils sont immatriculés et les navires seront soumis à la loi du pavillon⁸⁴³, ils seront fictivement localisés au port d'attache. Pour les wagons de train et les automobiles, pour certains, il paraît opportun d'appliquer aussi la loi du lieu d'immatriculation, car ces moyens de transport ont une situation instantanée difficile à déterminer⁸⁴⁴, mais d'autres auteurs préfèrent appliquer la loi de situation « effective »⁸⁴⁵ du véhicule, « faute de lieu d'attache suffisamment stable »⁸⁴⁶. Enfin, on peut avoir un problème à déterminer la loi de la situation matérielle dans le cas des choses en transit comme en matière de livraison. C'est ainsi qu'il est proposé de substituer à la loi de la situation du bien matériel, la loi du lieu de destination pour régir les conséquences des opérations passées à distance pendant la durée du transport. Il convient de noter qu'en règle générale cette substitution de loi concerne les cas de transport terrestre puisque pour les transports par mer ou par air, la loi du pavillon paraît préférable⁸⁴⁷.

Dans les cas que nous venons d'examiner, l'élaboration de la localisation fictive a permis de remédier au défaut du rattachement au lieu de situation qui ne pouvait s'appliquer aux situations de conflits mobiles.

415. Le rattachement au lieu de situation remplit son rôle de désignation d'une loi à la condition qu'une souveraineté s'exerce sur l'espace où le bien est localisé⁸⁴⁸. En présence de certaines situations juridiques nouvelles dans lesquelles on ne peut localiser le bien dans l'espace, comme ce fut le cas en matière de transfert de créances, la détermination de la *lex rei sitae* ne peut offrir une bonne solution de conflit de lois⁸⁴⁹. Ainsi, la législation positive a décidé

⁸⁴³ P. MAYER et V. HEUZÉ, préc., note 837, n° 645, p. 491.

⁸⁴⁴ T. VIGNAL, préc., note 790, n° 375, p. 222.

⁸⁴⁵ P. MAYER et V. HEUZÉ, préc., note 837, n° 645, p. 491.

⁸⁴⁶ *Id.*

⁸⁴⁷ Jean DERRUPPE et Jean-Pierre LABORDE, *Droit international privé*, 17^e éd., coll. « Mementos Dalloz », Éditions Dalloz, 2011, p. 154.

⁸⁴⁸ P. MAYER et V. HEUZÉ, préc., note 837, n° 645, p. 491.

⁸⁴⁹ L. D'AVOUT, préc., note 33, n° 2, p. 3.

d'adapter la règle de droit international privé pour répondre à des besoins spécifiques et aux intérêts, publics ou privés, qu'engendrait la nouvelle matière selon ses particularités. Il en résulte aujourd'hui un bon nombre d'exceptions dans les législations nationales ou dans les conventions internationales⁸⁵⁰.

416. Il s'agit maintenant de vérifier la détermination de la loi applicable en présence de biens incorporels.

Paragraphe 2. Les facteurs de rattachement en matière de droits sur les biens incorporels

417. En matière de biens incorporels, le droit international privé des biens a dû s'adapter aux nouveaux biens⁸⁵¹ pour prévoir les droits sur des valeurs patrimoniales immatérielles comme les créances, titres, sûretés, droits intellectuels ou fonds de commerce (etc..). En effet, le rattachement au lieu de situation ne peut remplir son rôle de désignation d'une loi si le bien ne peut être matériellement localisé. Ainsi, les droits sur les biens immatériels sont souvent présentés comme étant soumis à la loi de leur situation *fictive* par analogie à la solution classique de la loi de situation qui régit les biens corporels⁸⁵². On parle de localisation *fictive* des droits de propriété intellectuelle. Par exemple, l'article 3105 C.c.Q. prévoit une règle de conflit de lois relative à « la validité d'une sûreté grevant un bien meuble ordinairement utilisé dans plus d'un État ou, encore, d'un bien meuble incorporel ». Selon le premier alinéa de cet article, la validité d'une telle sûreté est régie par la loi de l'État où était domicilié le constituant au moment de sa constitution. La publicité et les effets de cette sûreté sont régis par la loi de l'État du domicile actuel du constituant⁸⁵³.

418. Il est important de mentionner en citant les propos de la professeure H. Muir-Watt que :

« (...) l'existence d'un statut unitaire des biens immatériels assortis d'un lieu fictif est en réalité démentie par le sens actuel du droit positif. Les propriétés

⁸⁵⁰ *Id.*, n° 4, p. 10.

⁸⁵¹ C.c.Q., art. 3105, 3108.2, 3108.5, 3108.6 et 3108.7. Ces articles renvoient aux règles de conflit en matière de sûreté grevant un meuble ordinairement utilisé dans plus d'un État ou un meuble incorporel et en matière de valeurs mobilières non représentées par certificat, qui sont des biens incorporels. Ces articles sont de droits nouveaux, il n'y a aucune disposition équivalente dans le C.c.B.c. Gérald GOLDSTEIN, *Droit international privé: extraits de la référence Droit civil*, v. 1, coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 365-370.

⁸⁵² D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n° 673, p. 73.

⁸⁵³ C.c.Q., art. 3105, al. 2.

intellectuelles connaissent une certaine diversification fonctionnelle de la loi applicable, tandis que les créances, objet de nouvelles techniques de mobilisation financière, s'éloignent progressivement de l'ancien modèle réel pour subir l'attraction de la loi d'autonomie. »⁸⁵⁴

419. Synthèse : Il n'existe donc pas de solution d'ensemble puisque chaque catégorie de biens incorporels est l'objet d'une localisation particulière en vertu de sa propre nature⁸⁵⁵. Il s'agira de revenir plus loin dans le développement sur la technique de la localisation fictive pour nous aider peut-être à identifier la règle de rattachement adéquate en matière de *propriété virtuelle*. Mais la solution la plus simple pour résoudre les conflits de lois dans notre matière serait d'appliquer les règles de conflits de lois existantes en droit international des biens. Il s'agit ainsi d'examiner le champ d'application traditionnel de la règle de conflit en droit des biens et ses limites, pour vérifier si cette dernière peut s'appliquer en tant que loi applicable dans la résolution des conflits qui touchent les biens virtuels en cas de transferts entre les différents acteurs des mondes virtuels.

Section 2. Le champ d'application général de la règle de conflit et ses limites

420. La question ici revient à se demander jusqu'où doit s'étendre le domaine de la loi réelle, soit la loi du lieu de situation du bien. Le principe traditionnel en matière de droit réel est le suivant : le statut réel comprend les règles relatives aux types de droits réels admis, leur contenu et leur exercice. Par contre, la question devient plus délicate lorsqu'on est en présence de mode de création, d'acquisition, de préservation et d'extinction des droits réels⁸⁵⁶. En effet, dans ces matières la règle n'est pas prévisible puisque d'autres lois comme la loi de l'acte juridique ayant pour but la création ou le transfert d'un droit réel pourraient s'appliquer. Ainsi, dans le but de déterminer le domaine de la loi applicable aux transferts de biens virtuels, il convient de se tourner vers le droit des biens et de trouver la *catégorie*⁸⁵⁷ des questions rattachées à la loi réelle.

⁸⁵⁴ D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n° 673, p. 73.

⁸⁵⁵ Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL et Pascal de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, 10^e éd., Paris, Précis Dalloz, 2013, n° 666, p. 668.

⁸⁵⁶ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 319, p. 329.

⁸⁵⁷ P. MAYER et V. HEUZÉ, préc., note 837, n° 646, p. 492.

La majorité de la doctrine⁸⁵⁸ et de la jurisprudence⁸⁵⁹ découpent le domaine de la loi applicable en fonction de la catégorie des questions rattachées à la loi réelle soit d'une part, le contenu et l'exercice des droits réels soumis de manière générale à la loi de situation du bien (*lex rei sitae*) (paragraphe 1) et d'autre part, aux modes d'acquisition qui posent plus d'incertitudes sur l'application de principe de la loi de situation (paragraphe 2). Mais nous verrons que l'application de la loi réelle va poser des difficultés en matière de conflits mobiles lorsque les biens sont notamment « ubiquitaires »⁸⁶⁰, une des caractéristiques spécifiques des biens virtuels (paragraphe 3).

Paragraphe 1. Contenu et exercice des droits réels

421. La tradition soumet la loi réelle ou la *lex rei sitae* au contenu des droits réels et à leur exercice (A); il n'est pas de même lorsqu'il s'agit des droits réels accessoires où on rencontre un cumul de lois applicables (B).

A. Compétence générale de la lex rei sitae

422. L'article 3097 C.c.Q.⁸⁶¹ pose le principe de l'application de la loi réelle, loi de situation du bien, aux droits réels dans leur ensemble. Puisque le droit réel crée un lien direct et exclusif entre le titulaire et le bien qui en fait l'objet, la loi réelle doit ainsi s'appliquer aux composantes du droit de propriété et à leurs limites⁸⁶². Par exemple, c'est la loi réelle qui définit les caractères du droit de propriété ou détermine les prérogatives du propriétaire (usage, jouissance, disposition) ou bien déclare inaliénable certaines catégories de biens.

Le professeur Gérard Goldstein résume bien dans son traité la compétence de principe de la loi réelle en ces termes :

⁸⁵⁸ B. AUDIT, préc., note 835, n° 769, p. 635; G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n°320 et 321; H. BATTIFOL et P. LAGARDE, préc., note 420, n° 514-526.

⁸⁵⁹ Prenons comme exemple l'arrêt de principe, arrêt « société Diac » de 1969 (Civ. 1, 8 juillet 1969) qui distingue entre : l'acquisition des droits réels : à laquelle on applique la loi source; et le contenu des droits réels : auquel on applique la loi de situation du meuble.

⁸⁶⁰ L'adjectif "ubiquitaire" "se dit de l'informatique lorsqu'elle est omniprésente dans un environnement". Dictionnaires de français, *Larousse*, en ligne: < <http://www.larousse.fr/dictionnaires/>> (consulté le 28 août 2015).

⁸⁶¹ *Supra*, n° 408.

⁸⁶² H. BATTIFOL et P. LAGARDE, préc., note 420, n° 516, p. 175

« La loi réelle gouverne bien entendu directement le contenu des droits réels admissibles, c'est-à-dire leurs types (propriété, etc.), leurs effets potentiels vis-à-vis du bien et des tiers, leur durée (perpétuité, etc.), leurs modalités (copropriété divise ou indivise, copropriété superficielle, propriété commune, coemphytéose, etc.), leur démembrement et elle décide de la question de savoir si les droits réels sont en nombre limité ou non. »⁸⁶³

La loi réelle régit aussi l'exercice des droits réels, c'est-à-dire les droits d'action accessoires aux droits réels, comme notamment l'action en revendication⁸⁶⁴.

423. La loi du lieu de situation a donc une compétence générale, elle énonce les composantes du droit de propriété. Ce principe tend à préserver les tiers d'une éventuelle surprise que pourrait constituer la revendication de droits étrangers, inconnus de la loi locale ou opposable dans des conditions non prévues par celle-ci⁸⁶⁵. C'est pourquoi, théoriquement, la compétence de principe de la loi du lieu de situation est le plus souvent justifiée en fonction du principe d'opposabilité *erga omnes* des droits réels⁸⁶⁶. Cependant, dans les cas où l'étendue du droit fait l'objet d'une stipulation contractuelle entre les parties, il convient de se demander si l'on applique la loi contractuelle⁸⁶⁷, appelée dans certains ouvrages la « loi de la source »⁸⁶⁸ de l'acte juridique.

B. *Cumul de lois applicables*

424. En posant le principe de l'application de la loi réelle aux droits réels dans leur ensemble, l'article 3097 C.c.Q. ne distingue pas selon les parties au litige. Il respecte l'essence du droit réel qui crée un lien direct entre le titulaire et le bien qui en fait l'objet⁸⁶⁹. Ainsi, le contenu des droits réels transférés ne peut pas dépendre de la loi de la source de l'acte de transfert qui régit la validité de l'acte, c'est-à-dire la loi contractuelle. En effet, comme le souligne G. Goldstein,

⁸⁶³ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 320, p. 330 et 331. H. BATTIFOL et P. LAGARDE, préc., note 420, n° 515, p. 174.

⁸⁶⁴ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 320, p. 340.

⁸⁶⁵ B. AUDIT, préc., note 835, n° 766, p. 633.

⁸⁶⁶ D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n° 666, p. 67.

⁸⁶⁷ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, préc., note 855, n° 661, p. 663.

⁸⁶⁸ P. MAYER et V. HEUZÉ, préc., note 837, n° 648, p. 493. D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n° 659, p. 62.

⁸⁶⁹ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 320, p. 331.

la raison en est qu'« il ne s'agit que d'un mode de transfert parmi d'autres, qui ont tous pour but d'attribuer un même type de droit sur un bien. »⁸⁷⁰

425. Toutefois, ceci est différent lorsque ce droit a été créé, car certains effets ne concernent que les parties à l'acte créant ou transférant un droit réel, par exemple, c'est le cas pour des démembrements de propriété ou certaines sûretés. Dans ce cas, la loi de la source va retrouver une compétence concurrente avec la loi réelle et peut-être même exclusive⁸⁷¹, lorsqu'il est trop délicat de distinguer entre ces deux lois dans le cas où les parties ont envisagé l'acte comme un tout et que cela peut aller à l'encontre de leurs prévisions.

426. La loi de la source peut être une loi personnelle, contractuelle ou procédurale selon la situation qu'elle régit. La délimitation entre les deux lois n'est pas nécessairement la même selon la nature de la source en cause. Il est donc important de marquer leur domaine respectif⁸⁷². Mais avant tout, tel que le suggère fort bien le professeur G. Goldstein, il convient de noter qu'un *critère de délimitation* est possible en rappelant que la fonction de la compétence de la loi réelle est de garantir une *généralité de régime* dans le but de ne pas surprendre les tiers⁸⁷³.

427. Selon la majorité de la doctrine, si les tiers ne sont pas concernés et qu'il n'y a donc pas lieu de les protéger, la loi réelle peut admettre la compétence d'une autre loi pour accommoder le contenu des droits réels selon les besoins des parties à l'acte. Par exemple, les privilèges, sûretés accessoires à la créance, sont institués en fonction de la qualité de la créance. Ainsi, c'est la loi qui régit la créance qui décide de l'existence du privilège, donc la loi du contrat qui lui a donné naissance. Toutefois, la loi réelle est compétente pour régler les conflits éventuels avec un autre privilège⁸⁷⁴.

La loi réelle retrouvera sa compétence pour évincer la loi de la source dès lors que l'intérêt des tiers est en cause⁸⁷⁵.

⁸⁷⁰ *Id.*

⁸⁷¹ T. VIGNAL, préc., note 790, n° 382, p. 227.

⁸⁷² B. AUDIT, préc., note 835, n° 769, p. 636.

⁸⁷³ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 320, p. 331.

⁸⁷⁴ Com. 8 juill. 1981, D. 82. i.R.73, RC 83.257 n. Santa-Croce, cité dans J. TALPIS, n.b.p. 3, p. 636.

⁸⁷⁵ B. AUDIT, préc., note 835, p. 633 à 636 ; T. VIGNAL, préc., note 790, n° 382 ; D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n° 667, p. 68 ; J. TALPIS, *The law governing the domain of the "statut réel" in contracts for the transfer inter vivos of moveables ut singuli in Quebec private international law*, thèse de doctorat en droit, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1970, p. 213.

Pour un autre exemple, en matière d'indivision, en droit québécois, à côté de l'indivision légale et subsidiaire, il existe l'indivision organisée conventionnellement pour permettre aux parties seules concernées, d'organiser le régime de jouissance du bien entre elles⁸⁷⁶, modifiant ainsi dans une certaine mesure, le régime légal⁸⁷⁷.

La loi réelle n'intervient pas lorsque les tiers ne sont pas concernés. Cependant, c'est la loi réelle qui balisera les limites des modifications pouvant être apportées par les parties à la convention⁸⁷⁸. Dans la mesure où la loi réelle admet que l'indivision a une nature conventionnelle, la loi de la source, c'est-à-dire la loi contractuelle de la convention d'indivision, régira aussi bien la validité extrinsèque de la convention, que l'interprétation ou l'étendue des obligations des indivisaires et la sanction de l'inexécution des dispositions de la convention. Néanmoins, la loi réelle garde sa compétence dans les rapports entre indivisaires pour préciser les limites relatives au bien au-delà desquelles la volonté des copropriétaires ne peut aller⁸⁷⁹. Par exemple, si un copropriétaire prévoit une clause contractuelle relative à l'abandon de tous ses droits, ceci entraîne l'intervention, en vertu de la loi du lieu de situation du bien au moment de l'abandon, du régime réel de l'occupation qui profite alors aux autres propriétaires⁸⁸⁰. La méthode de la délimitation entre les deux lois concurrentes est similaire en matière de copropriété divisée⁸⁸¹.

428. Dans certaines situations la loi réelle peut « déléguer » sa compétence à la volonté des parties et donc le plus souvent en matière internationale, à la loi contractuelle. Le professeur G. Goldstein explique que dans tel cas, la loi contractuelle a « le pouvoir de déroger au contenu prédéterminé des droits qu'elle organise par le biais d'obligations touchant indirectement (*ad rem*) l'usage du bien concerné, par exemple en louant le bien »⁸⁸². Selon l'implication ou non des tiers à la transaction entre les parties, la délégation peut être absolue ou sujette à un contrôle par la loi réelle, ou par une délégation à d'autres lois⁸⁸³.

⁸⁷⁶ C.c.Q., art. 1012. G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 320, p. 332 et p. 338.

⁸⁷⁷ D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 433, n° 352.

⁸⁷⁸ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 320, p. 338.

⁸⁷⁹ *Id.*, n° 320, p. 338

⁸⁸⁰ *Id.*, n° 320, p. 338 et 339.

⁸⁸¹ C.c.Q., art. 1038 et suiv. *Id.*, p. 332 et 336.

⁸⁸² G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 320, p. 332.

⁸⁸³ J. TALPIS, préc., note 875, p. 212.

L'étendue de ce contrôle peut prêter à discussion. Selon le professeur J. Talpis, certaines questions de propriété requièrent⁸⁸⁴ ce contrôle comme la validité des clauses de réserve de propriété, les interdictions de vendre énoncées dans un contrat de donation entre vifs, etc.⁸⁸⁵. Quant au professeur G. Goldstein, il croit plutôt que ce contrôle doit avoir lieu *dans tous les cas*⁸⁸⁶. En effet, on se rallie sur ce point à la pensée du professeur G. Goldstein, qui croit : « qu'il faut toujours préalablement consulter la loi réelle pour connaître les limites possibles du domaine délégué à la loi contractuelle. »⁸⁸⁷ En effet, ceci paraît justifié puisque ce sont les dispositions matérielles applicables de la loi réelle compétente qui décident du rôle laissé à la volonté dans le statut réel⁸⁸⁸. En utilisant cette méthode, G. Goldstein explique alors qu'« il est possible de dégager un domaine qui dépend alors, définitivement, de la loi contractuelle si les titulaires de droit réel concernés ont procédé par obligation contractuelle »⁸⁸⁹. Toutefois, on reste dans le domaine de la loi réelle si ces titulaires se sont seulement contentés d'utiliser les mécanismes réels restreignant leurs droits⁸⁹⁰. Cette méthode de partage de compétence est utilisée de façon majoritaire par la doctrine⁸⁹¹.

429. Cependant, une doctrine minoritaire s'élève à l'encontre d'un tel système de partage entre la loi contractuelle et la loi de situation, pour des raisons d'ordre théorique et pratique, afin de soumettre les droits réels mobiliers eux-mêmes à la loi de l'acte juridique-source, sous réserve de l'intervention exceptionnelle de la loi de situation en tant que « loi de police », dans le but de protéger les tiers. Les auteurs réfèrent à la théorie de la « loi de police »⁸⁹² pour justifier le retour de l'application de la loi réelle dans certaines situations exceptionnelles et pour

⁸⁸⁴ *Id.*, p. 213.

⁸⁸⁵ Pour citer les propos du professeur J. Talpis : “*Certain other proprietary questions must of necessity require at least prior reference or delegation by the situs to the law of the contract: the validity of clauses of reservation of ownership, prohibitions.*” J. TALPIS, préc., note 875, p. 214.

⁸⁸⁶ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 320, p. 333.

⁸⁸⁷ *Id.*

⁸⁸⁸ *Id.*, p. 332.

⁸⁸⁹ *Id.*, p. 333.

⁸⁹⁰ *Id.* G. Goldstein propose ici l'exemple de la rédaction limitative de droit réel d'une déclaration de copropriété.

⁸⁹¹ *Id.* J. TALPIS, préc., note 875, p. 212; D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n° 661, p. 63.

⁸⁹² P. MAYER et V. HEUZÉ, préc., note 837, n° 655, p. 498; L. D'AVOUT, préc., note 33, n° 140 à n° 156; Jean Paulin NIBOYET, *Des Conflits de lois relatifs à l'acquisition de la propriété et des droits sur les meubles corporels à titre particulier: étude de droit international privé*, Paris, L. Larose, 1912, cité dans L. D'AVOUT, préc., note 33, n.b.p. 4, p. 188; H. GAUDEMET-TALLON, note JCP, 1970.II.16182; G. KHAIRALLAH, Les sûretés mobilières en droit international privé, *Economica*, 1984, cité dans D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n.b.p. 2, p. 68.

admettre en contrepartie une application élargie de la loi contractuelle. Par exemple, dans le cas d'un contrat, si l'accord des parties porte sur la création ou l'organisation de certains droits avec des prérogatives précises, il est raisonnable selon les auteurs d'appliquer la loi contractuelle, c'est-à-dire la loi d'autonomie, aux effets de l'acte envisagé par les parties⁸⁹³, sauf dans les cas où la loi réelle est une *loi de police*.

430. Or, pour la majorité de la doctrine, on est en présence d'une simple règle de conflit classique. Toutefois, la position des auteurs minoritaires, dont P. Mayer et V. Heuzé, n'est pas dénuée de sens, puisque selon eux, il serait déraisonnable de séparer les effets réels de l'acte et ses effets personnels alors que les parties ont voulu organiser les uns par rapport aux autres comme un tout pour donner un but à leur contrat⁸⁹⁴. Ainsi, pour reprendre les termes des auteurs : « c'est la volonté qui crée les droits des parties; elle s'interprète selon la loi applicable aux contrats, la loi réelle ne saurait imposer ce qui n'a pas été voulu »⁸⁹⁵ (sauf pour les tiers). Toutefois, même lorsque la compétence générale de la loi réelle est évincée par l'application de la loi d'autonomie, elle conserve un rôle important ou un contrôle en tant que « loi de police » pour écarter la compétence de la loi contractuelle dans certaines circonstances notamment dans les cas où la protection des tiers est nécessaire⁸⁹⁶, le plus souvent en matière d'opposabilité des droits réels. Ainsi, les auteurs énoncent certaines conséquences importantes et non limitatives : il ne peut être créé un type de démembrement de la propriété ou de sûreté qui ne figure pas dans la liste limitative écrite par la loi réelle; le classement des droits de préférence qui s'exerce sur un bien est seulement déterminé par la loi réelle; le droit de suite ne peut s'exercer sur un bien en contrariété avec la loi réelle; l'inaliénabilité d'un bien, admise par la loi contractuelle qui prétend l'imposer peut-être exclue par la loi de la situation (etc.)⁸⁹⁷.

Dans le but de justifier l'application de la théorie des *lois de police*, les auteurs P. Mayer et V. Heuzé font référence à des cas jurisprudentiels où le tribunal a appliqué la loi réelle à la place de la loi contractuelle et les auteurs considèrent que ce sont toujours des cas où elle peut être analysée, selon eux, comme *loi de police*⁸⁹⁸.

⁸⁹³ *Id.*

⁸⁹⁴ P. MAYER et V. HEUZÉ, préc., note 837, n° 654, p. 498.

⁸⁹⁵ *Id.*

⁸⁹⁶ *Id.* n° 655, p. 498.

⁸⁹⁷ P. MAYER et V. HEUZÉ, préc., note 837, n° 655, p. 498.

⁸⁹⁸ *Id.*

Mais, dans ces cas les juges ne font aucune mention à la théorie de la *loi de police*, ils appliquent la loi réelle pour protéger les tiers, ceci dans le respect de la règle de conflit et le fondement de la compétence générale de la loi réelle. Il en est de même en matière de privilège, lorsque la chambre commerciale de la Cour de cassation française a décidé de soumettre les privilèges à titre principal à la loi de la créance, sous réserve de l'application correctrice de la loi de situation pour le classement des privilèges⁸⁹⁹.

431. La critique que l'on peut formuler à l'encontre de l'application de la théorie de la « loi de police » dite encore « loi d'application immédiate ou nécessaire », se résume de l'expression utilisée par ses auteurs. En effet, en principe, selon la majorité de la doctrine, pour déclencher l'application d'une loi de police, il faut prouver que l'observation de cette loi « est nécessaire à la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays »⁹⁰⁰, qu'elle a donc un intérêt vital sur l'État en cause. Savigny parle même de « lois d'une nature positive rigoureusement obligatoires, dictée par un motif d'intérêt général »⁹⁰¹. Dans ce sens, trop vague ou imprécis pour certains⁹⁰², mais qui reste le sens traditionnel donné à la « loi de la police » en droit international privé, la position de la doctrine minoritaire, même si elle paraît ingénieuse pour résoudre les problèmes de cumul de lois selon les domaines, est critiquable, parce qu'excessive et trop irréaliste. En effet, le juge aura beaucoup de difficulté à mesurer l'intérêt vital de l'État, l'interprétation de ce critère étant trop divergente. Mais, la professeure Horatia Muir-Watt précise que les développements récents en matière de *loi de police* révèlent qu'elles poursuivent désormais un but de protection individuelle, par exemple, en matière de protection des consommateurs⁹⁰³. Néanmoins, il est possible de considérer que derrière l'intérêt individuel

⁸⁹⁹ *Camship c. Bomaco*, Cass Com. 20 mai 1997, J.-P. Rémy « Des conditions d'exercice du privilège du frèteur » Rev. crit. DIP 1997.545, cité dans L. D'AVOUT, préc., note 33, n.b.p. 5 p. 211.

⁹⁰⁰ C.c.fr., art. 3 al.1; Henri BATTIFOL et Paul LAGARDE, *Traité de Droit international privé*, 8^e éd., t. 1, Paris, L.G.D.J., 1993, n° 254, p. 425; Phocion FRANCESAKIS, «y-a-t-il du nouveau en matière d'ordre public?», (1966-1969), *Trav. Com. Fr. DIP*, p. 149 et s., spec. p. 165, cité dans D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 30, n° 548, p. 553; P. MAYER et V. HEUZÉ, préc., note 837, n° 121, p. 91.

⁹⁰¹ F.-C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. 8, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2002, n° 349, cité dans P. MAYER et V. HEUZÉ, préc., note 837, n.b.p. 32, p. 91.

⁹⁰² Mayer Heuzé critique en effet l'imprécision de la définition générale des lois de police retenue par la doctrine majoritaire et cite également en ce sens les propos de M. Loussouarn: «Il n'y a pas de différence de nature entre les lois de police et les autres lois. Dans les États modernes, on peut dire que toute loi rend pratiquement à garantir des intérêts, économiques et sociaux...»; M. LOUSSOUARN, «Cours general de droit international privé», (1973), II, *Rec. Acad. La Haye*, p. 328-329, cité dans P. MAYER et V. HEUZÉ, préc., note 837, n.b.p. 33 p. 91 et n° 123 p. 92.

⁹⁰³ D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 30, n° 548, p. 553.

que la loi de police prétend protéger, c'est en réalité la protection des intérêts étatiques qui serait visée (intérêt économique, relance de la consommation, intérêt économique)⁹⁰⁴.

432. En toute hypothèse, que l'on se rallie à la théorie de loi de police ou à la simple de règle de conflit des droits réels, la loi réelle sera exclusivement compétente lorsqu'il s'agit de protéger les tiers dans le but d'assurer la sécurité juridique. Par exemple, lorsqu'une formalité d'inscription à un registre ou de publicité est obligatoire par l'une des parties⁹⁰⁵ ou en matière de validité *intrinsèque*⁹⁰⁶ d'une clause d'inaliénabilité, c'est-à-dire dans les cas où l'opposabilité aux tiers est concernée. En effet, il est de l'essence du droit réel d'être opposable aux tiers puisque cette opposabilité aux tiers est le corolaire de l'exclusivité du droit de propriété : opposer son droit, c'est l'invoquer contre autrui⁹⁰⁷. Ainsi, il est nécessaire que la publicité des droits réels soit généralisée pour que les tiers puissent prendre connaissance des droits réels en cause. Selon la doctrine majoritaire et traditionnelle, on parle d'opposabilité *erga omnes* des droits réels. La publicité des droits est ainsi toujours régie par la loi réelle⁹⁰⁸.

433. Il s'agit maintenant d'examiner les difficultés d'application de la loi réelle en matière de création, d'acquisition et de transferts des droits réels. Nous verrons que la concurrence entre les lois applicables peut devenir importante selon la question en cause, car les tiers sont le plus souvent concernés dans ces domaines.

Paragraphe 2. Création, transfert et acquisition des droits réels

434. Les modes d'acquisition que le droit international privé de *for* considère comme propre aux droits réels (occupation, possession, accession...) seront soumis à la compétence de principe de la loi réelle (A). Il en va autrement lorsqu'on est en présence des modes de création, d'acquisition, de préservation et d'extinction des droits réels qui font appel à d'autres structures, puisque d'autres lois peuvent raisonnablement trouver application⁹⁰⁹. En effet, par exemple, lorsque l'acquisition résulte d'un acte juridique soumis à sa propre loi, la loi réelle va subir la

⁹⁰⁴ *Id.*, n° 548, p. 554.

⁹⁰⁵ J. TALPIS, préc., note 875, p. 213.

⁹⁰⁶ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 320, p. 335.

⁹⁰⁷ Sur le principe d'opposabilité et ses significations variées, voir L. D'AVOUT, préc., note 33, n° 142, p. 192-194.

⁹⁰⁸ C.c.Q., art. 3097. G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 320, p. 335; H. BATTIFOL et P. LAGARDE, préc., note 420, n° 522, p. 186.

⁹⁰⁹ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 319, p. 329.

concurrence de cette dernière loi : la « loi de la source »⁹¹⁰. On se trouvera donc face à la difficulté d'un cumul de lois applicables (B).

A. *Compétence générale de la lex rei sitae*

435. Les principaux modes d'acquisition de la propriété sont prévus à l'article 916 C.c.Q. tels que : le contrat, la succession, l'occupation, la prescription et l'accession. Les modes d'acquisition peuvent être classés de plusieurs façons : acquisition à cause de mort entre vifs, volontaire ou involontaire et, surtout, par mode originaire ou dérivée comme on l'a vu dans la première partie⁹¹¹. Rappelons, qu'il s'agit d'un mode originaire lorsque le bien acquis n'appartient à personne auparavant, on parle ici d'occupation ou bien lorsque la transmission a lieu par les faits de la loi par exemple la prescription, l'accession, l'acquisition des fruits et revenus par le possesseur de bonne foi (etc.). On parle de modes dérivés d'acquisition lorsqu'on est en présence d'un précédent propriétaire qui a transféré son droit au nouveau à la suite d'un contrat ou par l'ouverture d'une succession⁹¹².

436. Le droit international privé soumet les modes d'acquisition propres aux droits réels au principe de l'application de la loi réelle. Mais, le plus souvent les modes d'acquisition ou de création des droits réels peuvent poser des questions de délimitation entre le statut réel et le statut contractuel.

B. *Cumul de lois applicables*

437. Si la loi réelle est compétente pour régir les modes d'acquisitions de droits réels à l'égard des tiers (occupation, possession, publicité réelle), il y a plus de difficultés pour les modes communs aux droits réels et aux droits de créance (convention, succession à cause de mort). Il n'est pas si évident que la loi réelle permette de régler la question de savoir si le contrat suffit à lui seul à transférer la propriété entre les parties. En effet, ceci n'est pas évident, car dans certains droits, comme en droit québécois et en droit français, le consentement des parties est créateur des obligations et sert en même temps à transférer la propriété entre elles. Comme le mentionne

⁹¹⁰ *Supra*, n.b.p. 868.

⁹¹¹ *Supra*, n° 306-325.

⁹¹² D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 433, n° 209, p. 158.

G. Goldstein, on est ici en présence d'« un seul acte à deux séries d'effets différents, d'où découle la possibilité d'un problème embarrassant de délimitation. »⁹¹³ On se retrouve donc face à un problème de délimitation de compétence entre deux lois applicables, respectivement la loi de situation du bien et la loi contractuelle.

438. De manière générale, le cumul entre ces deux lois se présente comme une conciliation entre la compétence de principe de la loi de situation qui permet aux parties de déroger à ses dispositions, et la loi contractuelle qui gouverne la validité de l'acte et des dispositions confirmant les dérogations apportées à la loi réelle⁹¹⁴.

439. Lorsque l'acquisition résulte de l'intervention d'un mode de création ou de transferts des droits comme en matière de contrat, la compétence de la loi réelle ou loi de la situation n'est plus aussi évidente, car le droit réel est acquis par un mode susceptible de créer aussi des droits de créance, tel que le contrat. En effet, la loi d'autonomie qui est la loi du contrat gouverne aussi bien les contrats générateurs de droits réels que ceux qui n'engendrent que des obligations⁹¹⁵. Le principe doctrinal et jurisprudentiel est que la loi réelle reste compétente pour énumérer les modes d'acquisition, y compris le mode contractuel. Ensuite, la loi contractuelle régit la validité de l'instrument qui a pour effet de transférer la propriété, ainsi que la possibilité et les conditions pour qu'un contrat ait cet effet réel⁹¹⁶. En effet, les conditions de validité d'un contrat constituent le régime de l'acte juridique et elles sont identiques, que l'acte crée des droits réels ou des droits de créance, il est donc logique qu'elles relèvent de la loi d'autonomie⁹¹⁷. Par contre, les droits réels constitués ou transférés sont soumis à la loi de situation du bien. Cette soumission s'impose pour le contenu des droits réels que le contrat peut engendrer, mais aussi, pour les conditions de création des droits réels qui lui sont propres. Par exemple, c'est le cas en matière de formalité comme la publicité destinée à rendre la constitution ou le transfert opposable aux tiers. Cette approche classique est encore majoritaire dans la doctrine française et québécoise⁹¹⁸. Mais, la partie minoritaire de la doctrine, sous laquelle se range P. Mayer et V. Heuzé, s'élève ici aussi

⁹¹³ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 321, p. 342.

⁹¹⁴ *Id.*, n° 321, p. 343.

⁹¹⁵ H. BATTIFOL et P. LAGARDE, préc., note 420, n° 524, p. 193.

⁹¹⁶ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 321, p. 343.

⁹¹⁷ H. BATTIFOL et P. LAGARDE, préc., note 420, n° 524, p. 195.

⁹¹⁸ *Id.*; G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 321, p. 343.

à l'encontre d'un tel système de partage entre la loi contractuelle et la loi de situation⁹¹⁹. Comme on l'a vu plus haut⁹²⁰, pour des raisons d'ordre théorique et pratique, ils soumettent les droits réels mobiliers eux-mêmes à la loi de l'acte juridique-source, sous réserve de l'intervention exceptionnelle de la loi de situation en tant que « loi de police » dans le but de protéger les tiers. La thèse exposée par ces auteurs se rapproche d'une solution particulière prévue par la loi suisse, en vertu de laquelle la volonté des parties tient un rôle au sein du statut réel dans le cadre de l'aspect translatif de propriété⁹²¹.

440. En effet, dans d'autres systèmes juridiques, comme en Allemagne et en Suisse, les solutions sont différentes qu'en droit québécois. Le droit allemand distingue entre l'obligation de transférer la propriété qui est régie par la loi contractuelle et la convention translatrice de propriété qui reste régie par la loi réelle⁹²², il est alors plus évident d'appliquer respectivement la loi contractuelle et la loi réelle⁹²³. Le droit Suisse, quant à lui, admet expressément que les parties peuvent choisir la loi applicable à l'acquisition des droits réels et place donc la volonté des parties au cœur du statut réel, dans les cas particuliers où les biens sont destinés à se déplacer⁹²⁴. En l'absence de choix, la loi suisse prévoit la compétence de la loi « du lieu de situation au moment des faits sur lesquels se fonde l'acquisition ou la perte »⁹²⁵. Cet énoncé permet d'éviter les problèmes de conflit mobiles lorsque les seules parties sont concernées. En effet, lorsque la question de l'opposabilité aux tiers du transfert se pose dans les cas de conflits mobiles, la compétence de principe de la loi de situation retrouve sa place au premier rang de la loi applicable.

441. En droit québécois, nous verrons que le cumul de lois applicables à une même matière sera difficile à mettre en œuvre dans les cas de conflits mobiles.

⁹¹⁹ P. MAYER et V. HEUZÉ, préc., note 837, n° 655, p. 498.

⁹²⁰ *Supra*, n° 429.

⁹²¹ Article 104 de la Loi Suisse: « 1. Les parties peuvent soumettre l'acquisition et la perte de droits réels mobiliers au droit de l'État d'expédition ou de destination ou au droit qui régit l'acte juridique de base. 2. L'élection de droit n'est pas opposable aux tiers ». Comme le mentionne G. Goldstein, cet article est intéressant car, dans ce cas uniquement, il autorise les parties à choisir la loi relative à certaines questions relevant en principe du statut réel. G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 321, p. 343.

⁹²² Karl KREUZER, « La propriété mobilière en droit international privé », (1926) 259 Rec. des cours 9, p. 90.

⁹²³ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 321, p. 342.

⁹²⁴ *Supra*, n.b.p. 921.

⁹²⁵ Loi Suisse, art. 100 al. 1. G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 321, p. 343. *Infra*, n° 448.

Paragraphe 3. Les difficultés d'application de la loi réelle en matière de conflits mobiles

442. Pour avoir une vue d'ensemble des règles de droit international privé prévues en matière de biens, il convient d'examiner les cas particuliers de conflits mobiles (A) et de prendre l'exemple du transfert de biens corporels en matière de vente internationale (B). En effet, dans ces situations, nous verrons que le choix du principe de compétence législative, soit l'application de la *lex rei sitae*, n'épuise pas toutes les difficultés que soulève le règlement des conflits de lois relatifs au statut réel.

A. Le domaine de la loi applicable aux conflits mobiles

443. En matière mobilière, on peut se trouver dans la situation particulière de « conflit mobile »⁹²⁶ puisque par essence un meuble est susceptible de déplacement et peut être transporté d'un pays à un autre. La question se pose alors de savoir : comment répartir la compétence entre la loi de l'ancienne situation du meuble et la loi de sa situation actuelle ou nouvelle?

Cette question est amplement débattue en doctrine et en jurisprudence. Certains appliquent la théorie des « droits acquis », qui conduit à admettre les effets de la loi d'origine du meuble. Pour d'autres, dans le souci de la sécurité des tiers de bonne foi, il s'agit de transposer les solutions du droit transitoire interne (« système de l'effet immédiat ») consacré en droit québécois par les articles 2 et 3 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* qui pose le principe de la non-rétroactivité de la loi nouvelle⁹²⁷. Il s'agit donc d'admettre l'application de la loi de la situation actuelle. Il convient de noter que le principe de non-rétroactivité peut raisonnablement être transposé à la loi de la nouvelle localisation dans le respect du principe de proximité⁹²⁸. En vertu de la nouvelle localisation, la loi qui s'applique crée un droit à partir des faits qui s'y déroulent depuis le moment où la loi devient compétente. Or, le problème avec la transposition de l'article 2 susmentionné est que la loi nouvelle « n'altère pas non plus les effets juridiques déjà produits par une situation juridique. » Ainsi, il sera difficile de déterminer si un effet

⁹²⁶ Sur le sujet des conflits mobiles, voir notamment D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 30, n° 417-435, p. 413-432; H. BATTIFOL et P. LAGARDE, préc., note 420, p. 169; J. TALPIS, préc., note 875, p. 243 ; G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 317, p. 316; T. VIGNAL, préc., note 790, p. 225 et 226.

⁹²⁷ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 317, p. 316; J. TALPIS, préc., note 875, p. 243. En droit français, H. BATTIFOL et P. LAGARDE, préc., note 420, n° 511, p. 169; B. AUDIT, préc., note 835, n° 162, p. 146.

⁹²⁸ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 317, p. 316.

juridique s'est déjà produit ou non. Cela peut être aussi délicat dans les cas où l'ordre public pourrait intervenir pour écarter la loi étrangère si le lieu de situation actuelle était le Québec⁹²⁹. Également, l'article 3 de la Loi pourrait se voir difficilement transposable dans notre domaine, car il admet que la loi nouvelle est applicable aux « situations juridiques en cours lors de son entrée en vigueur ». Or, par exemple, comment distinguer les conditions de possession remplies pendant que le bien était dans un premier lieu avec celles remplies pendant que le bien se trouve dans un nouveau lieu⁹³⁰? Comme le dit le professeur G. Goldstein, « il est manifestement très peu pratique de découper ainsi la situation au plan des conditions de création ou d'extinction d'une situation juridique. »⁹³¹ Également, en ce qui concerne la distinction entre les effets « déjà produits » et ceux « à venir », on se retrouve face à un problème de détermination du moment de la survenance du fait juridique entraînant l'effet juridique en situation internationale pour donner compétence à la loi du lieu de situation au moment où le fait s'est déjà produit, il s'agit de faire de même pour les « faits à venir ». Or, selon la doctrine, cette solution n'est pas la meilleure pour résoudre les conflits mobiles, car elle engendre trop d'incertitude⁹³². Pour reprendre les termes du professeur Gérald Goldstein :

« est-il possible, pour résoudre le conflit mobile, de ne tenir compte que du moment de survenance du fait matériel propre à entraîner un effet juridique, sans savoir aussi selon quelle loi un effet est ou non consacré par la loi susceptible de faire naître cet effet? »⁹³³

444. Selon la doctrine contemporaine dominante, notamment selon les professeurs J. Talpis et G. Goldstein qui ont développé amplement sur la loi applicable dans les cas de conflits de mobiles en matière de statut réel⁹³⁴, aussi bien les solutions du « droit acquis » que celles offertes par le « système de l'effet immédiat » doivent être écartées, car elles ne respectent pas le principe de proximité qui est très important en droit international privé pour déterminer la règle de conflit. Dans ce sens, « le conflit mobile ne peut être isolé de la règle de droit international

⁹²⁹ *Id.*

⁹³⁰ *Id.*

⁹³¹ *Id.*, n° 317, p. 317.

⁹³² *Id.*; J. TALPIS, préc., note 875, p. 243. En droit français, H. BATTIFOL et P. LAGARDE, préc., note 420, n° 511, p. 169, B. AUDIT, préc., note 835, n° 162, p. 146.

⁹³³ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 317, p. 318.

⁹³⁴ J. TALPIS, préc., note 875, p. 243; G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 317, p. 316.

privé dans le cadre de laquelle il se pose. »⁹³⁵ Il importe ainsi de distinguer en droit transitoire interne, les *procédés d'acquisition des droits* (création des droits réels) et le *contenu des droits* (prérogatives de la propriété).

Le principe veut que l'*acquisition* ou le *transfert* d'un droit réel reste soumis à l'application de la loi de la situation du bien au moment de la création ou de l'extinction du droit donc à la *loi ancienne*. Puisqu'ils ont pris place à un moment déterminé, les procédés d'acquisition ne sauraient être remis en question par une loi nouvelle sans rétroactivité⁹³⁶, on reste ainsi dans l'esprit des règles du droit transitoire interne (art. 2).

Au contraire, en ce qui concerne les effets des droits réels, en matière de détermination du *contenu* et de l'*exercice* du droit, l'application de la loi de situation *actuelle* du bien paraît plus favorable⁹³⁷. Cette solution est admise aussi bien lorsque la loi originaire est la loi réelle que lorsqu'il s'agit de la loi de la source⁹³⁸. Les principales raisons sont la protection du crédit et la sécurité des tiers de bonne foi. Mais dans ce cas, comme le relève le professeur G. Goldstein : « la loi de la nouvelle situation pourrait donc contrôler systématiquement les effets des droits réels, sous réserve des situations de reconnaissance au Québec de décisions étrangères fondées sur la loi du lieu de situation ancienne. »⁹³⁹

Ainsi, les professeurs G. Goldstein et J. Talpis critiquent cette solution, car elle ne respecte pas la « logique »⁹⁴⁰ de la théorie du droit transitoire interne, dans le sens où l'effet passé est censé avoir eu lieu *au moment de la survenance des faits matériels* et pourrait donc justifier la compétence de la loi ancienne⁹⁴¹. Mais, si dans ce cas, la prévisibilité des parties au litige est sauvegardée, puisqu'elles étaient au courant du fait matériel au premier lieu de situation, il n'est pas de même pour les tiers de bonne foi qui se trouvent au nouveau lieu et qui pourraient entrer en litige avec l'une des parties. Puisque ces tiers seraient en général incapables de se

⁹³⁵ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 317, p. 318.

⁹³⁶ Civ. 29 avril 1960, D. 1960.429, note Holleaux, citée dans H. BATTIFOL et P. LAGARDE, préc., note 420, n° 511, p. 169.

⁹³⁷ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 317, p. 322. J. TALPIS, préc., note 875, p. 257.

⁹³⁸ En matière contractuelle, voir l'article 4 de la Loi transitoire. T. VIGNAL, préc., note 790, n° 378, p. 225; G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 317, p. 324-326.

⁹³⁹ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 317, p. 322; H. BATTIFOL et P. LAGARDE, préc., note 420, n° 511, p. 169; B. AUDIT, préc., note 835, n° 765, p. 632; J. TALPIS, préc. note 883, p. 243.

⁹⁴⁰ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 317, p. 322.

⁹⁴¹ J. TALPIS, "The Law Governing the Statut Réel in Contracts for the Transfer *inter vivos* of Moveables *ut singuli* in Quebec Private International Law" (1972) 13 C. de D. 305, p. 393.

renseigner sur l'acquisition et l'exercice potentiel de droits selon une loi antérieure qu'ils ignorent⁹⁴². Ainsi, selon certains, dont les professeurs G. Goldstein et J. Talpis, on devrait alors admettre des solutions différentes selon la situation⁹⁴³. Il s'agit de distinguer les cas de litiges entre plaideurs, des litiges entre l'une des parties et un tiers⁹⁴⁴.

445. Selon la position minoritaire de V. Heuzé et P. Mayer, dans le cas où le contenu du droit réel est déterminé par la loi d'autonomie, cette dernière sera applicable même dans le cas de déplacement d'un meuble, sauf si la loi réelle, c'est-à-dire la loi de la situation actuelle, agit comme « loi de police » pour le bien-être des tiers. En effet, la loi réelle protège les intérêts des tiers qui traitent actuellement avec le détenteur du bien, et il l'emporte sur les droits acquis⁹⁴⁵. Ils prennent l'exemple d'une situation où si un meuble était volé, son propriétaire dépossédé pourrait prendre une action en revendication à l'encontre de l'acquéreur de bonne foi. L'action en revendication doit généralement respecter le délai de prescription. Aussi bien la faculté d'intenter l'action que le délai de prescription dépendent de la loi de la situation du bien au moment où la revendication est faite, puisqu'il s'agit d'une limite à l'effet acquisitif de la possession actuelle de l'acheteur. Toutefois, si le bien était antérieurement situé dans un autre pays lors de son acquisition, les droits qui ont été reconnus à l'acheteur par la loi interne du pays où les objets étaient situés au moment où il a été mis en possession restent acquis. Ainsi, les auteurs V. Heuzé et P. Mayer illustrent la situation suivante :

« Si la loi du lieu de l'acquisition n'admettait aucune revendication, le droit de l'acheteur devrait être admis comme définitivement acquis et à l'abri de toute revendication; ce n'est là que l'application de la règle de conflit mobile que l'on a énoncée, car il ne s'agit plus de déterminer les effets actuels de la possession, mais de constater l'existence d'un droit de propriété déjà valablement acquis selon la loi du lieu de l'acquisition. »⁹⁴⁶

446. Les solutions qui ont été abordées pour résoudre les conflits mobiles en matière de droits réels sont complexes, à défaut de règle générale propre à la matière. Nous verrons que les conflits mobiles se trouvent particulièrement dans l'hypothèse de transfert de propriété de biens

⁹⁴² J. TALPIS, préc., note 941, p. 393-395.

⁹⁴³ *Id.*

⁹⁴⁴ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 317 p. 324.

⁹⁴⁵ P. MAYER et V. HEUZÉ, préc., note 837, n° 657, p. 500.

⁹⁴⁶ *Id.*, n° 657, p. 499.

corporels en matière de vente internationale. Cette matière pose la question très délicate de l'articulation du statut réel et contractuel, qui est au coeur de notre réflexion sur la loi applicable aux transferts de propriété de biens virtuels. Il est donc primordial d'étudier la loi applicable au transfert de propriété de biens corporels pour nous permettre d'établir par la suite une analogie avec notre matière.

B. *Exemple du transfert de propriété de biens corporels en matière de vente internationale*

447. Il convient ici d'analyser le transfert de propriété de biens corporels en matière de vente internationale et de déterminer ainsi la loi applicable à cette matière (1) et son étendue (2).

1. *Détermination de la loi applicable*

448. Le problème essentiel en matière de vente internationale vient des difficultés inhérentes à cette matière, d'une part au niveau des conflits mobiles⁹⁴⁷ engendrés lorsque le bien, objet du transfert de propriété, a été déplacé, et d'autre part quant au choix à effectuer entre la *lex contractus* et la *lex rei sitae* puisque les systèmes juridiques sont souvent opposés selon les pays en matière de transferts de propriété⁹⁴⁸. En effet, par exemple, si on compare le droit français au droit suisse, comme le font les professeurs Horatia Muir-Watt et Dominique Bureau, le droit français adopte un système consensualiste selon lequel la validité du contrat suffit à entraîner le transfert de propriété alors que le droit suisse adopte un système séparatiste qui exige un accord de volonté supplémentaire qui dépend du contrat générateur d'obligations afin d'entraîner le transfert de propriété⁹⁴⁹. La mise en œuvre d'une règle universelle et uniforme est donc pratiquement irréalisable. Ceci explique pourquoi actuellement il n'y a aucune convention internationale en vigueur sur la loi applicable au transfert conventionnel de propriété. En effet, faute de consensus, la *Convention de La Haye de 1955 sur la loi applicable aux transferts de propriété en cas de vente à caractère international d'objet mobilier corporel*, n'est jamais entrée en vigueur⁹⁵⁰. Aussi, la *Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale*

⁹⁴⁷ D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n° 670, p. 70.

⁹⁴⁸ *Id.*, n° 668, p. 68.

⁹⁴⁹ *Id.*

⁹⁵⁰ Paul LAGARDE, « Sur la loi applicable au transfert de propriété : Requiem critique pour une convention mort-née », dans Georges A. L. DROZ, *E. Pluribus Unum: Liber Amicorum*, La Haye, Kluwer Law International, 1996,

de marchandises de 1980⁹⁵¹ exclut expressément de son domaine d'application les questions de validité du contrat et de transfert de propriété des marchandises vendues, car il a été jugé qu'une uniformisation sur ces questions ne peut être envisageable en matière de vente internationale⁹⁵². Ainsi, il s'agit d'avoir recours au droit interne désigné par les règles de droit international privé⁹⁵³. Le *Code civil du Québec* prévoit dans son article 3114 ce qui suit :

« En l'absence de désignation par les parties, la vente d'un meuble corporel est régie par la loi de l'État où le vendeur avait sa résidence ou, si la vente est conclue dans le cours des activités d'une entreprise, son établissement, au moment de la conclusion du contrat. Toutefois, la vente est régie par la loi de l'État où l'acheteur avait sa résidence ou son établissement, au moment de la conclusion du contrat, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

- 1° des négociations ont été menées et le contrat a été conclu dans cet État;
- 2° le contrat prévoit expressément que l'obligation de délivrance doit être exécutée dans cet État;
- 3° le contrat est conclu sous les conditions fixées principalement par l'acheteur, en réponse à un appel d'offres.

En l'absence de désignation par les parties, la vente d'un immeuble est régie par la loi de l'État où il est situé. »

449. Il convient de mentionner qu'en matière de contrat de consommation c'est l'article 3117 C.c.Q. qui s'applique afin de déterminer une loi applicable plus protectrice à l'égard du consommateur⁹⁵⁴. Les dispositions de l'article 3114 C.c.Q. ont été inspirées de celles prévues à

p. 151 et s.; D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n.b.p. 4, p. 68. Pour en savoir plus, Louis d'Avout retrace les séries de travaux consacrés à la vente internationale de marchandises depuis 1928. Voir, L. D'AVOUT, préc., note 33, n° 481, p. 638.

⁹⁵¹ Ci-après citée « Convention de Vienne ». Cette convention a été ratifiée par le Canada le 23 avril 1991 et est entrée en vigueur le 1^{er} mai 1992. Il convient de rappeler que selon son article premier, la Convention s'applique aux «contrats de vente de marchandises entre les parties ayant leur établissement dans des États différents : a) lorsque ces États sont des États contractants; ou b) lorsque les règles de droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant». En ligne: <<http://www.uncitral.org/>>.

⁹⁵² G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 315, p. 310.

⁹⁵³ *Id.*, n° 381, p. 550. Aussi, la Convention prévoit dans son article 7(2) le recours à cette solution pour combler les lacunes laissées par la Convention dans les matières qu'elle couvre.

⁹⁵⁴ C.c.Q., art. 3117 se lit comme suit : « Le choix par les parties de la loi applicable au contrat de consommation ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il a sa résidence si la conclusion du contrat a été précédée, dans ce lieu, d'une offre spéciale ou d'une publicité et que les actes nécessaires à sa conclusion y ont été accomplis par le consommateur, ou encore, si la commande de ce dernier y a été reçue.

Il en est de même lorsque le consommateur a été incité par son cocontractant à se rendre dans un État étranger afin d'y conclure le contrat.

En l'absence de désignation par les parties, la loi de la résidence du consommateur est, dans les mêmes circonstances, applicable au contrat de consommation. »

l'article 8 de la *Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*⁹⁵⁵ adoptée à la Conférence de *La Haye* le 22 décembre 1986⁹⁵⁶. Dans les cas de choix implicite de la loi applicable, l'article 7 de la Convention est moins restrictif⁹⁵⁷ que ce qui est prévu par le Code civil (article 3111 C.c.Q), car elle précise que cette intention implicite doit : « (...) résulter clairement des termes du contrat et du comportement des parties, envisagées dans leur ensemble ».

La règle de principe prévue à l'article 3114 C.c.Q. donnera le plus souvent compétence à la loi du vendeur dans les cas de ventes passées sur internet, car le *moment* de la conclusion du contrat qui importe selon cet article sera déterminé selon les règles québécoises relatives aux contrats entre absents au lieu de conclusion de la vente, là où le vendeur reçoit le message d'acceptation de son offre donc au lieu de sa résidence ou de son établissement⁹⁵⁸. Selon le professeur G. Goldstein, cette solution « n'est pas spécialement inadaptée à ce type de contrat », car d'une part, le vendeur est le débiteur de la prestation caractéristique et d'autre part, la vente à la consommation dépend de l'article 3117 C.c.Q.⁹⁵⁹

Il ne faut pas oublier que dans le respect du principe de proximité, en l'absence de désignation par les parties de la loi applicable à la vente, l'article 3082 C.c.Q.⁹⁶⁰ peut s'appliquer de façon à écarter le second alinéa de l'article 3114 C.c.Q. qui prévoit les trois exceptions en vertu desquelles il est fait dérogation à l'application de principe de la loi de la résidence du débiteur de la prestation caractéristique (le vendeur et la délivrance). La Convention prévoit également à l'article 8.3 une clause échappatoire en ces termes :

« À titre exceptionnel, si, en raison de l'ensemble des circonstances, par exemple de relations d'affaires entre les parties, la vente présente des liens manifestement plus étroits avec une loi autre que celle qui serait applicable au contrat selon les paragraphes 1 ou 2, la vente est régie par cette autre loi. »

⁹⁵⁵ *Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* (ci-après citée "Convention de La Haye de 1986"), en ligne: <<http://www.hcch.net/>>.

⁹⁵⁶ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 382, p. 552.

⁹⁵⁷ *Id.*

⁹⁵⁸ *Id.*, n° 382, p. 553.

⁹⁵⁹ *Id.*

⁹⁶⁰ L'article 3082 C.c.Q. se lit comme suit: « À titre exceptionnel, la loi désignée par le présent livre n'est pas applicable si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la situation n'a qu'un lien éloigné avec cette loi et qu'elle se trouve en relation beaucoup plus étroite avec la loi d'un autre État. La présente disposition n'est pas applicable lorsque la loi est désignée dans un acte juridique. »

Il s'agit maintenant de se tourner vers le domaine de la loi applicable.

2. *Domaine de la loi applicable*

450. La *Convention de La Haye* de 1986 précise son champ d'application et donc le domaine de la loi applicable. En son article 5, elle énonce négativement le domaine de la loi applicable dans le sens où elle ne détermine pas la loi applicable, notamment, « (...) c) au transfert de propriété (exceptée les matières prévues à l'article 12); d) ni aux effets de la vente à l'égard de toute personne autre que les parties ». L'article 12 énonce positivement et de façon non limitative que la loi applicable à la vente régit, notamment :

- « a) l'interprétation du contrat;
- b) les droits et obligations des parties et l'exécution du contrat;
- c) le moment à partir duquel l'acheteur a droit aux produits et aux fruits des marchandises;
- d) le moment à partir duquel l'acheteur supporte les risques relatifs aux marchandises;
- e) la validité et les effets entre les parties des clauses de réserve de propriété;
- f) les conséquences de l'inexécution du contrat, y compris les chefs de préjudice pouvant donner lieu à réparation, à l'exclusion de ce qui relève de la loi de procédure du for;
- g) les divers modes d'extinction des obligations, ainsi que les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai;
- h) les conséquences de la nullité ou de l'invalidité du contrat. »

L'article 13 de la Convention ajoute que : « La loi de l'État où a lieu l'examen des marchandises s'applique, sauf clause expresse contraire, aux modalités et à la procédure de cet examen. »

451. Si la Convention ne traite pas de la loi applicable au moment du transfert de propriété entre les parties, elle précise tout de même que la validité et les effets entre les parties des clauses de réserve de propriété sont sujets à la loi contractuelle⁹⁶¹. Selon le professeur Gérald Goldstein, les dispositions de l'article 12 relatives à la délimitation conventionnelle du domaine de la loi contractuelle paraissent respecter les conceptions québécoises et de ce fait, selon lui, la jurisprudence devrait ainsi s'en inspirer⁹⁶². Mais, on se demande qu'elle est la loi applicable au

⁹⁶¹ Convention de *La Haye* de 1986, art. 12 e).

⁹⁶² G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 383, p. 557.

moment du transfert de propriété? Il convient tout d'abord de rappeler que la loi d'autonomie ne gouverne pas indistinctement toute question relative à un contrat⁹⁶³. S'il est possible d'admettre que les conditions de création d'un droit réel par contrat et son contenu puissent dépendre en principe de la loi réelle, même entre les parties, il est plus difficile, entre elles, d'admettre l'application de la loi réelle en ce qui concerne le moment du transfert de propriété, ainsi que la validité des clauses de réserve de propriété⁹⁶⁴. Comme le fait remarquer le professeur Gérald Goldstein : « le lieu de situation des objets risque en effet d'être tout à fait accidentel au moment où le litige naît. »⁹⁶⁵ Il ne serait pas pertinent d'admettre la loi du lieu de situation du bien au sujet du moment du transfert puisque le lieu peut changer et faire naître des conflits mobiles qui, comme on l'a vu⁹⁶⁶, posent des problèmes de résolutions, dans le sens où il sera difficile de déterminer le moment pertinent pour admettre le rattachement.

Rappelons que puisque la vente transfère des droits réels, en règle générale, les règles de droit international privé en matière de conflits de lois dissocient les aspects obligationnels et réels de la vente, comme en droit interne, mais cela pose de sérieuses difficultés⁹⁶⁷. Ainsi, pour tenter de les résoudre, différentes solutions doctrinales ont été proposées, laissant une large place à la *lex rei sitate* et reposant notamment d'une part, sur la distinction du transfert de propriété entre les parties et de ses effets à l'égard des tiers⁹⁶⁸, ou d'autre part, sur la césure entre questions contractuelles et questions réelles⁹⁶⁹.

Dans le premier cas, on peut relever, par exemple, que la Convention de La Haye de 1986 a admis que la validité de la clause de réserve de propriété dépend de la loi contractuelle, mais seulement entre les parties⁹⁷⁰. Toutefois, quand il s'agit de leur opposabilité aux tiers, puisque ces clauses peuvent se heurter à d'autres lois que celles de la vente, comme à la loi de la faillite ou à la loi de situation du bien, il ne convient pas de les rattacher à la loi contractuelle⁹⁷¹. Selon

⁹⁶³ H. BATTIFOL et P. LAGARDE, préc., note 420, n° 595, p. 315.

⁹⁶⁴ Convention de *La Haye* de 1986, art. 12 e). G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 386, p. 559.

⁹⁶⁵ *Id.*

⁹⁶⁶ *Supra*, n° 443-446.

⁹⁶⁷ D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n° 669, p. 69.

⁹⁶⁸ *Convention du 15 avril 1958 sur la loi applicable aux transferts de propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels; Loi de droit international Suisse*, art. 104, cité dans D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *id.*

⁹⁶⁹ *Id.*

⁹⁷⁰ Convention de *La Haye* de 1986, art. 12 e).

⁹⁷¹ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 385, p. 559.

le professeur Paul Lagarde, le compromis de différencier les rapports entre les parties en donnant le choix de la loi contractuelle, et les rapports avec les tiers en gardant l'application de la loi réelle, a contribué à l'échec de la *Convention de La Haye de 1958 sur la loi applicable au transfert de la propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels*⁹⁷². La différenciation des rapports entre les parties ou avec les tiers dans l'application de la loi a été critiquée puisque le propre du droit réel est finalement son opposabilité à tous⁹⁷³. Selon les termes de P. Lagarde :

« En conséquence, admettre que les effets réels de la vente, spécialement le transfert de la propriété, soit soumis à la loi du contrat dans les rapports *inter partes* et à la *Lex situs* dans les rapports avec les tiers, c'est admettre que l'effet réel puisse se produire entre les parties sans être opposable aux tiers, auquel cas on ne peut plus parler véritablement d'effet réel. »⁹⁷⁴

452. Selon lui, la distinction entre les effets du transfert de propriété entre les parties et à l'égard des tiers devrait être remplacée par la distinction entre les effets contractuels qui relèvent de la loi du contrat et les effets réels du contrat qui relèvent de la *Lex rei sitae*⁹⁷⁵.

Cette solution est la plus souvent admise, bien que selon des modalités variables dépendamment des auteurs⁹⁷⁶.

453. Ainsi, pour déterminer le champ d'application de la règle de conflit relative au transfert de propriété de biens, il convient de catégoriser les matières qui relèvent du statut réel qui doivent être distinguées de celles qui relèvent du statut contractuel. Il convient de mentionner que cette césure est délicate selon les situations, car ces catégories peuvent s'enchevêtrer⁹⁷⁷. En effet, il arrive que des éléments du statut réel et du statut des obligations se retrouvent dans une même matière comme dans les cas de contrats de vente internationale relatifs au transfert de propriété. Ainsi, il sera difficile de tracer avec certitude une délimitation de frontière entre ces deux statuts. Également, le professeur Gérald Goldstein fait justement remarquer que la

⁹⁷² Ci-après citée: "*Convention de La Haye de 1958*", en ligne: <<http://lexinter.net/>>. P. LAGARDE, préc., note 950, n° 5, p. 154.

⁹⁷³ *Id.*

⁹⁷⁴ *Id.*, n° 5, p. 154 et 155.

⁹⁷⁵ *Id.*

⁹⁷⁶ Il suffit de comparer les articles de P. LAGARDE, préc., note 950, avec Vincent HEUZÉ, "la notion de contrat en droit international privé", *Trav. Com. Fr. DIP*, 1997-1998, p. 319.

⁹⁷⁷ dans D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n.b.p. 1 et 4, p. 69.

dissociation entre la loi contractuelle et la loi réelle dans la recherche de la détermination de la loi au moment du transfert de propriété ne favorise pas les transactions internationales :

« Quelle logique y-a-t-il donc à déterminer assez arbitrairement ce moment pour ensuite paraître respecter une loi qui s'imposerait d'elle-même, laisse-t-on entendre, de manière à décider du moment du transfert de propriété? Cette dissociation, lourde et artificielle, entre la loi contractuelle, gouvernant les autres éléments faisant l'objet de l'accord de volonté, et la loi réelle, régissant le moment ou les modalités du transfert de propriété, ne favorise pas les transactions internationales. Sans compter que la localisation "artificielle" des biens incorporels au domicile du débiteur montre qu'essentiellement le rattachement doit revenir à la personne d'un cocontractant. »⁹⁷⁸

Les critiques soulevées par la doctrine à cette solution de dissociation entre la loi contractuelle et la loi réelle, notamment au niveau du besoin de protection des tiers a amené à l'application d'une compétence de principe de la *lex contractus* laissant à la *lex rei sitae* « un rôle purement prohibitif, protecteur de catégorie déterminée de tiers : acquéreurs *a non-domino*⁹⁷⁹ ou créanciers chirographaires menacés par l'insolvabilité organisée de leur débiteur. »⁹⁸⁰. Ainsi, en matière de vente internationale, selon cette doctrine de plus en plus majoritaire, il conviendrait de distinguer les conditions de formation et les effets créateurs d'obligations du contrat qui seraient régis par la *lex contractus*, des conditions de création ou de transfert des droits réels et leur contenu qui seraient régis par la *lex rei sitae*⁹⁸¹. En effet, la validité du contrat conditionne le transfert de propriété donc on doit se demander préalablement à la question de la loi applicable au transfert de propriété qu'elle est la loi applicable à la validité du contrat⁹⁸²?

En règle générale, la volonté des parties suffit à transférer la propriété, sans nécessité de formalité réelle, sans remise du bien, à moins que les parties n'en décident autrement et retardent le transfert à une date précise ou à la survenance d'une certaine condition⁹⁸³. Ainsi, par le principe du consensualisme que l'on vient d'exposer, le transfert de la propriété et son moment, dépendent finalement de l'accord de volonté entre les parties. Donc, entre les parties, la loi

⁹⁷⁸ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 385, p. 559.

⁹⁷⁹ Signifie que l'on a reçu un bien d'une personne qui n'en était pas le propriétaire.

⁹⁸⁰ D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n° 669, p. 69 et 70.

⁹⁸¹ Cass. Civ., 3 mai 1973, Rev. Crit. DIP, 1974.100, note E. Mezger : J.D.I., 1975.74, note P. Fouchard ; Rec. gén. Lois, 1974.453, obs. G. Droz, cités dans D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n.b.p. 1, p. 67 ; P. LAGARDE, préc., note 950, n° 5, p. 155.

⁹⁸² P. LAGARDE, préc., note 950, n° 8, p. 156.

⁹⁸³ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 385 p. 559.

contractuelle devrait régir les questions de validité du contrat comme l'obligation de délivrance pour créer un contrat de vente et donc le moment du transfert⁹⁸⁴. Par contre, le système consensuel c'est-à-dire le transfert de propriété par le seul consentement (comme en droit français, droit italien, droit québécois...) n'est pas admis partout⁹⁸⁵.

Dans les pays à système séparatiste, on est en présence d'un dualisme ou d'une séparation entre l'acte créateur d'obligations et l'acte de disposition (contrat de transfert ou contrat réel), comme en Suisse ou en Allemagne, on distingue alors deux accords de volonté : le contrat de vente qui crée des obligations entre les parties, c'est-à-dire l'obligation pour le vendeur de transférer la propriété à l'acheteur et l'accord en vue de transférer la propriété ou le transfert proprement dit⁹⁸⁶. Puisqu'il n'est pas possible d'harmoniser ces différents systèmes, certains auteurs ont tenté de reconstruire l'articulation des lois réelles et des lois contractuelles en distinguant les cas où la chose est située dans un pays à système consensuel de ceux où la chose est située dans un pays à système séparatiste⁹⁸⁷.

454. Dans le premier cas, il convient d'appliquer la loi contractuelle à la question préalable de la validité du contrat⁹⁸⁸. En effet, au Québec, les questions relatives au moment du transfert par contrat, les conditions et le moment de l'individualisation des choses indéterminées sont envisagées dans l'article 1453 C.c.Q.⁹⁸⁹ et dépendent de la loi contractuelle. Si l'article 916 C.c.Q.⁹⁹⁰ est une règle relative au statut réel, qui donne le pouvoir aux parties de transférer la propriété par contrat, le professeur G. Goldstein admet que :

« La condition exigée par la loi réelle est satisfaite lorsque naît un contrat valide (selon sa propre loi contractuelle). Il appartient ensuite à cette loi contractuelle

⁹⁸⁴ P. LAGARDE, préc., note 950, n° 8 p. 156. G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 385 et 386, p. 559 et 560.

⁹⁸⁵ *Id.*

⁹⁸⁶ P. LAGARDE, préc., note 950, n° 3, p. 153.

⁹⁸⁷ *Id.*, p. 156.

⁹⁸⁸ *Id.* G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 386, p. 561.

⁹⁸⁹ C.c.Q., art. 1453: "Le transfert d'un droit réel portant sur un bien individualisé ou sur plusieurs biens considérés comme une universalité, en rend l'acquéreur titulaire dès la formation du contrat, quoique la délivrance n'ait pas lieu immédiatement et qu'une opération puisse rester nécessaire à la détermination du prix. Le transfert portant sur un bien déterminé quant à son espèce seulement en rend l'acquéreur titulaire, dès qu'il a été informé de l'individualisation du bien."

⁹⁹⁰ C.c.Q., art. 916: al. 1 "Les biens s'acquièrent par contrat, par succession, par occupation, par prescription, par accession ou par tout autre mode prévu par la loi." Al. 2. "Cependant, nul ne peut s'approprier par occupation, prescription ou accession les biens de l'État, sauf ceux que ce dernier a acquis par succession, vacance ou confiscation, tant qu'ils n'ont pas été confondus avec ses autres biens. Nul ne peut non plus s'approprier les biens des personnes morales de droit public qui sont affectés à l'utilité publique."

d'énoncer ses effets et le moment de leur réalisation. Lorsque l'article 1453 C.c.Q. énonce que le transfert d'un droit réel en rend l'acquéreur titulaire *dès* la formation du contrat- conformément à l'article 916 C.c.Q. puisque la condition d'existence du contrat est remplie — *sans attendre le moment* de la délivrance, il reste dans le domaine contractuel. »⁹⁹¹

455. Dans la seconde hypothèse où la chose est située dans un pays à système séparatiste, la *lex situs* subordonne le transfert de propriété à l'existence d'un contrat de transfert en plus du contrat de vente⁹⁹². Donc, la *lex situs* devra décider si le contrat de transfert est de type causal (comme en Suisse) ou suit le principe d'abstraction (comme en Allemagne).

Dans le premier cas, les tiers sont bien moins protégés, car ils seraient obligés de s'assurer de la validité du contrat de transfert de laquelle dépend la validité du contrat de vente. Le principe du consensualisme est étroitement lié au principe de causalité, l'un constituant la cause de l'autre. Ainsi, le problème de la loi applicable à la question préalable de validité du contrat est la même que dans l'hypothèse d'une chose située dans un pays à système consensuel⁹⁹³.

Au contraire, si la *lex situs* suit le principe d'abstraction qui s'oppose au principe de causalité dans le sens où l'obligation et l'exécution constituent deux actes juridiques indépendants l'un de l'autre, on n'aura pas de problème d'articulation entre les statuts contractuels et réels en matière de transfert de propriété, car la nullité de la vente n'affectera pas la validité du transfert de propriété⁹⁹⁴.

De manière générale, les éminents professeurs P. Lagarde et G. Goldstein sont d'accords sur le principe que « la ligne de partage entre la *lex contractus* et la *lex rei sita* ne doit pas passer entre les rapports *inter partes* et les rapports avec les tiers, mais entre les effets obligatoires et les effets réels du contrat. »⁹⁹⁵

456. Synthèse : En principe, la *lex rei sitae* ou la loi de la situation du bien fixe en principe le régime des droits réels sur les choses. On va vu que son application au contenu des droits ne soulève pas vraiment de difficultés alors qu'elle se heurte plus souvent à la concurrence d'autres

⁹⁹¹ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 386, p. 561.

⁹⁹² P. LAGARDE, préc., note 950, n° 12 p. 158; D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n° 668, p. 69.

⁹⁹³ P. LAGARDE, *id.*

⁹⁹⁴ *Id.* D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n° 668, p. 69.

⁹⁹⁵ P. LAGARDE, préc., note 950, n° 13, p. 159; G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 386, p. 561.

lois lorsqu'il s'agit de déterminer la création, les modes d'acquisition et de transferts de ces droits. On peut conclure qu'en cas de transfert des droits réels, la règle majoritaire veut que le contenu de ces droits dépende en principe de la loi réelle et non de la loi régissant la validité de l'acte de transfert, par exemple, la loi contractuelle⁹⁹⁶. Toutefois, on a pu relever qu'en matière de transfert conventionnel de la propriété, la doctrine de plus en plus majoritaire ainsi que les législateurs de certains pays comme la Suisse et l'Italie sont favorables à la soumission du transfert conventionnel de la propriété à la loi du contrat sous certaines réserves de protection des tiers de bonne foi⁹⁹⁷. Il convient de noter les propos de la professeure Horatia Muir-Watt qui résumant fort bien la situation en droit international privé en matière de loi applicable au transfert conventionnel de propriété, à défaut de Convention internationale harmonisant les différents systèmes juridiques en la matière :

« Outre les inconvénients qui s'attachent à la dissociation des divers effets de la vente du point de vue de leur rattachement, il n'est cependant pas certain que le besoin de protection des tiers impose une application aussi généralisée de la loi de situation du bien. »⁹⁹⁸

Aussi, l'insuffisance du rattachement à la loi du lieu de situation se retrouve en matière de conflits mobiles, car ce rattachement « de principe » entraîne des conséquences négatives notamment pour les tiers de bonne foi⁹⁹⁹, lorsque le bien, objet du transfert de propriété, a été déplacé. C'est également, le cas en matière de biens virtuels, en l'absence de localisation, comme nous allons le voir dans le chapitre qui suit.

⁹⁹⁶ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 320, p. 331.

⁹⁹⁷ Louis D'Avout rappelle la loi de droit international privé Suisse de 1987 en son article 104 dispose que: « les parties peuvent soumettre l'acquisition et la perte des droits réels mobiliers au droit de l'État d'expédition ou de destination ou au droit qui régit l'acte de base » mais « l'Élection de droit n'est pas opposable aux tiers » ; quant à la loi italienne du 31 mai 1995 en son article 51 énonce : « 1. La possession, la propriété et les autres droits réels sur les biens mobiliers et immobiliers sont régis par la loi de l'État dans lequel les biens se trouvent. 2. La même loi en régit l'acquisition et la perte, sauf en matière successorale et dans les cas où l'attribution d'un droit réel dépend d'un rapport de famille ou d'un contrat ». L. D'AVOUT, préc., note 33, n° 481, p. 639 et n.b.p. 4, p. 639.

⁹⁹⁸ D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n° 669, p. 69.

⁹⁹⁹ *Id. Supra*, n° 444.

Conclusion du chapitre 1

457. On a vu qu'il n'existe pas de règles générales de conflits de lois applicables aux biens incorporels. Pourtant, ces biens posent des problèmes de conflit de lois. Puisque traditionnellement, le droit international privé s'intéressait principalement aux biens corporels, il a dû s'adapter aux nouveaux biens, pour prévoir les droits sur des valeurs patrimoniales immatérielles comme les créances, titres, sûretés, droits intellectuels ou fonds de commerce (etc..). En matière de biens virtuels, aucune règle de conflit spécifique n'est prévue. On s'est donc intéressée dans ce chapitre à analyser les règles de conflits de lois en matière de biens corporels au niveau de la détermination de la loi applicable et de son étendue, dans le but de nous donner une bonne assise afin d'examiner dans le chapitre suivant si ces règles de conflit peuvent être ou non compatibles avec notre matière, dans la recherche de la loi applicable aux transferts de biens virtuels.

458. On a vu que la loi réelle, c'est-à-dire la loi du lieu de situation du bien (*lex rei sitate*), s'applique aux droits réels *stricto sensu* c'est-à-dire aux droits qui portent *sur* la chose (*jura in rem*). Ce principe est le résultat de l'évolution du régime des droits réels qui s'est étendu progressivement pour inclure, au côté du régime des immeubles, celui des meubles antérieurement soumis à la loi personnelle de leurs propriétaires (*mobilia sequuntur personam*)¹⁰⁰⁰. Il convient toutefois de préciser que la loi réelle ne s'applique pas à des droits à *propos* de l'utilisation d'une chose (*jura ad rem*) comme le droit d'un locataire puisque ce dernier n'a pas de droit réel au sens du droit civil¹⁰⁰¹. La loi applicable sera alors la loi de la source de l'acte juridique soit la loi contractuelle. Cette distinction de matière est importante lorsqu'on traite du domaine de la loi applicable, car la *lex rei sitae* pourra subir la concurrence d'autres lois. On a vu que la délimitation entre ces lois n'est pas évidente à régler en pratique et qu'il est préférable de traiter d'une part de l'acquisition des droits réels et d'autre part, du contenu des droits réels, car les solutions sont différentes. En effet, en pratique, dans la recherche de la loi applicable, il convient de faire une distinction entre la loi applicable au transfert du droit et celle applicable à la création du droit. D'une part, parce que la loi contractuelle ne peut

¹⁰⁰⁰ D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n° 665, p. 66.

¹⁰⁰¹ T. VIGNAL, préc., note 790, n° 375, p. 223.

contribuer à définir le contenu du droit réel lorsque celui-ci a seulement été transféré¹⁰⁰², c'est la loi réelle qui s'en occupe.

459. On déduit de notre examen de la loi applicable aux biens corporels que l'application de la loi réelle peut se résumer selon le schéma suivant :

1° Application de principe : la loi réelle est compétente lorsqu'aucune autre loi ne la concurrence.

2° Coexistence entre la loi réelle et la loi de la source :

a) Exception à l'application de principe de la loi réelle : Lorsque l'acquisition ou le transfert du droit réel résulte d'un fait ou d'un acte soumis à une loi propre (loi de la source), elle est soumise à cette loi. Par exemple, en matière de contrat ou de successions, ces modes d'acquisitions sont connus de tous les systèmes juridiques.

b) Retour de l'application de la loi réelle dans le but de protéger les tiers dans certaines situations, la loi de la source sera évincée (selon un courant doctrinal minoritaire la loi réelle agit ici comme « loi de police »). Par exemple, en matière de sûretés légales-privileges ou hypothèques¹⁰⁰³. Également, selon l'article 3097 C.c.Q., la loi de situation du bien sera compétente pour réglementer les conditions d'opposabilité des droits réels aux tiers.

460. Cependant, il y a des cas comme en matière de conflits mobiles ou en matière de vente internationale où aucune règle de conflit ne peut être généralisée ou uniformisée.

En matière de conflit mobile, par exemple en cas de meuble volé ou acquis du non-proprétaire dans un pays et vendu dans un autre pays, la règle classique de la loi de situation a dû être limitée dans son application. En effet, le déplacement du meuble dans un nouveau pays fait naître un conflit entre la loi de situation ancienne du bien et la loi de sa situation nouvelle¹⁰⁰⁴. Aux vues des différentes solutions offertes, on peut conclure que la solution qui semble prévaloir dans ce genre de cas est de distinguer entre les problèmes de l'acquisition du droit qui seront soumis à la loi de la situation du bien *au moment* de la création ou de l'extinction du droit donc à la *loi*

¹⁰⁰² P. MAYER et V. HEUZÉ, préc., note 837, n° 654, p. 496.

¹⁰⁰³ T. VIGNAL, préc., note 790, n° 377, p. 224.

¹⁰⁰⁴ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, préc., note 855, n° 657, p. 660.

ancienne et ceux relatifs à la détermination du contenu des droits réels qui seront régis par la loi de la *situation nouvelle*¹⁰⁰⁵.

En matière de contrats portant création ou transfert de droits réels sur les meubles, le rattachement par le lieu de situation subit la concurrence du rattachement par l'acte juridique¹⁰⁰⁶. En cas de vente, on a vu que c'est la loi réelle, loi du lieu de situation, qui définit les prérogatives du nouveau propriétaire et non la loi applicable à la vente. Toutefois, c'est la loi contractuelle qui doit s'appliquer lorsque le droit a été créé (ou organisé) par un acte juridique soumis à une loi propre. En matière de vente internationale, on a pu constater l'absence de convention internationale en vigueur sur les transferts de propriété d'objets mobiliers corporels à défaut de règles internes uniformes entre les différents pays sur la manière de transférer la propriété (système consensualiste v. système séparatiste). Si différentes approches ont été mises de l'avant, la solution à retenir selon une bonne partie de la doctrine serait de distinguer entre les effets contractuels qui relèvent de la loi du contrat et les effets réels du contrat qui relèvent de la *lex rei sitae*¹⁰⁰⁷. Ainsi, au Québec, puisque le contrat se forme par le seul échange de consentement, comme en France, il est admis que les questions relatives au moment du transfert par contrat, les conditions et le moment de l'individualisation des choses indéterminées dépendent de la loi contractuelle¹⁰⁰⁸.

461. En ce qui concerne les transferts de biens virtuels, on a démontré à plusieurs occasions dans cette étude que les biens virtuels, objets immatériels situés dans l'environnement virtuel du cyberspace, ont une valeur certaine dans le monde réel, qu'ils font l'objet de commerce et qu'ils ne sont pas géographiquement localisables. Les conflits de lois entre les acteurs des mondes virtuels peuvent difficilement être résolus en l'absence de règles internes et/ou de conventions internationales. Tout comme, l'exercice juridique s'est déjà fait dans d'autres matières, par exemple, pour la localisation d'une créance, il s'agit de vérifier si les règles de conflits de lois applicables aux biens corporels peuvent s'appliquer à notre matière. En d'autres

¹⁰⁰⁵ P. MAYER et V. HEUZÉ, préc., note 837, n° 656, p. 499.

¹⁰⁰⁶ B. AUDIT, préc., note 835, n° 161, p. 145. P. LAGARDE, préc., note 950, n° 3, p. 153.

¹⁰⁰⁷ P. MAYER et V. HEUZÉ, préc., note 837, n° 656, p. 499. *Supra*, n° 452.

¹⁰⁰⁸ C.c.Q., art. 1453: "Le transfert d'un droit réel portant sur un bien individualisé ou sur plusieurs biens considérés comme une universalité, en rend l'acquéreur titulaire dès la formation du contrat, quoique la délivrance n'ait pas lieu immédiatement et qu'une opération puisse rester nécessaire à la détermination du prix. Le transfert portant sur un bien déterminé quant à son espèce seulement en rend l'acquéreur titulaire, dès qu'il a été informé de l'individualisation du bien."

termes, il s'agit maintenant d'identifier la meilleure loi applicable qui saura s'adapter aux spécificités des biens virtuels.

Chapitre 2. Les difficultés d'application de la loi réelle en matière de biens virtuels

462. Les règles de droit international privé en matière de conflits de lois affectant les biens ou les droits réels reposent entièrement sur la localisation dans l'espace de l'objet ou de la situation en présence. En effet, on a vu que le facteur de rattachement en matière de biens corporels est en principe le lieu de situation du bien¹⁰⁰⁹. Le problème qui se pose en matière de transfert de biens virtuels est celui de la localisation des biens virtuels, biens incorporels inexistant du monde réel qui sont représentés graphiquement dans le monde virtuel, que certains considèrent comme un espace infini et sans frontière. Ainsi, dans le but de tenter de résoudre les problèmes de conflit de lois applicables aux transferts de propriété des biens virtuels, il convient tout d'abord d'analyser la nature spécifique du cyberspace (section 1) pour vérifier ses effets sur le facteur de rattachement (section 2). Nous verrons que les problèmes de compatibilité d'application des facteurs de rattachement des biens corporels sur les biens virtuels que nous allons relever vont nous mener à traiter du recours à la fiction juridique en droit international privé (section 3). Enfin, il s'agira d'appliquer la technique de la localisation fictive et de rechercher la meilleure localisation fictive selon les spécificités de notre matière pour déterminer les facteurs de rattachements dans les domaines réels et contractuels quand la situation l'exige (section 4).

Section 1. La nature spécifique du cyberspace

463. Le cyberspace est par nature un environnement virtuel complexe qui pose des difficultés légales importantes dans le monde réel comme le résumant fort bien David R. Johnson et David G. Post :

“The rise of the global computer network is destroying the link between geographical location and: (1) the power of local governments to assert control over online behavior; (2) the effects of online behavior on individuals or things; (3) the legitimacy of the efforts of a local sovereign to enforce rules applicable

¹⁰⁰⁹ *Supra*, n° 407 et suivants.

to global phenomena; and (4) the ability of physical location to give notice of which sets of rules apply. »¹⁰¹⁰

464. Il convient ici de définir la nature du cyberspace (paragraphe 1) et d'analyser ses caractéristiques particulières (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La nature du cyberspace

465. Si l'Internet est un terme technique¹⁰¹¹ universellement accepté, le « cyberspace » quant à lui, est un terme controversé dans le sens où on lui attribue des définitions nombreuses¹⁰¹². La doctrine est partagée sur la question de la nature du cyberspace : qu'est-ce que le cyberspace? La réponse à cette question est importante en pratique, car elle a des conséquences sur la façon d'aborder les questions de rattachements propres au droit international privé.

Nous verrons que le cyberspace est un moyen de communication entre les individus (A) les « transportant » de façon figurée dans un « espace imaginaire » (B).

A. Le cyberspace : un moyen de communication

466. Le professeur Pierre Trudel et son équipe, connus au Québec pour leur expertise en la matière, expliquent qu'Internet est le cyberspace : « les interconnexions entre les différents réseaux emportent la création d'un espace global, à la grandeur de la planète »¹⁰¹³ (...) « Le réseau n'est pas dans l'espace, il est l'espace »¹⁰¹⁴. Cette métaphore rejoint la définition donnée par l'Office québécois de la langue française : « le cyberspace est un lieu imaginaire appliqué métaphoriquement au réseau Internet et dans lequel les internautes qui y naviguent s'adonnent à des activités diverses »¹⁰¹⁵ et fait remarquer que le « terme “cyberspace” est parfois utilisé par

¹⁰¹⁰ David R. JOHNSON et David G. POST, « Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace », (1996) 48 *Stanford Law Review* 1367, p. 1370.

¹⁰¹¹ Sur la définition technique du terme “cyberspace” et “Internet”, *supra*, n° 62-67.

¹⁰¹² N. ELKIN-KOREN et E. M. SALZBERGER, *préc.*, note 143, p. 13.

¹⁰¹³ P. TRUDEL [et al.], *préc.*, note 143, p. 1-18.

¹⁰¹⁴ *Id.*, p. 1-13.

¹⁰¹⁵ Office québécois de la langue française, *Le grand dictionnaire terminologique*, en ligne : <http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8355974> (site consulté le 28-03-2014). Voir aussi, S. GUILLEMARD, *préc.*, note 17, p. 214.

certains dans le sens de “monde virtuel” »¹⁰¹⁶. Rappelons la définition que l’on a retenue du monde virtuel au début de cette étude : il s’agit d’un monde artificiel créé numériquement par ordinateur, représenté en deux ou trois dimensions, dans lequel on peut faire évoluer un avatar¹⁰¹⁷, par exemple les jeux en ligne de type MMO.

467. Pour certains, le cyberspace constitue seulement un moyen de communication, c’est à dire un moyen technique à l’instar du téléphone ou du fax¹⁰¹⁸. Selon Gabrielle Kaufmann-Kohler, l’appellation « cyberspace » est [...] mal choisie. Tout d’abord, il ne s’agit pas d’un espace, d’un lieu ou de lieux, mais d’un moyen de communication »¹⁰¹⁹. Cette affirmation se base sur le fait que les cocontractants ne sont pas en présence physique l’un de l’autre et que le cyberspace établit une communication entre ces personnes pour permettre la transaction. On a vu plus haut qu’Internet est un réseau¹⁰²⁰ c’est-à-dire un moyen de communication, il est le « médium » du cyberspace, ce dernier étant défini comme un monde imaginaire, dans lequel les utilisateurs peuvent décider de vivre une « seconde-vie » en se rendant dans le monde virtuel de *Second Life* offert par le développeur Linden lab. Comme le propose justement le juriste néerlandais J. De Kreek: « *Cyberspace is a virtual world [...] It is a world to which everyone has access, without preference, without reservations and without privileges. [...]. And the Internet, the world-wide network, is the medium.* »¹⁰²¹

468. Selon certains auteurs, le cyberspace n’est pas qu’un seul moyen de communication, il est par nature plus complexe en permettant aux utilisateurs non seulement de communiquer entre eux, mais également d’établir des relations, de passer des transactions et de s’adonner à toutes sortes d’activités¹⁰²². Mais puisqu’on « pénètre » par l’esprit dans l’environnement du

¹⁰¹⁶ S. GUILLEMARD, préc., note 17, p. 214.

¹⁰¹⁷ Dans le chapitre préliminaire de cette étude, on a passé en revue les caractéristiques des mondes virtuels et les notions techniques relatives à leur fonctionnement pour comprendre comment s’effectue la création et les transferts d’objets virtuels qui prennent naissance en leur sein. *Supra*, n° 35, 36 et 60-77.

¹⁰¹⁸ S. GUILLEMARD, préc., note 17, p. 214.

¹⁰¹⁹ Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, « Internet: mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges? », dans Katherina BOELE-WOELKI et Catherine KESSEDJIAN (dir.), *Internet – Quel tribunal décide? Quel droit s’applique ?*, Deventer et Den Haag, Kluwer Law International, 1998, p. 90-91, cité dans S. GUILLEMARD, préc., note 17, p. 268.

¹⁰²⁰ *Supra*, n° 63.

¹⁰²¹ J. DE KREEK, “Your Space or Mine?” (2000) 2 *International Law FORUM du droit international*, 170 cité S. GUILLEMARD, *id.*, n.b.p. 879, p. 275.

¹⁰²² Edward CASTRONOVA, *Exodus to the virtual world, How online fun is changing reality*, Palgrave Mamillan, 2007, p. 64; S. GUILLEMARD, *id.*, p. 259; P. TRUDEL, « Les responsabilités dans le cyberspace », dans Bruno de

cyberespace grâce au moyen de communication qu'est Internet et que le cyberespace est Internet alors le cyberespace serait en lui-même un moyen de communication.

B. *Le cyberespace : un « espace imaginaire »*

469. Différents auteurs, spécialisés dans des écrits sur le cyberespace, parlent du cyberespace d'« espace propre »¹⁰²³ ou « d'espace distinct »¹⁰²⁴ en tant que « lieu » situé en dehors de l'espace terrestre. Pour eux, le cyberespace a une absence de localisation dans l'espace terrestre au sens où l'information qui circule dans le cyberespace ne peut être localisée dans un endroit géographique puisque la transmission numérique s'effectue par le biais du réseau et non par voie terrestre¹⁰²⁵. Comme David R. Johnson et David G. Post l'expliquent :

*« Cyberspace has no territorially-based boundaries, because the cost and speed of message transmission on the Net is almost entirely independent of physical location: Messages can be transmitted from any physical location to any other location without degradation, decay, or substantial delay, and without any physical cues or barriers that might otherwise keep certain geographically remote places and people separate from one another. The Net enables transactions between people who do not know, and in many cases cannot know, the physical location of the other party. Location remains vitally important, but only location within a virtual space consisting of the "addresses" of the machines between which messages and information are routed. »*¹⁰²⁶

Edward Castronova, auteur de plusieurs ouvrages sur les mondes virtuels, mentionne une migration humaine vers de nouvelles frontières¹⁰²⁷ auxquelles il fait référence en ces termes : « *we refer to these territories - virtual worlds, MMORPG, cyberspace, metaverse, prokesnion, hyperstage, or synthetic world- (...)* »¹⁰²⁸. Aussi, Ethan Katsh explique fort bien les éléments caractéristiques du cyberespace en citant notamment les propos de l'informaticien David Gelernter : « *Cyberspace (...) should be viewed as a « mirror world » a place where institutions*

PADIRAC (dir.), *Les dimensions Internationales du droit du cyberspace*, Coll. "Droit du cyberspace", Paris, éd. UNESCO, Economica, 2000, 236, p. 237.

¹⁰²³ Elizabeth LONGWORTH, "Opportunité d'un cadre juridique applicable au cyberspace- y compris dans une perspective néo-zélandaise", dans B. de PADIRAC (dir.), préc. 1022, p. 20.

¹⁰²⁴ S. GUILLEMARD, préc., note 17, p. 268.

¹⁰²⁵ *Id.*, p. 231.

¹⁰²⁶ D. R. JOHNSON et D. G. POST, préc., note 1010, p. 1370.

¹⁰²⁷ E. CASTRONOVA, préc., note 1022, p. 64.

¹⁰²⁸ E. CASTRONOVA, préc., note 47, p. 11.

of the world are represented in digital form and where we can interact with these digital representations as if we were in the physical space »¹⁰²⁹.

470. Il est important de définir ce qu'est un « lieu » ou un « espace » dans le sens où ces termes sont employés ici? Cette question est très importante en pratique aux fins de notre étude, car si effectivement le cyberspace est un « lieu » dans son sens commun c'est-à-dire un « emplacement » ou une « localisation » physique ou matérielle alors les conflits de lois en matière des transferts des biens virtuels pourraient être facilement résolus au regard des règles existantes en matière de biens corporels qu'on a examinées plus haut¹⁰³⁰ puisqu'on serait en présence d'une localisation cyberspatiale¹⁰³¹.

471. Le terme « espace » peut prendre plusieurs sens selon les matières dans lequel on l'étudie (en médecine, astronomie, psychologie, mathématique, bâtiment...). Ici, il convient de parler d'« espace » en terme plus général et pour le définir il convient de comprendre la distinction entre les notions de « lieu » et d'« espace », notions parfois assimilables ou complémentaires. En effet, le « lieu » est une délimitation concrète d'une parcelle d'espace alors que l'espace est un « concept » dans lequel l'être humain évolue soit réellement, soit « virtuellement »¹⁰³². L'espace est matériellement insaisissable¹⁰³³.

472. Dans l'environnement du cyberspace, il ne fait aucun doute que l'individu évolue virtuellement et William Gibson¹⁰³⁴, connu comme le « père » du cyberspace explique ce concept comme une sorte d'« hallucination consensuelle » à tel point que :

« [l] e cybernaute est relié au monde informatique directement par son système nerveux. Le corps disparaît au profit de l'esprit, d'un esprit qui pourtant reçoit des sensations et ne peut agir que par ses sens : vue, toucher, ouïe, odorat et goût ne sont pas absents de la Matrice, et la conscience d'une sorte de corps est forte,

¹⁰²⁹ Ethan M. KATSH, « Symposium: Legal Regulation of the Internet- Dispute Resolution in Cyberspace », (1996) 28 *Connecticut Law Review* 953, "introduction", en ligne: <<http://www.umass.edu/legal/articles/uconn.html>> (site consulté le 21 septembre 2014).

¹⁰³⁰ *Supra*, n° 407-461.

¹⁰³¹ *Infra*, n° 484-494.

¹⁰³² *Supra*, n° 28. S. GUILLEMARD, préc., note 17, p. 253.

¹⁰³³ S. MUSSI, *Cyberspace et cybermonde: réflexion philosophique sur le rapport au monde et la technique*, Mémoire présenté pour l'obtention du grade de maître des arts (M.A.), Faculté des études supérieures, Université Laval, Septembre 1997, p. 101.

¹⁰³⁴ Romancier de science fiction qui a popularisé le cyberspace dans son roman *Neuromancer*, New York, Ace Books 1984, cité dans E. LONGWORTH, préc., note 1023, p. 17; S. GUILLEMARD, préc., note 17, p. 214.

à tel point que le héros, Case, n'est pas toujours capable de savoir où il se trouve : dans le "vrai" monde, ou dans la Matrice. »¹⁰³⁵

473. Cette explication peut à première vue surprendre, mais elle s'applique parfaitement au monde virtuel. En effet, lorsqu'on décide d'« entrer » dans un monde virtuel comme *Second Life*, notre esprit projette notre corps dans ce monde par l'intermédiaire de notre avatar à tel point que nous en venons à ne plus différencier le virtuel du réel. Même si parfois notre « seconde vie » n'est pas totalement indépendante de notre vie sur terre, puisque les activités qui se déroulent dans le cyberspace ont des conséquences dans le monde réel, ce n'est pas pour autant que le cyberspace peut être géographiquement localisé.

474. Il s'agit donc de définir le cyberspace comme un environnement ou un « espace » dans le sens d'étendue abstraite où s'effectuent des interactions entre les individus qui y accèdent par le moyen de transport ou de communication des réseaux. Cet espace n'a pas de localisation terrestre, il n'a pas de frontière, il n'a rien de concret, il n'existe pas réellement, il est finalement imaginaire et ne se situe nulle part ailleurs que dans notre esprit, en cela on peut parler du cyberspace en tant qu'« espace imaginaire » ou espace virtuel¹⁰³⁶. En ce sens, P. Trudel cite P. Lévy :

« Le sens commun fait du virtuel insaisissable, le complémentaire du réel, tangible. Lévy ajoute que le virtuel bien souvent "n'est pas là". De plus en plus, l'interaction qui est rendue possible par la communication électronique ne peut être située précisément. Ses éléments sont nomades et dispersés et la pertinence de leur position géographique a fortement décliné. Déterritorialité, présent tout entier dans chacune de ses versions, de ses copies, et de ses projections, dépourvues d'inertie, ubiquitaire habitant du cyberspace, l'hypertexte contribue à produire ici et là des événements d'actualisation textuelle, de navigation et de lecture. Seuls ces éléments sont véritablement situés. »¹⁰³⁷

Le cyberspace n'est donc pas un « lieu » au sens commun du terme¹⁰³⁸ même si certains prétendent le contraire¹⁰³⁹.

¹⁰³⁵ *Id.*

¹⁰³⁶ P. TRUDEL [et al.], préc., note 143, p. 1-13.

¹⁰³⁷ Pierre LÉVY, *Qu'est ce que le virtuel?*, Paris, La Découverte, 1995, p. 17.

¹⁰³⁸ *Supra*, n° 470.

¹⁰³⁹ Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, préc., note 1019, p. 90-91.

Paragraphe 2. Les caractéristiques particulières du cyberspace

475. Le cyberspace possède principalement et de manière non exhaustive les caractéristiques particulières suivantes : une immaterialité et une absence de contrôle étatique du réseau (A) et les attributs spécifiques de l'ubiquité et de l'anonymat (B).

A. Immaterialité et absence de contrôle étatique du réseau

476. Une particularité propre au cyberspace et qu'il n'a pas d'autorité centrale et n'appartient à personne puisqu'il n'a pas de centre physique, il est abstrait, immatériel. Aussi, selon David Post :

« L'Internet permet de passer relativement facilement d'un ressort juridictionnel à un autre ou de « sortir » du champ d'intervention d'un « régulateur » donné, avec ce résultat sans précédent - et imprévisible - qu'il se crée un « marché libre de régimes normatifs. »¹⁰⁴⁰

L'immaterialité est omniprésente dès que l'on pénètre dans l'environnement du cyberspace. En effet, cet environnement regroupe les données qui s'expriment par une représentation graphique d'un espace virtuel et des objets virtuels. On a vu que la transmission des données se fait par système d'adressage, par la localisation des ordinateurs grâce aux adresses *IP*¹⁰⁴¹. Si des milliers de personnes peuvent instantanément au même moment avoir accès à un même document sur le Web, il convient de préciser qu'ils ont accès à une « reproduction » instantanée de l'information intangible puisque l'original de l'information reste, dématérialisé, dans l'ordinateur du créateur d'origine¹⁰⁴².

B. Ubiquité et anonymat

477. Dans l'environnement du cyberspace, il est facile pour les utilisateurs de rester anonyme. D'une part, en raison de la nature même d'Internet qui se prête à la mobilité¹⁰⁴³ ou à

¹⁰⁴⁰ David G. POST, "Anarchy, State and the Internet: An essay on Law-making in Cyberspace", (1995), *J. Online L.*, art. 3, par. 1.

¹⁰⁴¹ *Infra*, n° 64 et 65.

¹⁰⁴² S. GUILLEMARD, préc., note 17, p. 232 et 235.

¹⁰⁴³ E. LONGWORTH, préc., note 1023, p. 20.

l'ubiquité¹⁰⁴⁴ de différentes façons. Par exemple, l'utilisateur peut se trouver dans un pays X et en même temps engager des activités dans un pays Y ou une même information peut être disponible en même temps à plusieurs endroits sur le réseau. D'autre part, car les caractéristiques techniques d'Internet permettent à l'utilisateur de se créer une cyberidentité très différente de son identité dans le monde réel ou encore de dissimuler l'origine d'un message ou d'une information. Il est donc facile pour un utilisateur de se soustraire de ses responsabilités légales. Il suffit de penser aux atteintes à la propriété intellectuelle, à la diffamation ou à la pornographie qui sont des exemples très fréquents au sein de l'environnement du cyberspace et dont leurs auteurs, faute de les identifier, restent souvent impunis.

478. Synthèse : En conclusion, le cyberspace a une particularité importante qui a une incidence directe sur l'application des règles de droit : l'inexistence de localisation.

On a fait le tour des caractéristiques du cyberspace pour le définir en tant qu'« espace imaginaire » et réfuter sa définition en tant que « lieu » au sens géographique du terme.

Il s'agit maintenant d'examiner les effets de la nature cyberspatiale sur le facteur de rattachement.

Section 2. Les effets de la nature cyberspatiale sur le facteur de rattachement

479. La nature du cyberspace en tant qu'« espace imaginaire »¹⁰⁴⁵ qui regroupe les biens virtuels, a d'une part, un effet négatif sur le facteur de rattachement puisque ces biens ne peuvent être localisés (paragraphe 1) et d'autre part, elle limite évidemment l'application de la règle classique de référence à la loi de situation (paragraphe 2).

¹⁰⁴⁴ L'ubiquité désigne le fait d'être présent à plusieurs endroits à la fois. P. Trudel explique que ce terme est employé dans le sens où "le fonctionnement des réseaux ouverts et l'accès à des sites d'information sont facilités lorsque le même contenu informationnel est disponible à plusieurs endroits sur le réseau, permettant à l'utilisateur de toujours accéder au site le moins occupé." P. TRUDEL [et al.], préc., note 143, p. 1-17.

¹⁰⁴⁵ *Supra*, n° 474.

Paragraphe 1. Le défaut de rattachement

480. Il s'agit tout d'abord de définir en droit international privé ce qu'on entend par défaut de rattachement (A) pour pouvoir démontrer que la nature du cyberspace - en tant qu'« espace imaginaire » - est en présence de ce défaut en l'absence totale de localisation (B).

A. Définition

481. Traditionnellement, c'est en fonction des frontières territoriales qui délimitent des zones distinctes ou de rattachements de nature personnelle que des ensembles de règles juridiques différentes sont applicables.

Rappelons qu'en droit international privé, le « facteur de rattachement » conduit à identifier pour une catégorie donnée, par une localisation commune dans l'espace, la loi la plus appropriée.

En d'autres termes, tels que l'énonce fort bien Horatia Muir-Watt :

« La règle de conflit bilatérale rattache une catégorie de questions juridiques à un ordre juridique — celui qui est jugé présenter la vocation la plus forte à régir ces dernières au moyen d'un élément de la situation litigieuse considérée le plus apte à représenter cette vocation. »¹⁰⁴⁶

Dans la majorité des cas en matière de biens et d'obligations, la défaillance du facteur de rattachement intervient lorsqu'il est fait référence à la loi en vigueur dans un lieu déterminé, comme à la loi du lieu de situation du bien ou à celle du lieu d'exécution d'une prestation caractéristique, et que ce lieu se trouve dans un espace sans souveraineté (l'élément d'extranéité ici est la localisation du bien à l'extérieur du territoire national d'un État souverain¹⁰⁴⁷) comme en haute mer ou dans l'espace extra-atmosphérique ou encore dans un espace indéterminé¹⁰⁴⁸. Dans ces cas, on tente d'assigner généralement un rattachement subsidiaire parfois fondé sur une localisation fictive, par exemple, pour les biens, le lieu d'enregistrement du bien ou en cas de cyberdélit, le lieu vers lequel le site litigieux est « focalisé »¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁶ D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 30, n° 399, p. 399.

¹⁰⁴⁷ S. GUILLEMARD, préc., note 17, p. 457.

¹⁰⁴⁸ D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 30, n°403, p. 402.

¹⁰⁴⁹ *Id.*; *Infra*, n° 511-541.

482. On a vu plus haut, que le statut réel local et opposable des biens matériels trouve sa source dans la situation physique d'une chose¹⁰⁵⁰. Le problème auquel nous faisons face dans notre matière est que les biens virtuels n'existent pas dans le monde réel, ils n'ont pas de localisation. On est donc en présence d'un défaut de rattachement important.

483. Il convient de mentionner que certains ont tenté de contourner ce problème de défaillance en admettant la localisation cyberspatiale comme facteur de rattachement, mais cette théorie paraît douteuse au regard de la nature du cyberspace.

B. Le remède douteux : la localisation cyberspatiale comme facteur de rattachement

484. La localisation des cyberconflits de lois est difficilement identifiable. En effet, on a vu que les difficultés de localisation sont inhérentes aux caractéristiques propres du cyberspace, la plus importante étant son absence de lieu¹⁰⁵¹. Pour remédier au problème de défaillance du facteur de rattachement, certains auteurs se sont aventurés à tenter de justifier la qualification du facteur de rattachement à la localisation cyberspatiale. Pour eux, le cyberspace en tant qu'entité « étrangère » à la terre est en lui-même un élément d'extranéité¹⁰⁵² menant à la recherche d'un facteur de rattachement qui désigne l'ordre juridique compétent.

Cette hypothèse de la localisation cyberspatiale en tant que facteur de rattachement se fonde notamment sur l'analyse de David R. Johnson et David G. Post relative à la résolution des problèmes juridiques au sein du cyberspace, qu'ils formulent ainsi :

« Many of the jurisdictional and substantive quandaries raised by border-crossing electronic communications could be resolved by one simple principle: conceiving of Cyberspace as a distinct "place" for purposes of legal analysis by recognizing a legally significant border between Cyberspace and the "real world". »¹⁰⁵³

¹⁰⁵⁰ *Infra*, n° 408; S. GUILLEMARD, préc., note 17, p. 457.

¹⁰⁵¹ *Supra*, n° 470.

¹⁰⁵² Le droit international privé ne donne pas de définition exacte de l'élément d'extranéité. Certains auteurs comme Alain Prujiner l'assimile au facteur de rattachement alors que d'autres le place à une étape préliminaire en tant que fait qui délimite les situations dites « internes » des situations internationales. C'est l'existence de ce fait qui conduit à l'étape de la recherche de rattachement en droit international privé. Ajoutons que l'extranéité peut être réelle qu'elle soit réelle (regroupant l'ensemble des critères territoriaux fondés sur une localisation géographique) ou personnelle (regroupant l'ensemble des critères personnels fondés sur un lien de nationalité). S. GUILLEMARD, préc., note 17, p. 453-456.

¹⁰⁵³ D. R. JOHNSON et D. G. POST, préc., note 1010, p. 1378.

485. Selon les partisans de cette théorie, il existerait une frontière entre le cyberspace traité comme un « lieu » distinct et l'espace terrestre. Le problème reviendrait alors à trouver la délimitation de cette frontière pour savoir quand l'internaute aurait pénétré le cyberspace. Ce moment est important à déterminer, car les lois applicables à une activité donnée dans le cyberspace pourraient être différentes de celles qui s'appliquent dans le monde réel à une activité matérielle. On peut estimer comme ces auteurs que la localisation cyberspatiale comme facteur de rattachement permettrait d'élaborer des règles nouvelles applicables exclusivement sur le Réseau et d'éviter l'existence de vide juridique ou la manipulation de règles juridiques existantes applicables aux biens matériels à l'aide de fictions juridiques¹⁰⁵⁴. Or, admettre cette hypothèse revient déjà à établir la fiction du cyberspace en tant que « lieu » alors qu'on a conclu plus haut¹⁰⁵⁵ qu'il ne peut s'agir que d'un « espace imaginaire » ne pouvant être localisé. De plus, il paraît utopique de prétendre à une approche universelle quant à l'élaboration des règles nouvelles et uniformes applicables seulement sur le Réseau.

486. Il est tout de même intéressant de faire l'exercice d'appliquer la théorie de la localisation cyberspatiale en tant que facteur de rattachement à notre matière, ce qui revient à nous poser les questions suivantes : est-il possible de considérer que l'activité de transferts de propriété de biens virtuels se manifeste dans un monde virtuel?

À priori, oui, puisqu'il y a une manifestation d'un processus de communication dans ce monde virtuel. Ainsi, une deuxième question doit suivre : est-il possible de tenir pour acquis que la compétence législative ou juridictionnelle serait fondée sur une activité qui se déroulerait dans un monde virtuel? En d'autres termes, si une activité de vente de table basse virtuelle a lieu dans *Second Life*, est-ce que le fait de pouvoir localiser cette activité dans le monde virtuel pourrait permettre d'appliquer la compétence de la loi établie pour le monde virtuel, c'est-à-dire les termes et conditions du développeur du monde virtuel?

487. Si oui, on accepte l'application d'une sorte de *Lex mercatoria numerica*¹⁰⁵⁶ connu aussi sous la dénomination de *lex electronica* (loi d'origine non étatique) dans le monde virtuel. Mais cela peut créer un précédent et élargir la compétence de la *lex electronica* à toutes les activités qui se déroulent sur Internet en tant qu'espace virtuel. Il convient donc de nuancer notre réponse,

¹⁰⁵⁴ E. LONGWORTH, préc., note 1023, p. 53.

¹⁰⁵⁵ *Supra*, n° 469-478.

¹⁰⁵⁶ E. LONGWORTH, préc., note 1023, p. 39-42 ; S. GUILLEMARD, préc., note 17, n.b.p. 1435, p. 460.

car le facteur de rattachement est par essence intimement lié à l'ordre juridique dans la sphère duquel il se situe. En principe, l'ordre juridique émerge d'une société productrice d'un ensemble de règles¹⁰⁵⁷. Le problème est qu'il n'existe aucun ordre juridique au sein du cyberspace. En effet, comme on l'a vu plus haut¹⁰⁵⁸, le cyberspace n'a pas pour le moment d'autorité centrale tout comme Internet, ce dernier étant décrit comme un « réseau ouvert »¹⁰⁵⁹. Aussi, il convient de préciser que la source de l'ordre juridique au sein du cyberspace ne doit pas être automatiquement étatique, elle peut provenir de la *communauté* elle-même et c'est ce que prévoit le professeur Vincent Gautrais lorsqu'il énonce les propos suivants :

« 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. Une 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. »¹⁰⁶⁰

Toutefois, l'idée selon laquelle il existe déjà une forme de réglementation au sein du cyberspace représenté par la *Lex electronica* n'est pas fondée¹⁰⁶¹. En effet, la légitimité de cette loi coutumière des marchands peut être remise en cause en tant que corps de règle au sein du cyberspace pour plusieurs raisons : d'une part, parce que son champ d'application est limité, elle ne couvre pas toutes les questions juridiques relatives au commerce électronique¹⁰⁶². D'autre part, parce qu'elle est d'origine coutumière et ne fait pas en soi autorité selon la théorie du « positivisme juridique »¹⁰⁶³. Cette dernière admet que le droit ou l'ensemble de règles

¹⁰⁵⁷ Paul LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* », dans Philippe FOUCHARD, Philippe KAHN et Antoine LYON-CAEN (dir.), *Le droit des relations économiques internationales - Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 125.

¹⁰⁵⁸ *Supra*, n° 476.

¹⁰⁵⁹ S. GUILLEMARD, préc., note 17, p. 225.

¹⁰⁶⁰ Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1998, p. 292-293. [Les italiques sont dans le texte original].

¹⁰⁶¹ E. LONGWORTH, préc., note 1023, p. 39-42 ; S. GUILLEMARD, , préc., note 17, p. 460 et 461.

¹⁰⁶² V. GAUTRAIS, préc., note 1060, p. 460.

¹⁰⁶³ E. LONGWORTH, préc., note 1023, p. 40.

juridiques assimilés à l'ordre juridique tel qu'on l'envisage doivent provenir d'une source d'autorité souveraine pour pouvoir en reconnaître la force exécutoire¹⁰⁶⁴.

488. On en déduit que, puisque la localisation d'un fait en droit international privé présuppose l'existence d'un lieu (élément d'extranéité) et d'un ordre juridique (facteur de rattachement), et que le cyberspace n'est pas un « lieu » (il n'y a pas de localisation possible « dans » cette représentation mentale d'un espace) et n'a pas d'ordre juridique, alors la localisation cyberspatiale n'existe pas. Cette conclusion entraîne des conséquences sur la loi applicable.

489. Dans la recherche de facteur de rattachement pour déterminer la loi applicable aux transferts de biens virtuels, il convient ainsi de vérifier si les facteurs de rattachements prévus en matière corporelle tels que nous les avons étudiés plus haut¹⁰⁶⁵ sont compatibles avec notre matière.

Paragraphe 2. Les limites d'application de la loi de situation des biens aux biens virtuels

490. Il s'agit ici de déterminer si la règle classique du rattachement par localisation des biens serait opportune dans son application en matière de transferts de propriété de biens virtuels si on admet l'hypothèse de leur qualification en des « biens meubles incorporels ». Rappelons que la doctrine admet que les droits réels sur une chose mobilière corporelle ne peuvent être valablement acquis qu'en vertu de la loi de situation de la chose, au moment du fait d'acquisition¹⁰⁶⁶. La loi du lieu de situation du bien s'applique également quant au contenu des droits réels et non la loi contractuelle, qui est néanmoins compétente sur la validité de l'acte et des dispositions confirmant les dérogations apportées à la loi réelle¹⁰⁶⁷. Il est important également de ne pas oublier que c'est la loi réelle qui détermine les types de « choses » susceptibles de l'objet de droit réel et donc de devenir des biens¹⁰⁶⁸.

491. En matière de transferts de biens virtuels, l'application de la loi de situation est limitée. En effet, l'analyse des facteurs de rattachements en droit international privé des biens et les

¹⁰⁶⁴ *Id.*

¹⁰⁶⁵ *Supra*, Chapitre 1: “La règle de conflit de loi applicable aux biens”, p. 202 et s.

¹⁰⁶⁶ *Supra*, n° 422.

¹⁰⁶⁷ *Supra*, n° 437.

¹⁰⁶⁸ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, p. 330.

problèmes de localisation que posent les particularités du cyberspace révèlent la difficulté de rendre compatible les règles de conflit classique en matière de biens corporels à des opérations essentiellement immatérielles¹⁰⁶⁹. Il convient de remarquer que dans notre matière les fondements doctrinaux à l'application de la règle de rattachement de la loi de situation ne sont plus justifiés.

492. Rappelons, d'une part, que selon la majorité de la doctrine dont Bartin fait partie, le principe essentiel sous-jacent à la règle de rattachement en droit des biens est celui de la *sécurité juridique des transactions*¹⁰⁷⁰. Ce principe implique nécessairement que la loi applicable soit prévisible pour les parties à la transaction et tel est le cas de la loi de la situation du bien. Or, en matière de biens virtuels, le principe de la sécurité juridique des transactions ne peut être respecté si on applique la loi de la situation du bien, car la localisation des biens virtuels dans le cyberspace est impossible à déterminer à un moment donné puisqu'on a vu que le cyberspace n'est pas un lieu¹⁰⁷¹. En effet, le principe traditionnel de la *lex rei sitae* ne peut s'appliquer avec prévisibilité aux biens virtuels qui sont incorporels et qui n'occupent pas une position définie dans l'espace terrestre.

493. D'autre part, de nombreuses critiques doctrinales ont été soulevées à l'encontre de l'application de la loi de situation comme solution de principe au conflit de lois en droit des biens, car cette solution est excessive et n'est plus adaptée aux nouveaux biens. En effet, lorsque la chose litigieuse est située sur le territoire du juge saisi, la règle de rattachement offre une solution du conflit de lois, au sens strict dans le sens où elle confie l'entier régime des droits réels à la loi locale, désignée par la situation physique de leur objet¹⁰⁷². Si cette règle est basée sur un critère objectif, c'est parce qu'elle a été historiquement émise sous le droit féodal, avec le principe de territorialité des coutumes, pour les immeubles qui ont une situation physique certaine¹⁰⁷³. Si la loi de situation du bien a été étendue aux meubles, elle est devenue la source

¹⁰⁶⁹ S. GUILLEMARD, préc., note 17, p. 225 ; Xavier VAN OVERMEIRE, « Le monde virtuel met au défi les législateurs : la problématique de la loi applicable dans le cyberspace », (2008) 13-1 *Lex Electronica*, en ligne:

<<http://www.lex-electronica.org/articles/v13-1/vanovermeire.htm>> (site consulté le 23 septembre 2014).

¹⁰⁷⁰ Étienne BARTIN, *Études de droit international privé*, 1889, Préface p. II et p. 31 et 32.

¹⁰⁷¹ *Supra*, n° 474.

¹⁰⁷² H. BATTIFOL et P. LAGARDE, préc., note 420, p. 198; B. AUDIT, préc., note 835, n° 164, p. 147 et p. 645.

¹⁰⁷³ T. VIGNAL, préc., note 790, n° 373, p. 222.

principale des conflits mobiles¹⁰⁷⁴, c'est pourquoi elle a subi quelques altérations dans ses applications aux meubles. Mais, avec l'apparition des nouveaux biens immatériels, la notion même de « lieu de situation » n'est plus pertinente. Déjà en 1912, Niboyet énonçait dans sa thèse sur le transfert de propriété des meubles corporels, l'existence nécessaire d'une loi objectivement applicable aux choses, abstraction faite de leurs droits réels¹⁰⁷⁵. Selon lui, la première justification à donner à la loi de situation est celle d'une « loi de compétence technique » *applicable principalement aux choses matérielles et à l'ensemble des droits réels sur elles constitués*, vient seulement en second rang la justification d'ordre public qui lui est maintenant attribué¹⁰⁷⁶. Cette « loi de compétence technique » applicable aux choses matérielles n'est pas compatible avec les biens dont la nature est d'être constamment en mouvement comme les moyens de transport¹⁰⁷⁷, et moins encore avec les choses immatérielles dans leurs technicités, qui ne se prêtent pas par eux-mêmes à la localisation¹⁰⁷⁸.

494. Si on admet la théorie du professeur Baxter, le *situs* ne devrait pas être défini en tant que localisation d'un objet, mais plutôt comme un lieu où les droits de propriété peuvent être appréciés et rendus effectifs¹⁰⁷⁹. Cette définition aurait le mérite de présenter un concept homogène dans son application aux biens matériels et immatériels. Mais, comme le souligne le professeur J. Talpis, bien que cette théorie soit novatrice et logique, elle ne respecte pas le principe de prévisibilité en matière de statut réel dans les cas de dettes qui auront un *situs* indéfini puisque le créancier pourra être en mesure de recouvrer sa dette dans n'importe quelle juridiction¹⁰⁸⁰. Ainsi, dans le respect du principe de prévisibilité et de protection des tiers en cette matière, il convient de situer fictivement la dette au domicile du débiteur, *situs* où se retrouvent tous les attributs de la propriété¹⁰⁸¹. Nous verrons que le recours à la fiction juridique

¹⁰⁷⁴ J. TALPIS, préc., note 875, p. 233 et suiv.

¹⁰⁷⁵ Jean-Paul NIBOYET, *Des conflits de lois relatifs à l'acquisition de la propriété et des droits sur les meubles corporels à titre particulier*, thèse éd., Sirey, 1012, p. 16.

¹⁰⁷⁶ *Id.*

¹⁰⁷⁷ T. VIGNAL, préc., note 790, n° 375, p. 222.

¹⁰⁷⁸ H. BATTIFOL et P. LAGARDE, préc., note 420, n° 528, p. 198.

¹⁰⁷⁹ J. Talpis explique la « théorie de Baxter » en ces termes: "*situs should not be defined as the location of an object, actually or fictitiously, but as the place where the property rights can be enjoyed or made effective.*" Ian F. G. BAXTER, "Conflicts of law and property", (1964) 10 *Mcg. L.J.* 1., cité dans J. TALPIS, préc., note 875, p. 301.

¹⁰⁸⁰ J. TALPIS, préc., note 875, p. 302.

¹⁰⁸¹ *Id.*, p. 307.

est employé dans certaines matières en vue de déterminer une localisation propre à leurs spécificités.

495. Synthèse : La théorie de la localisation cyberspatiale en tant que facteur de rattachement ne peut être justifiée puisque la conséquence de l'inexistence de localisation a une incidence directe sur les règles de rattachement en droit international privé. En effet, pour déclencher le mécanisme de droit international privé et pour le mener à bien, il faut que l'élément d'extranéité, transformé en facteur de rattachement, mène à un ordre juridique¹⁰⁸². Il convient dès lors de rechercher un élément d'extranéité (un lieu fictif), un facteur de rattachement artificiel afin de lier l'activité juridique du transfert de propriété de biens virtuels dans le monde virtuel à un ordre juridique donné dans le but d'identifier la règle de conflit applicable à cette matière.

Section 3. Le recours à la fiction juridique en droit international privé

496. Le recours à la fiction juridique est généralement utilisé en droit international privé dans la recherche de rattachement lorsque survient un « incident de parcours »¹⁰⁸³ empêchant la règle de conflit de réaliser dans l'immédiat sa fonction localisatrice. À la différence des biens corporels, les biens immatériels ne sont pas tangiblement situés à un moment précis sur un territoire donné, à moins de leur attribuer, par une manipulation juridique, une localisation « fictive ». Il s'agira ici d'examiner la tendance vers l'application de la technique de la localisation fictive (paragraphe 1) et de prendre des exemples de son application dans différentes matières en droit international privé (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La technique de la localisation fictive

497. Rappelons tout d'abord qu'en droit positif, deux situations sont principalement connues pour être l'objet d'un changement de l'ordre juridique de référence : d'une part, en cas de changement temporel de la loi applicable qui intervient par le déplacement matériel du bien mobilier, c'est-à-dire en cas de « conflits mobiles »¹⁰⁸⁴ et d'autre part, en cas de défaut d'un

¹⁰⁸² S. GUILLEMARD, préc., note 17, p. 456.

¹⁰⁸³ D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 30, n° 399, p. 399.

¹⁰⁸⁴ *Supra*, n° 443-446.

ordre juridique de référence en l'absence de localisation du bien. Dans ces situations, les solutions positives du conflit de lois substituent la référence de la loi de situation à une loi tierce en envisageant une « localisation fictive » des droits réels.

498. Il convient dès à présent de mentionner qu'on ne peut pas se servir de l'hypothèse du conflit mobile, tel qu'on l'a étudié plus haut¹⁰⁸⁵, pour résoudre le problème de défaut de rattachement en matière de transferts de biens virtuels, car elle s'applique dans le cas de déplacement physique du bien mobilier sur un autre territoire dans le temps. Or, l'objet virtuel, immatériel, ne peut se déplacer « physiquement » dans différentes locations terrestres, mais seulement dans le monde virtuel et on a établi que le monde virtuel est un « espace imaginaire »¹⁰⁸⁶, il n'existe pas donc cette hypothèse ne peut nous aider.

499. Dans le cadre de notre étude, il convient de vérifier si l'utilisation de la technique de « localisation fictive » comme facteur de rattachement est compatible avec les problèmes des conflits de lois soulevés par notre matière, en l'absence de localisation effective et territoriale des biens virtuels. L'application de cette technique provoque un changement de loi applicable pour faire référence à un ordre juridique tiers en vertu duquel se trouve le bien fictivement localisé.

La technique de « localisation fictive » a été traditionnellement utilisée pour les moyens de transports internationaux, comme les navires, les aéronefs, les bateaux et les wagons de train, qui traversent parfois des espaces sans souveraineté. Par exemple, il est généralement prévu que sera applicable la loi du pavillon du navire et des objets qu'ils transportent; la loi du pays d'immatriculation de l'aéronef et la loi du propriétaire des wagons de chemin de fer.

Cette technique est maintenant de plus en plus généralisée en droit international privé dans les cas d'instabilité du rattachement principal en matière mobilière, comme dans les cas de sûreté mobilière, puisqu'elle permet de rattacher à une loi de « localisation fictive » les droits réels sur les choses qui peuvent se trouver sur un territoire non étatique et qui sont souvent en mouvement.

Toutefois, l'application de ces lois déterminées par la technique de « localisation fictive » ne sera pas exclusive. En effet, en pratique, il peut arriver que la loi de situation physique du moyen

¹⁰⁸⁵ *Id.*

¹⁰⁸⁶ *Supra*, n° 469-478.

de transport puisse s'appliquer dans des situations temporaires de passage dans des États tiers. Par exemple, en 2003, dans l'affaire *Air Lib*, les Aéroports de Paris avaient décidé d'exercer leurs droits de rétention sur un aéronef qui était immatriculé aux îles Caïmans, au motif de non-paiement des redevances aéroportuaires¹⁰⁸⁷. Ainsi, la loi de la localisation fictive ne se substitue pas totalement à la loi de localisation physique ou effective, cette dernière peut s'appliquer dans des situations temporaires où le bien est de passage dans un État étranger non partie à une convention internationale de reconnaissance des droits réels. En effet, en l'absence d'unification conventionnelle mondiale quant au choix de la localisation fictive des droits réels dans l'État d'immatriculation du moyen de transport, la règle internationale de référence générale à l'ordre juridique de situation reste applicable pour déterminer tout ou partie du régime général des droits réels. Dans certains cas, il s'agira donc d'essayer de concilier l'application et les effets de deux lois cumulatives, celle de la localisation physique passagère et celle de la localisation fictive.

500. Si l'application de la technique de la localisation fictive de la chose prétend résoudre les problèmes de conflits de lois en l'absence de localisation territoriale effective, dans certains cas elle peut paraître insuffisante à dicter l'entier régime des droits réels puisqu'un tribunal étranger pourra parfois faire référence à la loi de situation physique de l'objet qui est de passage sur son territoire¹⁰⁸⁸. Ceci pourra potentiellement créer un conflit de lois avec la loi de localisation fictive applicable à ce même objet. En effet, en l'absence d'unification internationale, l'agencement des deux références cumulatives, celui du lieu de situation physique de la chose et celui de la localisation fictive même consensuelle, peut s'avérer délicat¹⁰⁸⁹. Toutefois, en raison du consensus international sur le principe de la localisation fictive des droits, la priorité sera donnée à la loi de *localisation fictive*, la référence à la règle traditionnelle de la loi de situation physique deviendra finalement subsidiaire¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁷ Affaire *Air Lib*, CE, 8^e et 3^e section réunies, 2 juillet 2003, société outremer finance limited, aff. n° 254336, citée dans L. D'AVOUT, préc., note 33, n.b.p. 4, p. 471.

¹⁰⁸⁸ L. D'AVOUT, *id.*, n° 339, p. 472.

¹⁰⁸⁹ *Id.*, n° 355-359, p. 492-496.

¹⁰⁹⁰ E. BARTIN, préc., note 1070.

Paragraphe 2. Exemples d'application de la technique de localisation fictive

501. On a fait le choix d'étudier trois exemples d'application de la technique de localisation fictive dans des matières qui ont certaines spécificités proches de la nôtre : illustration des règles de rattachement en matière d'objet dans l'espace extra-atmosphérique (A), de créance ordinaire (B) et de cyberdélict (C).

A. En matière de droits corporels non situés sur un territoire étatique : exemple d'objet dans l'espace extra-atmosphérique

502. Certains ont tenté de comparer l'espace extra-atmosphérique et le cyberspace¹⁰⁹¹. Selon eux, l'un et l'autre partagent certaines caractéristiques, notamment la liberté d'utilisation et l'absence de droit souverain direct. Pourtant, ils se distinguent sur le fait que l'espace extra-atmosphérique existe physiquement alors que le cyberspace n'existe nulle part. Dans l'un et l'autre « espace » (au sens métaphorique pour le cyberspace), on s'adonne à des activités sans tenir compte des frontières géographiques. L'espace extra-atmosphérique, tout comme la haute mer, l'Antarctique et pour certains, le cyberspace, ne relèvent pas de la souveraineté d'un État à la différence de l'espace aérien. Certains prétendent qu'un droit de l'espace s'est développé au fur et à mesure que les activités spatiales prenaient corps et que la même chose serait en train de se passer avec le droit du cyberspace¹⁰⁹².

503. La délimitation de l'espace extra-atmosphérique avec l'espace aérien est mal définie, car imprécise¹⁰⁹³. Cependant, la volonté d'une coopération internationale entre les pays pour le bien-être de l'humanité permet l'exercice d'une juridiction sur des objets spatiaux immatriculés dans un pays donné. Les États sont responsables de leurs activités spatiales ainsi que celles conduites sur leur territoire avec autorisation préalable. La réglementation ne tient pas sa source de la réglementation nationale, mais d'une coopération internationale. En effet, l'espace extra-

¹⁰⁹¹ Anna-Maria BALSANO, « Un instrument juridique international pour le cyberspace? Analyse comparative avec le droit de l'espace extra-atmosphérique », dans T., FUENTES CAMACHO (dir.), *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, Paris, Economica, 2000, 159 ; J. A. GRAHAM, *Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel*, Thèse pour obtenir le grade de Docteur de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), mars 2001 à la p. 121, cité dans S. GUILLEMARD, préc., note 17, p. 257.

¹⁰⁹² A.-M. BALSANO, *id.*, p. 160 ; J. A. GRAHAM, *id.*, p. 121.

¹⁰⁹³ Il est généralement admis que l'espace extra-atmosphérique qui « commence à l'orbite la plus basse possible d'un satellite, laquelle se situe actuellement à une altitude comprise entre 80 et 120 km. » *Id.*, p. 167.

atmosphérique est vu par la communauté internationale comme un *res communis* ouvert à toute personne capable de l'explorer et de l'utiliser au bénéfice de l'humanité. Les Nations-Unies ont créé un comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique¹⁰⁹⁴ afin de traiter des aspects techniques politiques et juridiques de l'exploration spatiale. Dans les années 70, cinq traités ont été conclus dans le cadre de l'ONU, ils constituent le droit spatial international. Ces traités présentent les grands principes applicables aux activités spatiales : le droit d'utiliser l'espace extra-atmosphérique, mais non de se l'approprier; l'obligation d'utiliser l'espace extra-atmosphérique à des fins pacifiques; la responsabilité des États concernant les activités privées et surveillances de ses activités par les États; l'immatriculation des objets lancés dans l'espace (ces objets sont inscrits sur des registres nationaux et sur le registre international tenu par le secrétaire général des Nations unies, qui ne donne qu'une indication générale de la désignation, des fonctions et des paramètres de l'orbite de chaque objet, la fréquence utilisée, la date et l'emplacement du lancement); la conservation de la juridiction et du contrôle (dans le sens que l'État conserve sa juridiction et son contrôle sur l'objet inscrit au registre alors qu'il se trouve dans l'espace extra-atmosphérique); la responsabilité des dommages causés à une tierce partie; et enfin, l'application du droit international. Également, plusieurs États ont adopté une législation nationale pour régir certaines questions comme l'octroi de licences et les procédures d'assurance concernant l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique.

504. L'évolution de la régulation de l'espace extra-atmosphérique permet d'espérer à des développements en droit du cyberspace lorsqu'on compare leurs similarités. Toutefois, il existe des différences fondamentales entre ces deux « espaces ». L'espace extraatmosphérique appartient au monde de l'atome alors que le cyberspace, contrairement à ceux qui prétendent qu'il appartient au monde de l'électron, fait partie du monde de l'imagination¹⁰⁹⁵. C'est ainsi que le cyberspace soulève de nombreuses difficultés juridiques qui remettent en cause les fondements d'un mode de gouvernement centralisé, fondé sur le principe de territorialité.

Serait-il possible, en revanche, de considérer le cyberspace comme une *res communis*¹⁰⁹⁶ tel qu'il a été admis par la communauté internationale pour l'espace extra-atmosphérique? Dans tel

¹⁰⁹⁴ *Committee on the Peaceful Uses of Outer Space* ("COPUOS"), en ligne: < <http://www.unoosa.org/>> (consulté le 31 août 2015).

¹⁰⁹⁵ *id.*, p. 180.

¹⁰⁹⁶ *Supra*, n° 503.

cas, une transposition de la régulation de l'espace extra-atmosphérique au cyberspace serait-elle envisageable? En tant que *res communis*, on a vu que l'appropriation nationale de l'espace extra-atmosphérique n'est pas autorisée, mais l'exercice d'une juridiction sur des objets spatiaux immatriculés dans un pays donné l'est. Si les États sont tenus de surveiller les activités spatiales nationales, on a vu que la réglementation de ces activités n'est pas de source étatique, mais provient d'un consensus international. Or, actuellement, la régulation du cyberspace n'est pas homogène, il existe seulement des régulations nationales dispersées sur certains sujets. Si les États disposent encore d'une importante capacité de réguler les activités prenant place dans Internet, il faut remarquer qu'ils perdent leur légitimité lorsqu'il s'agit de procurer les cadres régulateurs des conduites dans les « espaces virtuels »¹⁰⁹⁷. On est donc bien loin d'une harmonisation internationale de la régulation du cyberspace par les États. Toutefois, il ne faut pas oublier que les exploitants du réseau ont un rôle dans la régulation du cyberspace dans le cadre de leurs relations avec leurs clients (les usagers, les cybernautes)¹⁰⁹⁸, mais cette dernière reste vague et insuffisante.

*B. En matière de biens immatériels : exemple de la localisation des créances ordinaires*¹⁰⁹⁹

505. Il est intéressant d'avoir un regard sur les règles de rattachement en matière de créances aux fins de notre recherche sur la loi applicable aux transferts de biens virtuels, car elles nous donnent un bon aperçu de l'utilisation de la technique de la localisation fictive et de son application à un bien incorporel dépourvu de localisation réelle, comme c'est le cas en matière de biens virtuels.

506. En tant qu'éléments du patrimoine, intangible et objet de propriété¹¹⁰⁰, les créances ne peuvent être matériellement localisée, mais peuvent être comparés aux biens corporels et rattachées à un statut réel qui déterminera leur caractère de meuble, immeuble, saisissable ou non, les formalités de leur cession ou de leur mise en gage (etc.). Ainsi, le recours à la théorie

¹⁰⁹⁷ Pierre TRUDEL, « Quel droit et quelles régulations dans le cyberspace? », (automne 2000) 32-2 *Sociologie et sociétés*, Les Presses de l'université de Montréal, 190, p. 191.

¹⁰⁹⁸ *Id.*, p. 193.

¹⁰⁹⁹ Créance à personne dénommée, qui ne sont pas matérialisées par un titre. D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n° 678-683, p. 77- 81.

¹¹⁰⁰ Y. EMERICH, préc., note 423, n° 469, p. 314.

de la localisation fictive a été entrepris par les législateurs et la jurisprudence de nombreux pays. En droit positif québécois et français, la tendance est à assimiler la créance à un bien matériel pour en rechercher le lieu de situation fictive. Dans l'ancien droit, on proposait de rattacher les créances soit au lieu du domicile du créancier, soit à celui du débiteur¹¹⁰¹.

507. Dans l'intérêt des tiers et pour la protection du crédit, E. Bartin considérait de rattacher fictivement la cession de la créance à la loi du domicile du débiteur pour tout ce qui concerne les questions relatives à la transmission de la créance entre les parties et à l'égard des tiers, aussi pour les formalités de publicité de la cession afin de permettre d'assurer la sécurité dans la transmission des biens¹¹⁰². Pour reprendre les propos de l'auteur :

« La première application, et la plus simple, de l'analyse de la *lex rei sitae* pour les meubles incorporels [...] est fournie par le régime de la propriété de la créance civile. [...] La créance, quelle que soit la source de l'obligation du débiteur, constitue, dans le patrimoine du créancier, un bien, distinct des relations du créancier et du débiteur qui l'ont fait naître, un meuble incorporel de nature à être cédé ou mis en gage par le créancier, qui en dispose comme il l'entend, sans que le concours du débiteur lui soit nécessaire à cet effet. Lors donc que le créancier veut en disposer, la loi appelée à décider de la transmission, de la cession ou de la mise en gage de la créance [...] ne se confond pas avec la loi sous l'empire et par application de laquelle la créance est née. [...] Cette créance d'origine conventionnelle ou d'origine délictuelle, relevant à ce titre de deux lois différentes quant aux relations du créancier et du débiteur, dépendra, comme meuble incorporel, quant aux actes de disposition dont elle peut être l'objet, de la loi que désignera aux tiers qui se proposeront de l'acquérir la situation nécessairement fictive qu'on lui attribuera. »¹¹⁰³

En effet, c'est au lieu du domicile du débiteur que les tiers pourront contacter le débiteur et pourront se renseigner sur le contenu de la créance cédée. Cette doctrine qui soumet la cession de la créance à la loi du domicile du débiteur, considérée comme *lex rei sitae* se fonde sur une séparation entre deux aspects de la créance entre le contenu obligationnel de la créance et son régime patrimonial.

¹¹⁰¹ Armand LAINÉ, *Introduction au droit international privé: contenant une étude historique et critique de la théorie des status (1892)* 2, Kessinger Publishing, 2010, p. 262, cité dans Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. de VAREILLES-SOMMIERES, préc., note 855, n.b.p. 4, p. 668.

¹¹⁰² Étienne BARTIN, *Principes de droit international privé*, t. 3, (1935) Schmidt Periodicals, 1997, n° 375, p. 36 et 37, cité dans D'AVOUT, préc. note, n° 78, p. 111.

¹¹⁰³ *Id.*

Au Québec, les règles prévues ont également été rédigées dans un souci d'équilibre entre les intérêts partagés du débiteur et du créancier ainsi que dans le respect de la protection des tiers. L'article 1566 al. 2 C.c.Q. prévoit qu'en l'absence de convention contraire entre les parties, la dette est située à l'endroit où elle est payable, c'est-à-dire au domicile du débiteur¹¹⁰⁴, puisque c'est à cet endroit que les biens du débiteur se trouvent en cas de procédure de recouvrement de la dette.

508. Également, il est intéressant de mentionner brièvement un autre exemple en matière de localisation fictive de biens immatériels, celui de la transmission des titres négociables qui comporte une localisation particulière¹¹⁰⁵. Par exemple, en l'absence de désignation de la loi par les parties dans un acte juridique régissant le compte de titres, l'alinéa 2 de l'article 3108.7 C.c.Q. précise que la loi applicable est alors la loi de l'État de situation de l'établissement émetteur, mentionné expressément dans l'acte juridique comme étant le lieu où est tenu le compte de titres¹¹⁰⁶.

C. En matière de cyberdélit : le principe de « focalisation »

509. Il est intéressant ici de prendre un exemple appliqué au cyberspace où le recours à la fiction juridique a servi, en l'absence de rattachement à une localisation physique, en matière de cyberconflits : le « cyberdélit ». Cette matière a déjà fait l'objet de jurisprudence et d'une revue de littérature exhaustive. Ainsi, on tentera par analogie de transposer l'ensemble de ces solutions quant à la recherche du facteur de rattachement dans notre matière.

510. Les cyberdélits concernent la diffusion illicite de l'information par voie électronique, par exemple, la diffamation et engendrent le plus souvent des conflits internationaux dans les cas où le diffamateur et le diffamé se trouvent dans des pays différents. Les cyberdélits comme les cybercrimes tels que le vol sont très fréquents dans les mondes virtuels et posent des problèmes en matière d'application des règles de conflits, car leur localisation dans l'espace est impossible à situer. Ainsi, la solution pour résoudre les conflits de lois en cette matière a été trouvée dans

¹¹⁰⁴ (...) «à moins que ce qui est dû ne soit un bien individualisé, auquel cas le paiement se fait au lieu où le bien se trouvait lorsque l'obligation est née.», C.c.Q., art. 1566 al. 2.

¹¹⁰⁵ C.c.Q., art. 3108.2 et 3108.7. G. GOLDSTEIN, préc., note 851, p. 403-456 et ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. de VAREILLES-SOMMIERES, préc., note 855, n° 668, p. 670.

¹¹⁰⁶ Ce même alinéa prévoit également d'autres facteurs de rattachement en cas de défaut. G. GOLDSTEIN, préc., note 851, p. 431.

l'application du principe de « focalisation ». Il s'agit ici d'étudier le principe de « focalisation » (1) et ses limites d'application (2) dans le but d'examiner si par analogie ce principe est transposable en matière de transferts de biens virtuels (3).

1. Le principe de « focalisation »

511. En matière de délit plurilocalisé, les critères de rattachement fondés sur le principe de la territorialité, tel que le lieu du fait générateur ou le lieu du dommage ne sont pas adaptés au cyberspace, dans lequel l'information illicite est accessible au monde entier et peut engendrer la compétence juridictionnelle et législative de chaque État, avec des risques de cumul et de conflit de lois applicable¹¹⁰⁷. Le problème dans la résolution de ces conflits concerne donc principalement leur localisation dans l'espace. Pour tenter de résoudre ce problème, la jurisprudence de nombreux pays admet progressivement le principe de « *targeting* » de source américaine qu'on traduit en droit français de « focalisation »¹¹⁰⁸ et en droit québécois de « ciblage ». Ce critère vise une situation où une personne va diriger intentionnellement une activité vers un État. Le critère de « focalisation » permet d'une part d'éviter une surrégulation qui aurait pour conséquence une diminution des activités économiques au sein du cyberspace et d'autre part, de trouver un équilibre entre les idéologies économiques et politiques libérales en matière de régulation du cyberspace.

512. Ce sont les juges américains qui ont donné naissance au principe de « focalisation » traduit de l'anglais « *targeting test* » en estimant que la seule accessibilité locale des informations illicites ne suffit pas pour fonder leur intervention, il faut quelque chose de plus qu'on appelle la prévisibilité pour le défendeur, et ce, dans un souci d'équité et de justice¹¹⁰⁹. Ainsi, en matière de délits liés à une activité économique dans le cyberspace, la seule accessibilité d'un site à partir d'un État ne suffit plus pour justifier la compétence juridictionnelle de l'État territorial et l'emploi de la loi du for, il faut également que le critère de « focalisation » soit présent c'est-à-dire qu'il faut démontrer que l'auteur du délit a voulu

¹¹⁰⁷ D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, p. 413.

¹¹⁰⁸ *Id.*, p. 414.

¹¹⁰⁹ *Id.*, p. 415.

consciemment diriger ou « focaliser » son activité litigieuse vers cet État. On peut alors imaginer les difficultés de preuve engendrées par ce nouveau critère.

513. La jurisprudence a fait la distinction entre les sites actifs et passifs¹¹¹⁰. On retrouvait alors le critère de focalisation seulement dans les sites actifs, c'est-à-dire qui font du commerce ou sont par exemple interactifs¹¹¹¹. L'affichage passif d'information dans un site web comme une carte de visite électronique ou un CV électronique sur le web ne suffisait pas pour engendrer la compétence juridictionnelle de l'État sur lequel il était accessible. Or, cette solution manquait de logique puisque même un site passif est susceptible de donner compétence, il peut y avoir un « ciblage » par un autre moyen.

514. Depuis 1999, cette solution a été repensée par la jurisprudence américaine qui a délaissé le critère de distinction entre *sites actifs v. sites passifs*, jugé trop imprécis¹¹¹², au profit du critère du « ciblage délibéré » qui oblige à analyser subjectivement et concrètement chaque cas d'espèce sur l'intention des parties¹¹¹³. Il s'agit selon O. Cachard de vérifier que les prévisions du développeur sont « focalisées vers une juridiction quand il contracte avec un résident ou qu'il y dirige son activité délictuelle »¹¹¹⁴. Par exemple, les utilisateurs d'un site interactif qui résident dans l'État sur lequel ils interagissent avec le site, doivent s'attendre à qu'ils soient jugés dans l'État du for advenant une activité délictuelle.

515. Cette idée de ciblage pourrait être systématisée pour la compétence internationale des tribunaux et des conflits de lois dans la mesure où les règles de conflits ne sont pas suffisantes, ni adaptées au caractère d'ubiquité d'internet. Mais ce critère de « focalisation » et la question subjective qu'elle soulève conviennent bien au caractère particulier d'ubiquité du cyberspace.

516. Toutefois, certains critiquent la technique de focalisation comme Catherine Kessedjan qui souligne que : « cette approche n'est pas aisée dans la mesure où elle oblige l'opérateur à

¹¹¹⁰ *Id.*, n° 1018, p. 415. Aux États-Unis, on peut illustrer le principe de distinction entre site actif et site passif par les affaires *Bensusan Restaurant Corp. v. King*, [1996], 973 F. supp. 296 (S.D.N.Y.) et *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*, 952, F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997) dont les faits et le fond de cette dernière décision sont résumés dans Romain GOLA, *La régulation de l'Internet : noms de domaine et droit des marques*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2002, n° 287, p. 271-273.

¹¹¹¹ D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n.b.p. 2, p. 415.

¹¹¹² R. GOLA, préc., note 1110, n° 293, p. 271.

¹¹¹³ D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n° 1018, p. 416; R. GOLA, *id.*, n° 286, p. 276.

¹¹¹⁴ Olivier CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, t. 365, coll. « Bibliothèque de droit privé », Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, n° 656, cité dans D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n.b.p. 1, p. 416.

choisir par avance les pays dans lesquels il souhaite commercer, sans pouvoir, alors prendre avantage pleinement des possibilités de la toile » et que « le ciblage est en contradiction directe avec l'essence même de la toile »¹¹¹⁵. Or, cette technique permet de maintenir la prévisibilité de la loi applicable dans le sens où le fait de viser un État rend applicable la loi de cet État et permet d'assurer la concrétisation du lien raisonnable entre le litige et le juge¹¹¹⁶. Il convient de préciser que le critère de l'accessibilité du site incident n'est pas exclu, mais n'entraînera pas à elle seule la compétence de la loi ou du tribunal de cet État, ce qui va permettre la compétence c'est bien le critère de « focalisation ». Certains indices comme la publicité et la langue utilisée permettent de déterminer plus facilement la présence de ce critère.

Mais, il convient de noter que le critère de focalisation comporte des limites.

2. *Les limites du critère de focalisation*

517. Notons que le critère de focalisation est limité en l'absence de définition uniforme, car il s'agit d'une analyse au cas par cas de l'intention des parties. Toutefois, au Canada et aux États-Unis, contrairement à la France, l'application du principe de *forum non conveniens*¹¹¹⁷ s'ajoute à l'application du principe de focalisation afin de permettre au juge de limiter sa compétence en l'absence de liens suffisants de l'activité électronique avec le for. Ainsi, le juge peut se dessaisir au profit des juridictions d'un autre État même si les critères énoncés par ses règles de compétence directe sont vérifiés. Le critère de focalisation peut donc véritablement s'appliquer.

3. *Application du principe de « focalisation » au monde virtuel*

518. On se pose la question de savoir si le principe de « focalisation » pourrait se voir appliquer au monde virtuel. À priori, dans les rapports contractuels entre le développeur et l'utilisateur ou les utilisateurs entre eux quant au transfert de biens virtuels, on voit mal comment le principe de focalisation pourrait s'appliquer puisque personne n'a été « ciblée ». Toutefois,

¹¹¹⁵ Catherine KESSEDJIAN, « Aspects juridiques du e-trading: règlement des différends et droit applicable », dans L. THÉVENOZ et Ch. BOVET, dir., *Journée 2000 de droit bancaire et financier*, vol. 6, Berne, Stämpfli, 2000, 65, cité dans R. GOLA, préc., note 1110, n.b.p. 259, p. 279.

¹¹¹⁶ R. GOLA, *id.*

¹¹¹⁷ La doctrine du *Forum non conveniens*, élaborée par la *common law*, a été codifiée au Québec dans l'article 3135 C.c.Q.

ce principe peut s'appliquer si on se trouve dans une situation faisant appel à l'utilisation de ce critère de rattachement comme en matière délictuelle ou de responsabilité extracontractuelle dans les rapports entre les développeurs et les utilisateurs des mondes virtuels. Par exemple, prenons le cas où un développeur de monde virtuel permettrait consciemment une vente aux enchères d'objets nazis au sein du monde virtuel accessible en France et un utilisateur résidant en France viendrait à se plaindre du caractère illicite de cette vente. Le tribunal français pourrait se déclarer compétent et appliquer sa loi si les conditions suivantes sont réunies : l'utilisateur français a accès au monde virtuel et à cette vente aux enchères en France; le monde virtuel et les informations pour s'inscrire à la vente aux enchères sont en langue française et la monnaie utilisée est en Euros. Le développeur du monde virtuel pourrait donc être tenu responsable de laisser ces ventes avoir lieu au sein du monde virtuel et le tribunal serait en droit de lui demander de les retirer, mais seulement pour le public français.

519. Synthèse : Dans plusieurs exemples, comme pour l'espace extra-atmosphérique ou les moyens de transport internationaux, qui n'ont pas de localisation physique effective, des conventions internationales prévoient d'écarter leurs droits réels de la loi de situation physique de l'objet de droit en les soumettant à d'autres lois, par exemple, la loi de la nationalisation ou la loi de leur registre d'inscription. Dans ces matières où la localisation physique est absente ou difficile à trouver, la recherche d'un rattachement plus stable permet d'assurer la prévisibilité de la loi applicable et donc une sécurité juridique aux parties. L'application de la technique de localisation fictive se voit donc appliquer réciproquement dans différents États. Toutefois, même si cette technique est internationalement consensuelle, elle ne suffit pas toujours à faire disparaître la référence première à la loi de l'État de situation physique de l'objet de droit.

Dans notre recherche du facteur de rattachement, le critère de focalisation applicable en matière de cyberdélict paraît pouvoir s'appliquer dans les rapports extracontractuels entre les acteurs du monde virtuel. Or, les transferts de propriété des biens virtuels concernent directement les rapports contractuels dans le cyberspace. Dans ses rapports, on a vu que certains domaines appartiennent à la loi réelle alors que d'autres sont régis par la loi contractuelle. Il s'agira alors de se tourner vers la technique de la localisation fictive afin de trouver les rattachements appropriés ou significatifs selon les spécificités de notre matière.

Section 4. L'application de la technique de localisation fictive dans la recherche de rattachement des biens virtuels

520. De plus en plus, même en l'absence de convention internationale, la technique de localisation fictive s'applique ponctuellement dans des matières, par exemple, en matière de crédit-bail sur des biens d'équipement industriel de grande valeur. Cependant, l'application de la technique de localisation fictive est limitée et n'assure pas les mêmes effets de sécurité juridique aux parties qu'en cas d'existence de convention internationale.

Dans le cadre de notre recherche de la loi applicable aux transferts de biens virtuels dans les mondes virtuels, on se demande si on peut faire usage de la technique de localisation fictive. À priori, l'admission du critère de localisation fictif en matière d'opérations relatives aux biens virtuels dans le cyberspace serait opportune puisqu'il pourrait probablement pallier l'absence de la localisation physique du bien immatériel et éviter ainsi la référence générale à la localisation géographique du bien. Ainsi, on se demande quelle serait la localisation fictive à choisir pour déterminer, d'une part, la loi réelle et d'autre part, la loi contractuelle, à défaut de mention de loi applicable dans le CLUF entre les parties, qui s'appliquent exclusivement ou cumulativement, selon leurs domaines respectifs étudiés plus haut¹¹¹⁸.

521. Il convient ainsi de choisir une localisation fictive en matière de transfert de biens virtuels en étudiant une à une les localisations fictives généralement utilisées et en vérifiant si elles peuvent être compatibles avec les caractéristiques spécifiques des biens virtuels (paragraphe 1) afin de proposer les solutions de rattachement dans les domaines de la loi applicable sous-jacents à la matière des transferts de biens virtuels (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le choix d'une localisation fictive en matière de transfert des biens virtuels

522. Lorsque saisi d'un litige international dans lequel son objet ne peut être localisé, le juge va recourir à la *lex fori* c'est à dire à son système juridique pour rechercher les rattachements possibles. Dans la recherche objective de rattachement, le juge devra regarder la loi qui a les liens les plus étroits avec le litige (A) et devra choisir entre l'éventail de facteurs de rattachement

¹¹¹⁸ *Supra*, n° 420.

mis à sa disposition par l'autorité étatique qui sont en l'espèce : le lieu du débiteur de la prestation caractéristique (B), le lieu de la situation du serveur (C), le lieu d'exécution des obligations (D), le lieu d'établissement de l'une des parties (E), le lieu de survenance du fait dommageable (F), et le lieu d'enregistrement (G).

A. *La loi qui présente les liens les plus étroits*

523. Traditionnellement, en droit international privé, la règle de conflit se doit d'être neutre c'est-à-dire qu'elle ne doit prendre aucun parti, sauf exception¹¹¹⁹. Le professeur Thierry Vignal nous rappelle que la règle de conflit « désigne la loi applicable uniquement en fonction de ses liens avec le rapport de droit — ce qui ne veut pas dire, au demeurant, qu'elle désignera toujours la loi qui a les liens les plus étroits avec ce rapport; elle peut aussi privilégier une autre loi pour des raisons de commodité ou de sécurité juridique »¹¹²⁰. La règle de conflit s'éloigne de son essence, de son caractère de neutralité, si elle s'appuie sur des considérations substantielles pour désigner la loi applicable¹¹²¹. À l'opposé, la règle de rattachement localisatrice peut être considérée comme neutre, car la loi applicable est déterminée par des considérations de localisation et dans l'indifférence du contenu des règles matérielles auxquelles elle donne compétence¹¹²². Toutefois, le droit américain et européen admettent dans certains cas l'utilité d'introduire des considérations de droit substantiel dans le raisonnement conflictualiste pour atteindre un certain résultat¹¹²³. Le juge choisira la loi compétente par l'application du principe de proximité : sera compétente, la loi qui entretiendra les liens les plus étroits avec la situation. Les principes de neutralité et de prévisibilité perdent ainsi de leurs valeurs au profit d'une solution au cas par cas basée sur le principe de proximité pour déterminer la loi compétente. Le juge pourra être tenté d'utiliser cette solution en matière de cyberdélit, par exemple dans un cas de diffamation dans les mondes virtuels. Toutefois, dans le cadre de l'objet de notre étude, le principe de prévisibilité est trop important pour le laisser de côté. En effet, il détermine

¹¹¹⁹ C.c.Q., art. 3128 et 3091 sont des exemples de règles modernes orientées vers la partie au litige la plus faible.

¹¹²⁰ T. VIGNAL, préc., note 790, n° 86, p. 57.

¹¹²¹ *Id.*, n° 87, p. 58. Selon les exemples des articles 3128, 3091 C.c.Q.

¹¹²² Paolo Michele PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel: de quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, coll. « Schweizer Studien zum internationalen Recht-42 », Genève, Société Suisse de droit international- Georg -librairie de l'université, 1985, n° 645, p. 319.

¹¹²³ T. VIGNAL, préc., note 790, n° 87, p. 58.

l'équilibre du marché des transactions de biens virtuels, matière qui concerne directement les conflits de lois en matière de relations contractuelles affectant directement le droit des biens dans les mondes virtuels.

En l'absence de prévisibilité de la règle applicable, les coûts de transaction augmenteront et les opérations contractuelles de biens virtuels au sein des mondes virtuels diminueront et en conséquence, on assistera à l'effondrement du marché économique des mondes virtuels.

B. *La notion de la prestation caractéristique*

524. La notion de prestation caractéristique est utilisée pour représenter au mieux les liens étroits entre la loi et l'objet du litige dans le domaine des droits personnels, des obligations. Elle ne comporte pas en elle-même de référence à une localisation.

Au Québec, le Code civil prévoit dans son article 3113 que « *les liens les plus étroits sont présumés exister avec la loi de l'État dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte a sa résidence* ». L'application de la loi du débiteur de la prestation caractéristique est difficilement applicable au droit réel puisqu'il n'y a pas de débiteur de prestation caractéristique. La notion de propriété concerne les rapports directs entre une personne et une chose et c'est celle-ci qui constitue l'élément matériel de rattachement de la relation¹¹²⁴. Ainsi, comme on l'a examiné plus haut¹¹²⁵, la loi réelle sera applicable pour définir les choses objet d'appropriation, leur nature, d'où se déduit leur régime, les droits réels accessoires dont un bien peut être l'objet, leur étendue, leur conservation, leur opposabilité aux tiers, leur extinction, sous réserve de l'application de la loi de la source qui peut entrer en concurrence selon les matières. La délimitation de domaines entre la loi réelle et la loi de la source dépend de la nature de la source (loi personnelle, procédurale ou contractuelle).

Dans notre matière, en ce qui concerne les questions de droits réels comme l'acquisition de la propriété des biens virtuels, l'inexistence de localisation des biens virtuels pose le problème d'application de la loi de situation, il convient donc de trouver un rattachement subsidiaire et la notion de prestation caractéristique ne peut pas ici nous aider.

¹¹²⁴ B. AUDIT, préc., note 835, n° 770, p.637.

¹¹²⁵ *Supra*, n° 421-461.

Toutefois, dans les rapports contractuels entre les parties, à défaut de choix de la loi applicable, la notion de prestation caractéristique reste opportune, comme nous le verrons plus loin¹¹²⁶. Il convient maintenant d'étudier les autres rattachements qui existent pour appliquer la méthode de localisation fictive dans le but de trouver la loi applicable aux questions de droits réels en matière de transferts de biens virtuels.

C. *Le lieu de la situation du serveur*

525. On se pose ici la question de savoir si le lieu de la situation du serveur principal serait une localisation fictive possible des biens virtuels dans notre matière.

L'auteur Arnaud Dufour rappelle que :

« Les réseaux comportent une partie matérielle (ordinateurs, terminaux, cartes d'interface réseau, câbles, etc.), une partie logicielle (applications, programmes de gestion du réseau, systèmes de sécurité, etc.) et une composante "humaine", constituée d'une part des techniciens et des gestionnaires chargés de la mise en œuvre du réseau, d'autre part des clients du réseau, c'est-à-dire des utilisateurs bénéficiaires des services offerts par le réseau. Les trois composantes matériel-logiciel - "humain" sont à la base de toute question télématique. Cette dimension organisationnelle du réseau est importante pour appréhender la normativité dans le cyberspace. Le contrôle de ce qui se déroule dans Internet s'effectue au niveau des réseaux qui y sont raccordés. Ceux qui exploitent un réseau ont une possibilité de regard sur ce qui transite vers et en provenance du réseau dont ils ont la maîtrise ou sur lequel ils exercent une certaine prise. Le fait qu'ils choisissent de se mêler ou de ne pas se mêler de ce qui transite sur leur réseau ne change rien à cette donnée. C'est à l'environnement d'un réseau bien déterminé que se raccordent les usagers, non à cet environnement plus ou moins mythique, en apparence infini et dépourvu de centre que constitue Internet dans sa totalité. »¹¹²⁷

Également, le professeur Pierre Trudel ajoute :

« En somme, les réseaux se présentent de plus en plus comme les entités souveraines du cyberspace; il est prévisible qu'ils seront appelés à répondre de certains contenus et de certains événements qu'ils contribuent à rendre disponibles sur un territoire national, car les réseaux sont généralement situés sur un territoire national même s'ils utilisent des infrastructures de transmission

¹¹²⁶ *Infra*, n° 568.

¹¹²⁷ Arnaud DUFOUR, *Internet*, coll. « Que sais-je? », Paris, PUF, 1995, p. 4, cité dans P. TRUDEL, préc. note n° 1097, p. 192.

qui pourraient se situer en dehors d'un pays comme dans l'espace extra-atmosphérique ou la haute mer. »¹¹²⁸

526. Puisque le cyberspace n'existe pas physiquement et ne peut être localisé, ni entièrement régulé, selon cette théorie, pour trouver le facteur de rattachement, il conviendrait de localiser le serveur de l'opérateur et/ou du développeur. Dans ce cas, la loi applicable aux activités qui se déroulent dans le cyberspace serait celle du lieu où se situe le serveur. En effet, pour communiquer entre elles et entreprendre des activités cyberspatiales, les parties doivent inévitablement se brancher sur le réseau qui les transporte dans l'« espace virtuel ». On a vu que dans l'architecture client-serveur, les clients vont rechercher les informations stockées dans les serveurs¹¹²⁹. Selon certains, c'est donc au lieu du serveur que se fait la rencontre des volontés (offres et acceptation)¹¹³⁰. Or, comme l'a relevé S. Guillemard, les rédacteurs de la *Loi type de la CNUDCI en matière de commerce électronique* ont exprimé que « l'emplacement d'un système d'information n'est pas un élément déterminant »¹¹³¹ et qu'il s'agit de déterminer un lien entre les personnes qui s'échangent des messages et le lieu de leur établissement principal ou de leur résidence qui est un lien fixe et suffisant qui se rattache à une relation étroite avec l'opération¹¹³².

527. En l'espèce, il est préférable de ne pas retenir le lieu du serveur pour déterminer la localisation des biens virtuels, car si le développeur du monde virtuel peut parfois être aussi l'opérateur du serveur, le plus souvent il héberge son monde virtuel chez un prestataire tiers sans considération de frontière et peut décider de le changer à tout moment. L'emplacement du serveur peut se trouver dans n'importe quel pays sans aucun lien avec la relation contractuelle

¹¹²⁸ P. TRUDEL, *id.*, p. 191.

¹¹²⁹ *Supra*, n° 65.

¹¹³⁰ S. GUILLEMARD, *préc.*, note 17, p. 464 et s.; Étienne DUBUISSON, « La personne virtuelle : propositions pour définir l'être juridique de l'individu dans un échange télématique » (1995) 3 D.I.T. 4, p. 25, cité dans S. GUILLEMARD, *id.*, p. 465.

¹¹³¹ S. GUILLEMARD, *préc.*, note 17, p. 319. *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, art. 15. 4: "Sauf convention contraire entre l'expéditeur et le destinataire, le message de données est réputé avoir été expédié du lieu où l'expéditeur a son établissement et avoir été reçu au lieu où le destinataire a son établissement. Aux fins du présent paragraphe: a) Si l'expéditeur ou le destinataire a plus d'un établissement, l'établissement retenu est celui qui a la relation la plus étroite avec l'opération sous-jacente ou, en l'absence d'opération sous-jacente, l'établissement principal; b) Si l'expéditeur ou le destinataire n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu (...). En ligne: < www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf > (consulté le 22 juin 2015).

¹¹³² S. GUILLEMARD, *préc.*, note 17, p. 319.

entre le développeur et les utilisateurs ou leurs activités. Le lieu de la situation du serveur n'offre aucune stabilité, ce n'est donc pas un rattachement significatif¹¹³³.

D. *Le lieu d'exécution des obligations*

528. Ce facteur est souvent utilisé à des fins de rattachement normatif¹¹³⁴ et juridictionnel¹¹³⁵ en matière contractuelle. La localisation de l'exécution d'un contrat conclu en ligne ne pose pas vraiment de problème lorsqu'il est exécuté en dehors du réseau soit dans l'espace terrestre, puisque le contrat renvoie aux règles ordinaires de localisation du lieu d'exécution. Il en est ainsi en cas de vente en ligne d'un bien matériel, puisque ce bien sera livré dans un lieu effectif déterminé par son acheteur. On raisonne ici de façon analogique avec la vente de marchandises, pour laquelle le lieu d'exécution est celui du lieu de livraison de la chose¹¹³⁶.

529. Le problème se pose dans les relations cyberspatiales, car plusieurs lieux d'exécutions sont possibles et il est difficile d'en trouver un plus significatif que les autres. En effet, dans la situation d'une vente en ligne d'un bien virtuel, qui ne peut être visualisé qu'au sein du monde virtuel accessible à partir de n'importe qu'elle poste informatique relié au réseau (ordinateur, tablette, téléphone intelligent), à l'aide d'un identifiant et d'un mot de passe, « où doit-on situer le lieu de livraison de ce bien immatériel vendu en ligne? »¹¹³⁷

530. La détermination du lieu d'exécution pose ici un vrai problème que ce soit dans les transactions de biens virtuels entre les utilisateurs ou entre l'utilisateur et le développeur. La difficulté se pose en ces termes : est-ce que le vendeur livre le bien virtuel sur le poste

¹¹³³ *Id.*, p. 330.

¹¹³⁴ C.c.Q., art. 3114 al. 2 § 2; Convention de La Haye de 1986, art. 8 § 2 b).

¹¹³⁵ C.c.Q., art. 3148 et 3168.

¹¹³⁶ Convention de La Haye de 1986, art. 8 al.1. : "Dans la mesure où la loi applicable à la vente n'a pas été choisie par les parties conformément aux dispositions de l'article 7, la vente est régie par la loi de l'Etat dans lequel le vendeur a son établissement au moment de la conclusion du contrat.

Al. 2. Toutefois, la vente est régie par la loi de l'Etat dans lequel l'acheteur a son établissement au moment de la conclusion du contrat, si : a) des négociations ont été menées et le contrat a été conclu par les parties présentes dans cet Etat ; ou

b) le contrat prévoit expressément que *le vendeur doit exécuter son obligation de livraison des marchandises* dans cet Etat ; ou

c) la vente a été conclue aux conditions fixées principalement par l'acheteur et en réponse à une invitation qu'il a adressée à plusieurs personnes mises en concurrence (appel d'offres). "

¹¹³⁷ S. GUILLEMARD, préc., note 17, p. 466.

informatique de l'acquéreur ou si ce dernier « se déplace » pour récupérer le bien sur la machine de son cocontractant¹³⁰?

531. Si on prend l'exemple du téléchargement d'un logiciel depuis un site Internet, le lieu d'exécution de la prestation peut être déterminé selon les trois façons suivantes : 1. le lieu où se trouve le serveur du site marchand sur lequel la transaction a été conclue; 2. le lieu d'hébergement du serveur depuis lequel le logiciel est téléchargé; 3. le lieu où se trouve l'ordinateur à destination duquel le logiciel est téléchargé.

Les deux premières solutions renvoient à la localisation de la situation du serveur, elles ne sont pas satisfaisantes pour les raisons exposées plus haut¹³⁸.

La troisième solution, par analogie avec la solution retenue par la *Convention de La Haye de 1986* en matière de vente de marchandise, sera celle du lieu où la marchandise a été livrée. Il faudra donc tenir compte du lieu de livraison, ce qui implique, compte tenu du format numérique du logiciel, de retenir le lieu où est hébergé l'ordinateur qui va réceptionner le produit. Il s'agira alors du lieu où est situé l'ordinateur qui permet à l'acquéreur d'accéder au réseau, à savoir le lieu où se trouve l'ordinateur de réception.

Ce raisonnement par analogie avec les règles conventionnelles en matière de vente de marchandise ne permet pas de dégager une solution pleinement satisfaisante pour deux raisons : d'une part, eu égard au développement rapide des techniques de connexion au réseau Internet par le biais de la téléphonie mobile, et d'autre part, avec l'apparition des nuages numériques (« *Cloud computing* »). En effet, le logiciel peut être téléchargé sur le *Cloud* et non sur un ordinateur, ce qui complique encore plus la détermination du lieu effectif d'exécution des obligations c'est-à-dire du lieu de livraison.

532. Le problème est donc similaire en ce qui concerne la livraison des biens virtuels dans le monde virtuel puisque le bien virtuel ne peut être transporté en dehors du monde virtuel et que le cyberspace n'est pas un lieu alors il est impossible de s'entendre sur le lieu d'exécution de l'obligation. Toutefois, une solution serait peut-être de se référer à la *Loi-type sur le commerce électronique* adoptée le 16 décembre 1996 par la CNUDCI¹³⁹. Ce texte préconise en effet que

¹³⁸ *Supra*, n° 525-527.

¹³⁹ *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation* 1996, art. 15 : «1. Sauf convention contraire entre l'expéditeur et le destinataire d'un message de données, l'expédition d'un message de données intervient lorsque celui-ci entre dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur.

les messages de données échangées sont réputés avoir été expédiés du lieu où l'expéditeur a son établissement, et avoir été reçus au lieu où le destinataire a son établissement. Ce qui nous amène alors à traiter de la localisation du lieu d'établissement de l'une des parties.

E. *Le lieu d'établissement de l'une des parties*

533. Les facteurs de rattachement liés aux personnes ont l'avantage d'une relative stabilité. Alors qu'il est, par exemple, possible de contester le lieu de la conclusion d'un contrat cyberspatial, il est difficile de nier la localisation géographique du domicile d'une partie.

On a vu que pour déterminer la loi de situation du bien, à défaut de *situs* en matière de bien immatériel, la loi du domicile du débiteur a déjà été utilisée en tant que localisation fictive¹¹⁴⁰. En matière de biens virtuels, on se demande quel est le lieu le plus significatif à retenir, celui de l'établissement de l'utilisateur qui se trouve être son domicile, ou celui du développeur qui se définit généralement comme son siège social.

1. *Lieu du domicile de l'utilisateur*

534. En ce qui concerne les questions relatives à la propriété dans les domaines où la loi de situation s'applique, il ne serait pas dans l'intérêt des tiers de donner compétence à la loi du lieu du domicile de l'utilisateur, car cette localisation n'est pas stable et souvent inconnue des tiers. De plus, la technique du transfert des biens virtuels veut que les biens virtuels soient livrés dans l'environnement virtuel, il ne reste donc pas beaucoup d'indices pour trouver le domicile de l'utilisateur puisque la livraison du bien virtuel ne part pas d'un lieu vers un autre, mais d'un compte de jeu à un autre.

2. Sauf convention contraire entre l'expéditeur et le destinataire, le moment de la réception du message de données est défini comme suit :

a) Si le destinataire a désigné un système d'information pour recevoir des messages de données :

i) C'est le moment où le message de données entre dans le système d'information désigné;

ii) Dans le cas où le message de données est envoyé à un autre système d'information du destinataire que le système désigné, c'est le moment où le message est relevé par le destinataire;

b) Si le destinataire n'a pas désigné de système d'information, c'est le moment où le message de données entre dans un système d'information du destinataire", en ligne: <<http://www.uncitral.org/>> (consulté le 22 juin 1999); S. GUILLEMARD, préc., note 17, p. 319.

¹¹⁴⁰ *Supra*, n° 505-508.

Il sera plus facile de déterminer le lieu de l'établissement du développeur, débiteur de l'obligation de fournir le service de jeu.

2. *Lieu du siège social du développeur*

535. On peut penser à la localisation des biens virtuels au lieu du siège social du développeur c'est-à-dire au centre principal de ses entreprises, son siège effectif, à l'endroit où le jeu est organisé. Cette solution semble pratique dans le sens où elle permet de déterminer objectivement la loi applicable. Il s'agit donc de rattacher ce lieu à la loi du domicile du débiteur (le prestataire de service, dans notre cas le développeur), comme en matière de créance¹¹⁴¹ et de faillite internationale¹¹⁴². Comme le fait justement remarquer Sylvette Guillemard : « Les facteurs de rattachement liés aux personnes (...) ont l'avantage de ne pas faire un lien artificiel, difficile à établir et contestable entre des éléments situés dans le monde virtuel et la géographie terrestre (...). En outre, ils présentent l'avantage supplémentaire d'une relative stabilité. »¹¹⁴³ En effet, cette solution permet de ne pas surprendre ni les tiers, ni l'utilisateur, que ce soit dans les litiges qui concernent le domaine de la propriété ou le domaine contractuel aussi bien dans les relations entre le développeur et l'utilisateur et même dans les relations entre les utilisateurs puisque la création et la vente des biens virtuels se font grâce et par l'entremise du monde virtuel mis en place par le développeur depuis sa place d'affaires. Aucun ne peut nier cet établissement, ni avoir du mal à le trouver, car il est affiché sur le site internet du monde virtuel et donc connu de tous. Cette divulgation de l'adresse du siège social du développeur est généralement obligatoire, en France et au Canada selon les directives de l'OCDE¹¹⁴⁴.

De plus, il y a coïncidence entre cette localisation fictive et la localisation choisie par les parties dans les CLUFS ou plutôt imposée par les développeurs qui prévoient de façon quasi automatique dans leurs CLUFS qu'advenant un litige, la loi applicable sera celle du lieu du siège social du développeur¹¹⁴⁵. Si cette solution prend le parti de la loi de la partie la plus forte, elle

¹¹⁴¹ *Id.*

¹¹⁴² G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 339, p. 413. Dobah CARRÉ, *La faillite Internationale: comparaison des systèmes canadien et européen*, Coll. "Minerve", Éditions Yvon Blais, 2009.

¹¹⁴³ S. GUILLEMARD, préc., note 17, p. 473.

¹¹⁴⁴ OCDE, "Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales", (2011), Éditions OCDE, *OECDiLibrary (en ligne)*.

¹¹⁴⁵ *Infra*, annexe 2.1, *Second Life, terms of services*, art. 10.2: "The applicable law and venue is in San Francisco, California": "You agree that this Agreement and the relationship between you and Linden Lab shall

plaira à la majorité des juristes pour qui la recherche de la stabilité est l'une des fins majeures du droit¹¹⁴⁶.

F. *Le lieu de survenance du fait juridique*

536. Les auteurs H. Battifol et P. Lagarde rappellent que la localisation du rapport de droit par le fait juridique qui lui donne naissance est préférable lorsque le rapport juridique n'a pas d'objet matériel, « par exemple un contrat exclusivement générateur d'obligations tel qu'un prêt ou un louage de services, ou une responsabilité délictuelle »¹¹⁴⁷.

On se trouve ici dans le cas où les droits réels sont créés par un fait : le temps et le travail de l'utilisateur à modeler le bien virtuel auparavant inexistant (« accession industrielle ») et non acquis par un acte juridique. L'avantage du rattachement des droits réels originaires à la loi du lieu de survenance du fait juridique consiste à appliquer la même loi aux différents aspects civils et pénaux, répressifs et rétributifs dans le but de protéger la propriété. En effet, en droit québécois¹¹⁴⁸ et en droit français¹¹⁴⁹, c'est la loi du lieu de réalisation du fait juridique (ou du fait dommageable) qui sera applicable en matière quasi délictuelle, en ce qui concerne les aspects répressifs, civils et pénaux, de la situation¹¹⁵⁰. Également, en Europe, le choix de la loi applicable est encadré en matière extra contractuelle par le règlement 864/2007, dit « Rome II », en vigueur à partir du 11 janvier 2009¹¹⁵¹ selon lequel la loi applicable sera celle du lieu où le dommage survient à moins que les deux parties aient un pays de résidence commun. Dans ce cas, ce sera la loi de ce pays qui sera applicable. Ainsi, en proposant la soumission du régime

be governed by the laws of the State of California without regard to conflict of law principles or the United Nations Convention on the International Sale of Goods. Further, you and Linden Lab agree to submit to the exclusive personal jurisdiction and venue of the courts located in the City and County of San Francisco, California, except as provided in Section 10 regarding arbitration.”

¹¹⁴⁶ P. TRUDEL, préc. note n° 143, p. 1-15.

¹¹⁴⁷ H. BATTIFOL et P. LAGARDE, préc., note 420, n° 267, p. 449.

¹¹⁴⁸ C.c.Q., art. 3126 à 3129.

¹¹⁴⁹ Arrêt *Lautour c. Veuve Giraud*, Cass, civ, 25 mai 1948, (1949) *Revue critique de DIP* 89, note H. BATTIFOL cité par Ludivine PODEVIN, *La protection du nom de domaine en droit international privé*, essai étudiant dans le cadre du cours de Droit international privé avancé de G. Goldstein, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2007, n.b.p. 87, p. 31.

¹¹⁵⁰ L. D'AVOUT, préc., note 33, n° 449, p. 597.

¹¹⁵¹ Règlement (CE) N. o. 864/2007 du parlement européen et du conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles («Rome II»), 11 juillet 2007.

des droits réels originaires à la loi du lieu de survenance du fait matériel acquisitif, cette solution s'harmoniserait fort bien avec l'unité de traitement internationale du fait juridique¹¹⁵².

537. En pratique, le traitement unitaire du fait juridique acquisitif est important en matière d'action en revendication dans les cas d'accession industrielle et d'acquisition à *non-domino* (achat d'un objet à un non-proprétaire) d'une chose perdue ou volée. Deux situations que l'on peut aisément rencontrer en matière de création ou d'achat de biens virtuels.

En matière d'accession industrielle, on a vu le principe selon lequel la loi attribue toute la propriété d'un bien nouveau créé à partir du mélange deux choses indissociables, à celui qui détient la part majoritaire d'une des choses, objet du mélange. Également, la loi prévoit que le précédent titulaire de l'apport minoritaire peut être dédommagé à hauteur de son apport par la création d'une obligation indemnitaire. Ainsi, comme le fait remarquer Louis D'Avout :

« Rattacher la création du droit réel originaire à la loi du lieu de survenance du fait matériel acquisitif permet alors de donner une compétence unitaire et systématique à cette loi pour régir les deux aspects intimement liés de cette question : l'aspect réel et l'aspect quasi contractuel ou délictuel. »¹¹⁵³.

538. La soumission des droits réels originaires à la loi du lieu de survenance du fait générateur pourrait être avantageuse dans certaines situations pour éviter des conflits de lois. La survenance du fait générateur en cas de création factuelle de biens virtuels, pourra être localisée au lieu où l'utilisateur tape sur son ordinateur pour activer son avatar et le faire « travailler » à la création du bien virtuel. Mais, cette localisation ne sera pas toujours si évidente à déterminer puisque l'utilisateur peut activer son avatar de n'importe où. À cet effet, il faut préciser que les mondes virtuels sont maintenant accessibles sur des plateformes mobiles comme les téléphones ou les tablettes, les ordinateurs portables. De plus, les développeurs respectent bien la confidentialité de leurs usagers. Par exemple, dans l'affaire *Eros LLC. c. Doe (Robert Leatherwood)*¹¹⁵⁴, un utilisateur avait illicitement reproduit et vendu des créations de la société *Eros LLC*, entreprise exerçant des activités sur *Second Life*. Pour découvrir l'identité de l'utilisateur en questions, *Eros LLC* a dû agir en justice par *subpoena* contre le développeur *Linden Lab* afin qu'elle lui

¹¹⁵² *Id.*

¹¹⁵³ *Id.*

¹¹⁵⁴ *Eros LLC. v. Robert Leatherwood and John 1-10 Does*, 8:2007cv01158 (Fl. Mid. Dist. Ct 2007). Voir les détails de l'affaire en ligne: <<http://virtuallyblind.com/2007/10/25/robert-leatherwood-identified-eros/>> (consulté le 19 juillet 2015).

fournisse les moyens d'identifier l'utilisateur (son adresse IP, car les informations données sur le compte d'utilisateur étaient fausses). Ce que le juge de Tampa a ordonné à *Linden Lab* de faire. Les coûts de recherche d'identité de l'utilisateur supportés par *Eros LLC* et l'importance du respect de l'anonymat de ses utilisateurs par le développeur démontrent les difficultés à admettre le lieu de résidence de l'utilisateur.

On se retrouve donc face au même problème de localisation de la situation du bien virtuel comme discuté plus haut¹¹⁵⁵.

G. *Le lieu d'enregistrement du bien*

539. Il semble ici opportun de suggérer l'adoption d'un registre dans lequel les biens virtuels seraient enregistrés. Cette solution aurait l'avantage de fournir une localisation stable des biens virtuels et d'appliquer la loi du lieu d'enregistrement des biens virtuels qui respecterait ainsi le principe de prévisibilité. Ce système a été mis en place pour les objets envoyés dans l'espace extra-atmosphérique. Nous avons vu que des conventions internationales ont prévu une immatriculation des satellites dans l'État d'où il serait lancé dans l'espace¹¹⁵⁶. Cet encadrement technique nécessaire pour la sécurité publique n'entrave pas l'autonomie de la volonté du propriétaire dans les matières non régies par les conventions. En cas de conflit de lois, l'État d'immatriculation sera considéré comme la loi du lieu de situation de l'objet ou de localisation « fictive » et les droits réels inscrits à la loi du registre y seront soumis dans la mesure exigée par celle-ci¹¹⁵⁷.

540. Actuellement, en l'absence d'une procédure d'immatriculation des biens virtuels ou de registres prévus à cet effet, le lieu d'enregistrement n'existe pas pour le moment. Pourtant cette solution ne serait pas difficile à mettre en œuvre et serait la meilleure à retenir. Il serait tout à fait possible, politiquement et surtout technologiquement, de prévoir un registre centralisé et unique des biens virtuels dans lequel l'utilisateur/créateur d'un bien virtuel pourrait inscrire ses

¹¹⁵⁵ *Supra*, n° 490-495.

¹¹⁵⁶ *Supra*, n° 502-504.

¹¹⁵⁷ *Convention de New York* du 12 novembre 1974. Également, le *Traité de l'OT sur le droit de l'espace* du 27 janvier 1967 prévoit une faculté de revendication, par l'État d'immatriculation, des objets retrouvés en pays étranger, partie au *Traité*. Enfin, la *Convention Unidroit du Cap* du 16 novembre 2001 relative aux garanties internationales sur équipements mobiles et son *Protocole « Satellites »*, citées dans L. D'AVOUT, préc., note 33, n.b.p. 2, p. 633.

informations personnelles (nom, adresses.), la date de création du bien, identifier le monde virtuel auquel le bien appartient. Bien entendu, il s'agirait également de déterminer matériellement le lieu du registre qui est lui-même informatisé à l'endroit où sont stockés les données enregistrées. Il suffirait que le site internet du registre rende visible cette information et que les développeurs rendent obligatoires dans leurs termes et conditions, la procédure d'enregistrement des biens virtuels aux utilisateurs et y indiquent clairement le site internet du registre. Cette solution serait la meilleure dans l'hypothèse où les biens virtuels seraient transposables d'un monde virtuel vers un autre, ce qu'on verra probablement apparaître dans un futur proche. Il serait ainsi envisageable de calquer sur la politique d'enregistrement des noms de domaine¹¹⁵⁸ qui a été mise en place afin d'assurer une gestion adéquate des ressources informationnelles sur l'Internet¹¹⁵⁹.

541. Cette suggestion permettrait l'opposabilité des droits sur les biens virtuels, on éviterait ainsi bien des litiges sur la question de la titularité de ces biens. Une solution similaire a été notamment suggérée en matière de sûretés mobilières en droit français notamment par la professeure A. Ben Adiba en ces termes : « un seul registre national permettrait de centraliser la publicité des droits mobiliers, d'offrir une meilleure accessibilité de l'information légale afin de faciliter l'obtention et l'utilisation du crédit pour les entreprises et les particuliers. »¹¹⁶⁰ Cette solution existe déjà au Québec avec le registre des droits personnels et réels mobiliers¹¹⁶¹ (RDPRM) qui offre d'un point de vue de la publicité des droits personnels et réels mobiliers un cadre uniforme et cohérent¹¹⁶².

Paragraphe 2. La solution de la localisation fictive

542. Le transfert des biens virtuels est une matière qui concerne aussi bien les droits réels que les droits contractuels des parties selon les situations en cause. L'inexistence de localisation

¹¹⁵⁸ L'InterNIC (*Internet Network Information Center*) tient le registre officiel des noms de domaine sur le réseau Internet. Aussi, il existe certaines associations déléguées qui assurent l'enregistrement des noms de domaine sur une base nationale. Pour en savoir plus, P. TRUDEL, préc., note 143, Chapitre 17, "Les noms de domaine", p. 3.

¹¹⁵⁹ *Id.*

¹¹⁶⁰ A. B. ADIBA, préc., note 501, n° 608, p. 448.

¹¹⁶¹ "RDPRM" entré en vigueur le 1er janvier 1994.

¹¹⁶² A. B. ADIBA, préc., note 501, n° 609, p. 448

physique des biens virtuels pose un problème dans la détermination de la loi applicable aux conflits existants en matière de propriété. Il s'agit alors de déterminer la meilleure localisation fictive qui vient à remplacer la loi de situation du bien dans les domaines où la loi réelle s'applique (A) et de faire le même exercice juridique en ce qui concerne la détermination de la loi contractuelle, à défaut de choix de la loi par les parties (B).

A. Dans les domaines d'application de la loi réelle

543. Pour un bref rappel, on a vu que la loi réelle, loi de situation du bien s'applique en principe aux questions relatives à la qualification de l'objet en bien, à l'attribution de la propriété, aux prérogatives attachées au droit de la propriété et aux charges qui l'accompagnent, à la délimitation des démembrements, aux modalités de la propriété (durée, assiette..) et enfin aux questions concernant l'opposabilité de la propriété aux tiers¹¹⁶³.

544. Il s'agit ici de distinguer entre deux types de droit réels : d'une part, les droits réels acquis à titre originaire par un simple fait matériel¹¹⁶⁴ (qui peut être intellectualisé) où le principe de territorialité résiste et soumet les droits réels originaires à la loi de situation du bien; et d'autre part, par opposition, les droits réels dérivés par l'acte juridique du titulaire du précédent titulaire¹¹⁶⁵ où le principe d'autonomie de la volonté prend sa place et en vertu duquel les droits réels et autres droits patrimoniaux dérivés seront soumis à la loi applicable à l'acte juridique de disposition émanant du propriétaire, comme on le verra plus loin¹¹⁶⁶.

545. Les droits réels originaires concernés ici appellent deux hypothèses : soit la chose est préalablement appropriée et le principe d'application de la loi de situation sera entendu strictement; soit la chose est sans maître et dans ce cas, le principe de la territorialité (la loi de situation lors des faits) sera entendu largement, le simple fait matériel de préhension physique ou non volontaire engendrera l'acquisition naturelle du droit réel¹¹⁶⁷.

¹¹⁶³ *Supra*, n° 420-0.

¹¹⁶⁴ Dans les cas où l'utilisateur crée un bien virtuel à partir de zéro comme lui permet les mondes virtuels sans script. *Supra*, n° 290 et s.

¹¹⁶⁵ Par exemple, dans les cas de transfert d'un bien virtuel entre utilisateurs ou d'acquisition d'un bien virtuel à l'éditeur ou bien aussi dans le cas de création d'un bien virtuel dans un monde virtuel avec script.

¹¹⁶⁶ *Infra*, n° 551-555.

¹¹⁶⁷ *Supra*, n° 307-308; L. D'AVOUT, préc., note 33, n° 459, p. 609.

546. Il est intéressant ici d'analyser l'hypothèse d'action en revendication d'une chose perdue ou délaissée par son propriétaire. Si un tiers découvre cette chose et l'utilise à ses frais, quelle sera la loi applicable en cas de conflit entre ce tiers et le propriétaire original qui revendiquera sa chose? La solution est simple en cas de découverte par le tiers sur un territoire étatique, la loi applicable sera celle du lieu de la survenance du fait, celle-ci prévoira notamment les effets réels du fait juridique. Par exemple, la loi pourra prévoir un retour de la chose à son propriétaire en échange d'une rémunération au tiers pour les frais qu'il a encourus sur la chose ou bien l'attribution d'un droit réel sur tout ou parti de la chose (etc.).

547. La situation devient plus compliquée lorsque la découverte de la chose se réalise en dehors de tout territoire étatique¹¹⁶⁸. Cette hypothèse pourrait se produire dans les mondes virtuels, par exemple, un utilisateur oublie son bien virtuel sur une île et un autre utilisateur décide de se l'approprier, de le rendre à nouveau utile et même d'y apporter des améliorations. Quelle sera la loi applicable en cas d'action en revendication de l'ancien utilisateur?

Il faudra tout d'abord se poser la question de savoir si le premier utilisateur était bien le propriétaire du bien virtuel selon la loi réelle. Ainsi, la loi réelle, loi de situation du bien, ne pouvant être définie en l'absence d'existence réelle du bien virtuel, on a vu que la localisation fictive significative à retenir dans un tel contexte serait la loi du lieu du siège social du développeur.

Dans notre exemple, en principe aucun droit réel ne peut être acquis à titre originaire du fait de la découverte puisque seule une loi étatique en considération des faits matériellement survenus sur son territoire peut porter atteinte aux droits de l'ancien propriétaire pour créer un droit réel de récompense au tiers qui a découvert la chose.

Toutefois, en prenant l'exemple d'une chose sauvée en haute mer, le tiers sauveteur pourrait être admis à acquérir un droit de créance de nature quasi contractuelle en remboursement des dépenses utiles (selon un recours d'enrichissement sans cause) par toutes les législations concernées, notamment par la loi du précédent propriétaire¹¹⁶⁹.

548. Dans le cadre des mondes virtuels, en l'absence de règles internationales, la découverte d'un bien virtuel « perdu » au sein du monde virtuel pourrait-elle emporter création d'un droit

¹¹⁶⁸ L. D'Avout, *id.*

¹¹⁶⁹ L. D'AVOUT, *id.*, n° 460, p. 611.

réel de récompense à celui qui l'a découvert? À priori, oui, si le contenu de la loi applicable à ce mode d'acquisition de droit réel le permet. Mais, cette question reste théorique, car dans la pratique des jeux virtuels, les biens virtuels associés à un compte utilisateur disparaissent de la vue des autres utilisateurs lorsque le compte est désactivé. Les biens virtuels ne peuvent donc pas à proprement parler se perdre dans le monde virtuel.

549. On a vu que le rattachement à la loi du lieu de l'établissement du développeur en tant que localisation fictive de la loi du lieu de situation du bien est objectif et présente les liens les plus étroits avec l'objet du litige¹¹⁷⁰, il est aussi bien favorable pour les parties que pour les tiers qui peuvent facilement déterminer ce lieu et éviter ainsi des coûts de recherche et d'information pour trouver la loi applicable au litige relatif aux biens virtuels. Enfin, comme on va le voir dans le point suivant, il coïncide généralement avec le choix des parties dans les domaines relatifs à l'application de la loi contractuelle, ce qui évite les difficultés de délimitation entre les domaines d'application de la loi réelle et de la loi contractuelle sous-jacentes à notre matière.

B. Dans les domaines d'application de la loi contractuelle

550. Il s'agit maintenant d'analyser le principe de rattachement subsidiaire des droits réels constitués par contrat puisqu'il est très important en pratique dans l'hypothèse de la constitution et des transferts volontaires de biens virtuels. En effet, on a vu que dans certains domaines qui concernent notamment l'acquisition conventionnelle et les transferts de biens¹¹⁷¹, la loi contractuelle (loi de la source de l'acte juridique) a vocation à s'appliquer soit parce que la loi réelle lui a donné compétence, soit parce qu'elle concerne directement les relations contractuelles entre le développeur et l'utilisateur ou les utilisateurs entre eux. Dans ces cas, le principe de l'autonomie de la volonté est en principe applicable (1), mais son domaine d'application pourra se voir limité par l'application de règles spécifiques à certains contrats (2) ou ne pourra pas s'appliquer en l'absence de choix des parties (3).

¹¹⁷⁰ *Supra*, n° 535.

¹¹⁷¹ *Supra*, n° 437-441.

1. *L'application de la loi d'autonomie*

551. Il s'agit ici d'analyser le principe de la liberté contractuelle, du choix des parties (a) et le domaine d'application de la loi choisie par les parties (b).

a. Le choix des parties

552. Il convient de rappeler que la liberté de disposer juridiquement des biens est la conséquence de l'appartenance patrimoniale des droits réels. En d'autres termes, la disposition, en tant qu'attribut de la propriété, conceptualise le pouvoir qu'a la personne d'accomplir des actes juridiques sur les biens qui lui appartiennent¹¹⁷². Précisons encore que tout acte juridique a une incidence sur le sort du bien¹¹⁷³.

L'aliénation entraîne l'extinction du droit de propriété en la personne qui aliène le bien et simultanément création d'un nouveau droit de propriété en la personne d'un tiers. On parle ici de transfert de propriété. Il convient de préciser que la liberté de disposer peut-être restreinte en droit interne selon les circonstances ou les matières concernées comme dans le contexte successoral¹¹⁷⁴. Ainsi, en cas de conflits de lois, l'autonomie de la volonté en sera corrélativement affectée. Il convient de préciser que la doctrine contemporaine tend à consacrer de plus en plus le principe d'autonomie de la volonté des parties en tant que règle de rattachement dans des matières non contractuelles. Récemment, on rencontre même ce principe d'autonomie dans des matières dont la volonté semblait pourtant exclue, par exemple en matière d'obligations extracontractuelles ou de statut personnel dans des États étrangers et dans plusieurs conventions internationales ou de l'Union européenne¹¹⁷⁵. Cependant, il convient de remarquer que dans ces matières non contractuelles, le principe de l'autonomie de la volonté sera limité, laissant aux parties le choix seulement entre certaines lois.

¹¹⁷² F. ZENATI et T. REVET, préc., note 425, n° 90, p. 117.

¹¹⁷³ *Id.*, n° 101, p. 125.

¹¹⁷⁴ Les dispositions des articles 3098 et 3099 C.c.Q permettent un choix limité de la loi applicable à l'ensemble de la succession sous certaines réserves.

¹¹⁷⁵ Par exemple, en droit européen on rencontre le principe de l'autonomie de la volonté dans le Règlement de « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, le règlement en matière d'obligations alimentaires, le règlement « Rome III » en matière de divorce.

Le choix de la loi des parties au contrat est un principe applicable dans ses domaines d'application¹¹⁷⁶.

b. Le domaine de la loi contractuelle

553. L'application du principe d'autonomie pour régir internationalement les droits réels constitués ou transférés par contrat produira des effets variables selon le cas concret, la nature de l'objet du droit dérivé ainsi que du degré de prise en charge étatique des modes conventionnels de constitution et de transfert des droits réels (exemple d'inscription sur le registre en matière immobilière)¹¹⁷⁷. En effet, si l'État de situation régit la question du transfert ou de la constitution des droits patrimoniaux, par exemple, en exigeant une formalité étatique constitutive (inscription sur un registre, publicité des droits), le principe d'autonomie se trouvera limité pour régir cette question en situation de conflit de lois.

Au contraire, le principe d'autonomie retrouvera son entier potentiel d'application en l'absence de loi étatique de situation régissant des formalités constitutives ou de transfert des droits réels, comme c'est le cas en matière de transfert de biens virtuels.

Dans la situation où le contrat prévoit une clause de choix de loi applicable et en l'absence de localisation terrestre possible du bien virtuel, objet du transfert de droits réels, l'application de la loi du contrat serait la solution la plus simple et un choix judicieux pour le juge, ce qui se traduit parfaitement par l'article 3.1 de la *Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles* de 1980¹¹⁷⁸ et en droit québécois par l'article 3111 C.c.Q. qui affirme le principe de l'autonomie de la volonté des parties en droit international privé¹¹⁷⁹ et se lit comme suit :

« L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte.

Néanmoins, s'il ne présente aucun élément d'extranéité, il demeure soumis aux dispositions impératives de la loi de l'État qui s'appliquerait en l'absence de désignation.

¹¹⁷⁶ *Supra*, n° 425 et suiv.; *Infra*, n° 553-555.

¹¹⁷⁷ *Supra*, n° 425 et suiv.; H. BATTIFOL et P. LAGARDE, préc., note 420, n° 518, p. 178; G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 313, p. 305.

¹¹⁷⁸ Ci-après citée: "Convention de Rome".

¹¹⁷⁹ G. GOLDSTEIN, préc, note 851, p. 472.

On peut désigner expressément la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement d'un acte juridique. »

554. Ainsi, l'existence d'une clause expresse de choix de loi dispense le juge de consulter d'autres éléments. Le juge doit s'en tenir au choix exprimé, sous réserve de l'exception d'ordre public dans le cas où ce choix porte fortement préjudice à un tiers.

555. Lorsque les parties décident l'application d'une loi étrangère à leur contrat, il convient de se demander quel est le champ d'application de cette loi contractuelle. À défaut de dispositions à cet effet dans le *Code civil du Québec*, il convient de se tourner vers l'article 10 al. 1 de la Convention de Rome qui prévoit des dispositions relatives au domaine de la loi contractuelle. Ainsi, la loi contractuelle régit notamment les conditions de formation, l'interprétation du contrat, l'exécution des obligations qu'il engendre, les conséquences de l'inexécution¹¹⁸⁰ (on peut y inclure l'existence et les effets du droit de rétention entre les parties et vis-à-vis des tiers¹¹⁸¹ ou droit de revendication du vendeur impayé entre les parties¹¹⁸²), l'évaluation des dommages, les modes d'extinction des obligations, les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai et gouverne la nullité du contrat et ses conséquences, sous certaines réserves¹¹⁸³. Ainsi, la loi contractuelle couvrira la validité des clauses externes (abusives ou illisibles)¹¹⁸⁴.

Par contre, la question de la restitution ou la remise en état du bien ayant pour but de replacer un bien (corporel ou incorporel) dans son patrimoine d'origine est une question délicate. S'agit-il de concilier la loi créant l'obligation de restitution avec la loi réelle ou avec la loi contractuelle? Selon le professeur G. Goldstein, la loi créant l'obligation de restitution appartient au domaine de la propriété et donc de la loi réelle, celle du lieu de situation du bien (art. 3097 C.c.Q.), car cette dernière gouverne la restitution des fruits¹¹⁸⁵ et le remboursement

¹¹⁸⁰ H. BATTIFOL et P. LAGARDE, préc., note 420, n° 607, p. 335.

¹¹⁸¹ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 388, p. 563.

¹¹⁸² C.c.Q., art. 1741. À noter que dans la mesure où le droit est exercé à l'encontre d'un tiers, la loi réelle du lieu de situation devrait être en plus respectée. Aussi, pour les questions relatives à la priorité et au privilège du vendeur impayé qui concernent les droits réels accessoires, c'est la loi réelle qui devrait s'appliquer vis-à-vis des tiers.

¹¹⁸³ La Convention de Rome prévoit que les États contractants peuvent se réserver le droit d'appliquer cette disposition. G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 370, p. 510 et 511; H. BATTIFOL et P. LAGARDE, préc., note 420, n° 601, p. 326.

¹¹⁸⁴ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 368 p. 508; C.c.Q., art. 1436 et 1437.

¹¹⁸⁵ C.c.Q., art. 1704.

des impenses¹¹⁸⁶. Toutefois, il précise qu'« entre les parties, l'existence de l'obligation de restitution doit dépendre de la loi contractuelle régissant le contrat annulé, même si l'on estime devoir soumettre la portée de cette obligation, quant aux fruits et aux impenses, à la loi réelle »¹¹⁸⁷.

Cependant, la question est plus difficile de savoir qu'elle sera la loi qui va dire sur qui reposent les risques de perte du bien par force majeure en cas d'obligation de restitution. Selon que l'on opte, préférablement selon G. Goldstein, pour une qualification de la question du transfert des risques comme une question contractuelle, dans laquelle seules les parties seraient concernées, alors la loi contractuelle à l'origine de l'obligation de restitution devrait s'appliquer même en cas de perte du bien par force majeure¹¹⁸⁸. Mais, si on admet que cette question touche principalement la conception du droit de propriété, dans le sens où elle est le prolongement de la question de l'obligation légale de restitution du bien régi par la loi réelle, alors cette dernière devrait être compétente¹¹⁸⁹.

On a vu plus haut que la loi d'autonomie peut être limitée dans son application, par la compétence de la loi réelle¹¹⁹⁰, elle peut aussi être limitée en application de règles spécifiques à certains contrats ou même de lois de polices.

2. L'application de règles spécifiques à certains contrats

556. Le principe de la loi d'autonomie peut se voir limité dans son domaine d'application notamment en raison de l'application d'une autre loi, comme on l'a vu plus haut par la loi réelle¹¹⁹¹ et par des règles spécifiques à certains contrats.

Il s'agit ici de vérifier la qualification du CLUF en tant que contrat de consommation que certains pourraient être tentés de lui attribuer, car dans un tel cas, les règles de rattachement seront particulières (a). Nous verrons également que dans les relations entre les utilisateurs dans

¹¹⁸⁶ C.c.Q., art. 1703.

¹¹⁸⁷ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 388, p. 563.

¹¹⁸⁸ J. TALPIS, préc., note 941, p. 345, cité dans G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n.b.p. 370-5, p. 512.

¹¹⁸⁹ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, p. 511 et 512.

¹¹⁹⁰ *Supra*, n° 407-461.

¹¹⁹¹ *Id.*

les domaines qui relèvent de la loi d'autonomie, les règles relatives au contrat de vente trouveront à s'appliquer (b).

a. Le contrat de consommation

557. Il s'agit ici de traiter de l'effet du statut dérogatoire de l'utilisateur en tant que consommateur quant au droit applicable. Certains pourraient prétendre que la solution d'appliquer la loi du lieu d'établissement du développeur, à défaut de choix de la loi par les parties (art. 3112 et 3113 C.c.Q.), n'est pas avantageuse pour la partie la plus faible, ici l'utilisateur, car ce dernier n'intervient pas dans le processus de rédaction du CLUF qui se veut être un contrat d'adhésion¹¹⁹². Il convient de rappeler le principe selon lequel la liberté contractuelle se voit limitée par le droit dès lors que les parties ne sont plus sur un pied d'égalité¹¹⁹³. En effet, dans les relations entre le développeur et les utilisateurs, les développeurs qui rédigent les CLUFs prévoient généralement la loi applicable advenant un litige. Par exemple, *Linden Lab* prévoit la loi de la Californie¹¹⁹⁴. Il admet ainsi la loi du lieu de son siège social situé à San Francisco comme loi applicable au contrat et exclut expressément l'application de la Convention de Vienne¹¹⁹⁵.

Dans l'hypothèse où on qualifierait la relation contractuelle entre le développeur et les utilisateurs de contrat de consommation, relativement au caractère d'ordre public d'un contrat impliquant un consommateur, il faut se demander si la clause explicite de détermination du droit

¹¹⁹² La majorité de la doctrine est d'accord sur le fait que les CLUFs prennent généralement la forme de « *click-wrap agreements* ». Ces contrats précisent notamment les conditions d'utilisation du logiciel et les règles de conduite des utilisateurs au sein du monde virtuel ainsi que les questions de propriétés des biens virtuels, ils doivent être acceptés électroniquement par les utilisateurs des mondes virtuels en cliquant sur « *Accept* » ou « *I agree* » afin que ces derniers puissent télécharger le logiciel d'application du monde virtuel. Si l'utilisateur n'accepte pas les conditions du CLUF, le processus d'installation du logiciel ne pourra se faire et le monde virtuel ne sera pas accessible pour cet utilisateur. Les conditions d'utilisation peuvent être accessibles sur la même page, sur une page *pop-up* ou sur une autre page accessible par hyperlien avant d'accepter. Il s'agit d'une forme de contrat d'adhésion dont l'encadrement juridique va dépendre des systèmes juridiques concernés. Ces contrats sont similaires aux *Shrink-wrap agreements* en tant qu'contrats d'adhésion ou *Browse wrap agreement* (avec la différence que dans ce contrat l'utilisateur ne doit pas cliquer sur un icône « j'accepte »). Voir, *Century 21 Canada Limited Partnership v. Rogers Communications Inc.*, 2011 BCSC 1196, en ligne : <<http://www.canlii.org/>> (site consulté le 24 juin 2013). Ces formes de contrat ont été reconnues valides. Voir, Tana PISTORIUS, « Click-Wrap and Web-Wrap Agreements », (2004) 16 *South African Mercantile Law Journal* 568, citée dans W. ERLANK, préc., note 799, n.b.p. 98, p. 99.

¹¹⁹³ C'est pourquoi notamment la *Loi sur la protection du consommateur* (ch. P-40) existe.

¹¹⁹⁴ *Infra*, annexe 2.1, *Second Life, terms of services*, art. 10.2.

¹¹⁹⁵ *Supra*, n.b.p. 951.

applicable (la loi de l'établissement du développeur) est valide ou, à défaut, si les critères classiques de détermination des conflits de lois, tels que le lieu de formation des contrats, le lien de connexité les plus étroits (etc.), seraient alors utilisables?

À priori, on est tenté de répondre par la négative à la première partie de la question, car la loi du lieu du siège social du développeur est la loi du professionnel et donc de la partie la plus forte qui peut mettre le consommateur dans une situation vulnérable. On sait que la loi et les tribunaux dans la majorité des pays ne sont pas toujours favorables à l'exercice plein et entier de la liberté contractuelle lorsqu'il s'agit de protéger la partie la plus faible économiquement au contrat comme le consommateur¹¹⁹⁶, ainsi même dans les cas où le développeur prévoit une clause de choix de la loi dans le CLUF, cette dernière pourra se voir annuler par le juge si selon la loi applicable au fond du contrat, il décide de la déclarer abusive.

558. Dans le but ultime de protection de la partie faible, la loi applicable à un contrat de consommation est celle du lieu de résidence du consommateur¹¹⁹⁷, soit de l'utilisateur. En droit québécois, l'article 3117 C.c.Q. et l'article 5 § 2 de la Convention de Rome (qui ne touche que certains pays européens) laissent aux parties le choix de la loi applicable au contrat de consommation à condition que celle-ci n'ait pas pour « résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il a sa résidence ». Aussi, le champ de protection est limité aux contrats portant sur la « fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services à une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, ainsi qu'aux contrats destinés au financement d'une telle fourniture. » Ainsi, à priori, les dispositions de la Convention de Rome sur la protection du consommateur ne s'appliqueraient pas en matière de contrat de vente de biens virtuels, immatériels entre le développeur et les utilisateurs.

559. Il convient ici de rappeler que le contrat est un outil juridique permettant à deux ou plusieurs personnes de négocier leurs préférences. Or, dans notre contexte, les développeurs de mondes virtuels n'ont ni le temps, ni la capacité de négocier des ententes avec chacun des

¹¹⁹⁶ X. V. OVERMEIRE, préc., note 1069, p. 21-29.

¹¹⁹⁷ En droit européen, l'article 5 de la Convention de Rome favorise l'application de la loi de la résidence du consommateur.

membres des communautés en ligne représentant des millions d'utilisateurs¹¹⁹⁸. Ils imposent donc leurs termes et conditions à l'ensemble des utilisateurs et tentent ainsi de créer des « pseudorègles »¹¹⁹⁹ en matière de droit de propriété, de droit criminel, de droit disciplinaire, de compétence juridictionnelle (etc.).

560. Par exemple, pour analyser plus en profondeur certaines clauses du contrat de licence du monde virtuel *World of Warcraft* (« WoW »), le développeur se décharge de toute responsabilité en cas de pertes des données, et se réserve le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du jeu, et peut également exclure les joueurs sans aucun motif¹²⁰⁰. Est-ce qu'un juge peut déclarer abusives ce genre de clauses contractuelles ou est-ce que la liberté contractuelle doit prévaloir en tant que partie vitale d'un libre marché économique¹²⁰¹ ?

La réponse dépend de la soumission ou non de l'utilisateur au statut de consommateur, et donc en fonction du juge, de la juridiction compétente¹²⁰² et bien entendu de la loi applicable au fond du contrat. Pour autant, il convient d'hésiter à admettre le statut de consommateur à l'utilisateur, d'une part, car il prend la décision réfléchie de choisir de s'inscrire à un monde virtuel plutôt qu'à un autre eu égard aux conditions et règles du jeu offertes par les développeurs et d'autre part, car il n'a pas été « sollicité »¹²⁰³ par le développeur. Ainsi, selon nous, un CLUF ayant une clause de droit applicable mentionnant le droit du pays du développeur serait, selon nous, valide si l'on se base sur les dispositions spécifiques qui pourraient être invoquées¹²⁰⁴.

¹¹⁹⁸ Joshua FAIRFIELD, « Anti-Social Contracts: The Contractual Governance of Virtual Worlds », (2008) 53 *McGill Law Journal*, 427, en ligne: <<http://ssrn.com/abstract=1002997>> (consulté le 12 juin 2014).

¹¹⁹⁹ C'est-à-dire des règles rédigées par l'éditeur de jeu en comparaison aux véritables règles juridiques édictées par les législateurs. F. Fairfield parle de « *pseudoproperty* » à plusieurs reprises dans son article. J. FAIRFIELD, *id.*, p. 429, 437 et 455.

¹²⁰⁰ *Infra*, annexe 2.2, *WoW, terms of services*, art. 9-B.

¹²⁰¹ Anthony T. KRONMAN et Richard A. POSNER, *The Economics of Contract Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1979, p. 1-2 (introduction) (“[t]he principle that voluntary exchange should be freely permitted in order to maximize value is frequently summarized in the concept . . . of freedom of contract”), cité dans J. W. NELSON, préc., note 235, n.b.p. 161, p. 26.

¹²⁰² H. NSIANGANI, préc., note 19, p. 37.

¹²⁰³ Ce critère se retrouve en droit québécois dans la Loi sur la protection du consommateur (art. 21) qui prévoit que, dans le cadre d'un contrat à distance, c'est-à-dire un contrat qui n'a pas été sollicité par le consommateur, c'est le droit du consommateur qui s'applique.

¹²⁰⁴ Vincent GAUTRAIS et Pierre-Emmanuel MOYSE, “Droit des auteurs et droit de la consommation dans le cyberspace: la relation auteur / utilisateur”, (1996) 9 *C.P.I.* 1, p. 42, en ligne: <<http://cpi.robic.ca/Cahiers/09-1/01Gautrais.htm>>.

En droit américain, la tendance à la protection du consommateur est également présente en jurisprudence. Dans l'affaire *Zapata*¹²⁰⁵, la Cour suprême confirme de façon générale un principe grandement établi selon lequel les clauses attributives de juridiction ne sont valides que dans le cadre d'une relation entre personnes susceptibles de négocier entre elles. La situation s'étend donc aux contrats d'adhésion, et d'une manière générale, à toutes les situations où l'adhérent n'a pas équitablement négocié ou fait le choix de la loi applicable.

561. Dans cet esprit, il convient de citer l'affaire *Bragg c. Linden*¹²⁰⁶ qui est un bon exemple dans le contexte des mondes virtuels où la cour a décidé d'appliquer la loi contractuelle afin de déterminer si la clause arbitrale inclus dans les termes de service de Linden était abusive. En effet, selon la Cour, il convient dans ce cas d'appliquer la loi qui gouverne la formation du contrat¹²⁰⁷, en l'espèce la loi Californienne telle qu'indiquée dans le CLUF de Linden.

Le juge a considéré que les termes de services étaient abusifs, quant à la forme et quant au fond, du fait que la clause arbitrale contenue dans le CLUF créait une forme de « surprise » pour l'utilisateur et qu'il s'agissait d'un contrat d'adhésion¹²⁰⁸. Sur le fond, la cour précise qu'il existait un manque de réciprocité dans l'équilibrage des pouvoirs entre l'utilisateur et le développeur, puisque l'utilisateur n'avait pas le pouvoir de négocier le contrat et que *Linden Lab* pouvait modifier ce contrat à tout moment¹²⁰⁹.

b. Le contrat de vente

562. Nous avons vu que des conflits de lois internationaux peuvent intervenir dans le cadre des transferts de biens virtuels entre les utilisateurs qui peuvent se situer à l'autre bout de la planète. Contrairement aux conflits de lois entre les développeurs et les utilisateurs, ces conflits

¹²⁰⁵ *The Bremen v. Zapata off-shore co.*, (1972) No. 71-322 (US. Supreme Court), cité dans Vincent GAUTRAIS et Pierre-Emmanuel MOYSE, *id.*, p. 42.

¹²⁰⁶ *Bragg v. Linden Research Inc.*, préc., note 192.

¹²⁰⁷ Selon les termes du juge: "When determining whether such defenses might apply to any purported agreement to arbitrate the dispute in question, "courts generally . . . should apply ordinary state-law principles that govern the formation of contracts." *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 944 (1995). Thus, the Court will apply California state law to determine whether the arbitration provision is unconscionable. (Both parties agree that California law should govern the question of whether the arbitration provision is unconscionable)". *Bragg v. Linden Research, Inc.*, *id.*, p. 26 (PDF), en ligne: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-paed-2_06-cv-04925/pdf/USCOURTS-paed-2_06-cv-04925-0.pdf> (consulté le 03 septembre 2015).

¹²⁰⁸ *Id.*, p. 29 (PDF).

¹²⁰⁹ *Id.*, p. 42.

seront plus faciles à gérer, car il y a généralement absence de rapport de force entre les utilisateurs.

Advenant un litige entre utilisateurs en matière de transfert de biens virtuels, par exemple, en cas de non-paiement ou de non-délivrance du bien virtuel, objet de la transaction, dans la pratique, l'utilisateur n'aura pas réellement de recours. En effet, on imagine mal un utilisateur poursuivre en justice un autre utilisateur pour un bien virtuel qui lui a coûté moins que ce que lui coûterait les frais de justice.

Cependant, il y a certaines transactions qui peuvent être assez significatives. Par exemple, en 2010 un hôtel virtuel s'est vendu pour 635 000 \$ et une station spatiale virtuelle pour 330 000 dollars¹²¹⁰. Dans le cadre de ces transactions, un simple contrat de vente en ligne intervient entre le vendeur et l'acheteur. Normalement, il ne s'agira pas d'un contrat d'adhésion entre les parties. Les parties vont négocier et s'entendre sur les termes du contrat. En cas de litige, le juge étudiera les facteurs de rattachement fondés sur le principe de l'autonomie de la volonté dans les domaines où la loi contractuelle est applicable. Il appliquera en général la loi choisie par les parties,¹²¹¹ car le principe de l'autonomie de la volonté tient une grande place dans ces transactions.

Cependant, en l'absence de choix de la loi applicable au litige par les parties, le juge devra se tourner vers les règles de rattachement subsidiaires. En droit québécois, l'article 3114 alinéa 1 C.c.Q. prévoit des règles de conflit particulières au contrat de vente d'un meuble corporel, selon lesquelles :

« En l'absence de désignation par les parties, la vente d'un meuble corporel est régie par la loi de l'État où le vendeur avait sa résidence (...). Toutefois, la vente est régie par la loi de l'État où l'acheteur avait sa résidence ou son établissement, au moment de la conclusion du contrat, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

1. Des négociations ont été menées et le contrat a été conclu dans cet État;
2. Le contrat prévoit expressément que l'obligation de délivrance doit être exécutée dans cet État;
3. Le contrat est conclu sous les conditions fixées principalement par l'acheteur, en réponse à un appel d'offres. »

¹²¹⁰ *Supra*, n° 7 et 319.

¹²¹¹ En droit européen, c'est l'article 3 al.1 de la Convention de Rome qui prévoit que le « *contrat est régi par la loi choisie par les parties* ».

563. Selon Sylvette Guillemard, il n'y a pas lieu de s'écarter du principe connu selon lequel, la loi du lieu de l'établissement du vendeur aurait vocation à s'appliquer à toutes les ventes cyberspatiales et donc aux ventes de bien meuble non corporel¹²¹². Dans cette même idée, on pourrait donc interpréter largement les termes de l'article 3114 al. 1 C.c.Q. pour l'appliquer aux situations de ventes de biens virtuels entre les utilisateurs.

Il convient de préciser que le rattachement prévu à l'alinéa 2 de cet article ne pourrait pas se voir appliquer, car les conditions pour son application ne peuvent pas être réunies dans les ventes passées en ligne dont le bien, objet de la vente, est délivré au sein du cyberespace. En l'espèce, il est donc probable que dans son domaine d'application, la loi applicable au contrat de vente de biens virtuels entre utilisateurs donne souvent compétence à la loi du lieu de résidence du vendeur¹²¹³.

Si on décide plutôt de s'en tenir à la lettre des dispositions de l'article 3114 C.c.Q. qui se dit applicable aux « biens meubles corporels », alors les ventes de meubles incorporels tomberaient dans le champ d'application des articles 3111 C.c.Q. comme on l'a vu plus haut pour les relations entre le développeur et les utilisateurs.

Dans tous les cas, on arrive à la même solution, la loi applicable est celle choisie par les parties et à défaut de choix, ce serait celle du lieu de la résidence habituelle du vendeur, débiteur de la prestation caractéristique, loi qui a les liens les plus étroits selon les articles 3112 et 3113 C.c.Q.

3. L'absence de choix : localisation du contrat par la notion de prestation caractéristique

564. En pratique, l'hypothèse de l'absence de choix de la loi applicable par les parties au CLUF est presque inexistante, car ce sont les développeurs entourés de leurs avocats qui font attention à prévoir la clause de la loi applicable. Par contre, dans les relations entre utilisateurs, l'hypothèse peut être plus fréquente. Dans ce cas, le juge devra localiser la source du rapport de droit.

¹²¹² S. GUILLEMARD, préc., note 17, p. 489.

¹²¹³ *Id.*

Le droit québécois ne désigne plus la loi du « lieu de conclusion du contrat »¹²¹⁴ pour les questions de fond du contrat. Il convient maintenant de distinguer les questions de forme et de fond ou de « substance »¹²¹⁵ du contrat. En ce qui concerne les questions de validité formelle du contrat, l'article 9.1 de la Convention de Rome et l'alinéa 1 de l'article 3109 C.c.Q. prévoient que la loi du lieu de conclusion est compétente. Néanmoins, est « valable l'acte qui est fait dans la forme prescrite par la loi applicable au fond de cet acte ou par celle du lieu où, lors de sa conclusion, sont situés les biens qui en font l'objet ou, encore, par celle du domicile de l'une des parties lors de la conclusion de l'acte »¹²¹⁶. On entend par « forme » du contrat : « les formalités qui ne s'attachent qu'aux *manifestations extérieures du comportement* de ceux qui l'élaborent. »¹²¹⁷ Par exemple, l'écrit, la forme notariée, l'exigence de la présence de témoins. Par contre, en ce qui concerne les formalités propres aux transferts de propriété, comme la publicité vis-à-vis des tiers et le contenu des droits, on a vu que cela relève du domaine de compétence de principe de la loi de la situation du bien,¹²¹⁸ car ces formalités concernent la validité du transfert ou l'opposabilité, mais pas la validité formelle du contrat.

565. Dans le contexte des transferts des biens virtuels, qui impliquent des contrats cyberspatiaux, conclus en ligne (entre non-présents), et dans les domaines qui concernent les questions de fond du contrat comme la nullité de l'acte, le rattachement de la loi du lieu de conclusion du contrat devient moins significatif en l'absence de localisation de biens virtuels, immatériels. Ainsi, en l'espèce, il convient d'avoir recours au rattachement objectif rallié au principe de proximité¹²¹⁹ énoncé à l'article 3 de la Convention de Rome et à l'article 3112 C.c.Q. en ces termes :

« En l'absence de désignation de la loi dans l'acte ou si la loi désignée rend l'acte juridique invalide, les tribunaux appliquent la loi de l'État qui, compte tenu de la nature de l'acte et des circonstances qui l'entourent, présente les liens les plus étroits avec cet acte. ».

¹²¹⁴ Alors que le *Code civil du Bas Canada* dans son article 8 prévoyait comme rattachement de principe, « la loi du lieu où les contrats sont passés », l'article 3114 du nouveau Code civil du Québec a modifié la formule.

¹²¹⁵ D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n° 917, p. 323.

¹²¹⁶ C.c.Q., art. 3109 al. 2.

¹²¹⁷ P. MAYER et V. HEUZÉ, préc., note 837, n°153, cité dans G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 365, p. 501.

¹²¹⁸ *Supra*, n° 422, 423 et 435.

¹²¹⁹ D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n° 900, p. 308.

Ainsi, selon cet article, la loi ayant les liens les plus étroits avec le contrat pourra valider un contrat annulé par la loi choisie par les parties¹²²⁰. Le Code civil précise que c'est l'*acte* lui-même qui doit présenter les liens les plus étroits avec un État donné¹²²¹. Le juge devra apprécier ces liens de façon objective, ce qui pourra être rendu difficile selon la situation en présence¹²²². Également, selon l'article 8 de la Convention, pour juger de la validité d'un contrat, il faut appliquer la loi applicable au contrat comme si celui-ci était valide, à moins qu'une des parties demande à voir le droit de son lieu de résidence habituelle appliquée et qu'il ne soit pas raisonnable d'après la loi de ce pays d'appliquer la loi prévue dans le contrat.

L'objectif de l'utilisateur/créateur de l'objet virtuel sera de faire invalider le contrat et la clause d'élection du for si celle-ci n'est pas en sa faveur. Les CLUFs pouvant être facilement définis comme des contrats d'adhésion, il est tout à fait concevable dans ce contexte de juger raisonnable l'application de la loi du lieu de résidence de la partie ayant souscrit au CLUF c'est-à-dire l'utilisateur surtout qu'on a vu que la partie de la Convention relative aux consommateurs n'est pas applicable aux objets incorporels¹²²³.

566. Il convient de préciser que l'on n'est pas du même avis que certains auteurs qui considèrent le cyberspace comme le lieu de conclusion du contrat, car selon eux, c'est en ce « lieu » que les parties échangent leur volonté¹²²⁴. Si cette solution peut permettre pour certains de surmonter les difficultés à chercher des correspondances entre le cyberspace et le monde terrestre, on se place avec ceux qui nient l'existence du cyberspace en tant que lieu autonome¹²²⁵.

567. Ainsi, en droit québécois, dans les domaines contractuels, en l'absence de choix de la loi applicable par les parties, c'est la règle générale de l'article 3112 C.c.Q. qui exprime le principe

¹²²⁰ *Quigley c. Desjardins*, (1903) 24 C.S. 434, cité dans G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n.b.p. 369-1, p. 510.

¹²²¹ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 359, p. 493.

¹²²² Aussi, en *common law*, à défaut de choix de la loi par les parties aux contrats, le juge tient compte également de toutes les circonstances entourant le contrat pour déterminer la loi avec laquelle il a les liens les plus étroits. Le juge ne présume pas que les parties ont voulu que s'applique la loi du lieu de conclusion du contrat ou celle de son exécution. G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 359, n° 358, p. 492.

¹²²³ *Supra*, n° 558.

¹²²⁴ *Supra*, n° 469 et suiv.

¹²²⁵ *Supra*, n° 466-478.

de proximité¹²²⁶ qui s'applique. Il s'agit plus de rechercher une proximité relationnelle que géographique. Le juge devra examiner plusieurs critères pour déterminer le rattachement au contrat comme le lieu d'exécution ou le domicile, la résidence, la nationalité (etc..) et l'article 3113 C.c.Q. va l'aider, car ce dernier définit que : « les liens les plus étroits sont présumés exister avec la loi de l'État dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte a sa résidence ou, si celui-ci est conclu dans le cours des activités d'une entreprise, son établissement. » Ni le Code, ni la Convention de Rome (art. 4.2) ne définissent ce qu'est « la prestation caractéristique ». Selon le professeur G. Goldstein, il doit s'agir du caractère le plus significatif que le contrat présente¹²²⁷, ce qui rejoint la définition retenue par la professeure Horatia Muir-Watt « la prestation qui permet de distinguer un contrat d'un autre »¹²²⁸. Ce concept est très difficile à déterminer surtout dans des situations où il est quasi-impossible de trouver, du moins objectivement, qui, de l'une ou l'autre partie fournit la prestation caractéristique. Le professeur G. Goldstein cite ainsi les exemples des contrats de licence ou ceux passés entre un éditeur et un auteur – l'un s'engage à publier et l'autre à remettre le manuscrit¹²²⁹. Toutefois, il précise que le critère de la prestation caractéristique est une bonne formule, car elle permet d'orienter la recherche de la loi applicable à chaque contrat selon ses spécificités et de supprimer les problèmes de contrat entre non-présents que peut poser la loi du lieu de conclusion du contrat¹²³⁰. Dans les cas où il serait impossible de déterminer la prestation caractéristique à l'ensemble du contrat, il convient de revenir à l'article 3112 C.c.Q. et de rechercher la loi qui entretient les liens les plus étroits avec cet ensemble. Si ces liens sont difficiles à déterminer, il convient alors d'avoir recours à la technique du dépeçage objectif c'est-à-dire de vérifier les lois applicables selon les différentes parties du contrat et d'appliquer l'article 3082 C.c.Q.¹²³¹.

¹²²⁶ C.c.Q., art. 3112 : « En l'absence de désignation de la loi dans l'acte ou si la loi désignée rend l'acte juridique invalide, les tribunaux appliquent la loi de l'État qui, compte tenu de la nature de l'acte et des circonstances qui l'entourent, présente les liens les plus étroits avec cet acte. »

¹²²⁷ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 359, p. 494.

¹²²⁸ H. GAUDEMET-TALLON, « Le nouveau droit international privé des contrats », (1981) *RTD eur.* 215, p. 248, cité dans D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n.b.p. 4, p. 308.

¹²²⁹ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 834, n° 359, p. 494.

¹²³⁰ *Id.*, p. 496 et p. 497.

¹²³¹ *Id.*

568. En ce qui concerne les relations contractuelles entre le développeur et les utilisateurs établies par le CLUF, la prestation caractéristique peut être vue comme l’obligation du développeur de donner l’accès au monde virtuel et de délivrer les biens virtuels en son sein. On a vu que le Code civil et la Convention de Rome rattachent la prestation caractéristique au lieu de résidence du débiteur de cette prestation¹²³². Selon l’article 3113 C.c.Q., lorsque cette prestation est fournie par un professionnel comme c’est le cas ici, elle est localisée au lieu de l’établissement de l’entreprise. Ainsi, sera applicable la loi du lieu du siège social du développeur qui fournit la prestation caractéristique du service, de la licence du monde virtuel dont ils rédigent les termes et conditions. Cette solution coïncide avec la théorie de Vincent Heuzé selon laquelle « les contrats doivent être régis par la loi du lieu de résidence de celle des parties qui n’a pas pris l’initiative de leur conclusion », c’est bien l’utilisateur qui décide d’aller sur le site web du monde virtuel et de créer un compte utilisateur qui suppose l’acceptation des termes et conditions inclus dans le CLUF, rédigés par le développeur.

En suivant cette méthode, on en revient en définitive à appliquer la loi du lieu du siège social du développeur dans les cas d’absence de choix de la loi applicable dans les contrats entre le développeur et l’utilisateur. Cette solution rejoint le choix effectué par la majorité des développeurs qui prévoient nécessairement cette loi applicable à leur contrat avec les utilisateurs.

569. Synthèse : Dans les domaines qui touchent l’application de la loi réelle, le passage en revue des différentes possibilités de localisation en application de la technique de la localisation fictive, nous a permis de conclure que la meilleure solution, d’un point de vue du respect des principes du droit international privé (principe de prévisibilité, de stabilité), et en l’absence d’une procédure d’enregistrement des biens virtuels, serait de retenir la loi du lieu du siège social du développeur pour déterminer la loi réelle dans les domaines où elle s’applique en matière de transferts de biens virtuels entre le développeur et l’utilisateur et entre les utilisateurs, bien qu’on puisse lui reprocher d’être la loi de la partie la plus forte.

Dans les domaines qui touchent l’application de la loi contractuelle, en règle générale, les développeurs choisissent la loi du lieu de leur siège social, on a vu que ce rattachement serait le

¹²³² *Supra*, n° 524.

meilleur à utiliser en tant que localisation fictive pour remplacer la loi de situation du bien dans les matières qui touchent l'application de la loi réelle en l'absence de situation terrestre du bien virtuel. C'est également, ce rattachement que le juge probablement choisira en l'absence de choix dans la loi applicable dans le cadre des relations contractuelles entre le développeur et l'utilisateur dans le respect des articles 3111 C.c.Q. et suivants et des dispositions de la Convention de Rome. En effet, on a conclu que le développeur est le débiteur de la prestation caractéristique donc la loi applicable sera celle de la loi du siège social du développeur.

En ce qui concerne la loi applicable aux relations contractuelles entre les utilisateurs en matière de transaction de biens virtuels, à défaut de choix de la loi applicable dans le contrat, ce sera la loi du lieu de résidence du vendeur qui sera compétente, loi qui entretient les liens les plus étroits avec l'acte juridique à la source de leurs relations.

Dans tous les cas, la loi contractuelle pourra se voir limiter dans son application si le tribunal la juge incompatible avec l'ordre public du for ou en concurrence avec une loi de police du for ou décide de faire primer une loi de police étrangère, ce qui est très rare de rencontrer dans la pratique jurisprudentielle.

Conclusion du chapitre 2

570. On sait que la solution générale aux conflits de lois est d'appliquer la loi qui a les rapports les plus étroits avec l'objet du litige. Or, l'inexistence de localisation des biens virtuels dans le cyberspace rend difficile, voire impossible, l'application de la loi réelle en tant que référence générale à la loi du lieu de situation du bien. À défaut de rattachement et dans le but d'identifier la loi applicable aux transferts des biens virtuels, on a tout d'abord passé en revue les spécificités du cyberspace pour vérifier si la localisation cyberspatiale pouvait constituer un facteur de rattachement. Puisque le cyberspace n'existe pas, que « c'est une utopie, un non-lieu »¹²³³, il ne peut exister d'ordre juridique établi en son sein, ainsi on a pu conclure que la localisation cyberspatiale ne peut exister comme facteur de rattachement en droit international privé.

571. On a donc tenté d'analyser une potentielle compatibilité entre les facteurs de rattachement existants pour les biens corporels avec les biens virtuels. Mais on est venu à la conclusion qu'en l'absence de localisation effective du bien virtuel dans le monde virtuel, la règle classique de référence à la loi de situation était limitée dans son application. On a alors tenté de vérifier si on pouvait émettre une analogie entre le développement des lois en matière d'espace extra-atmosphérique et le cyberspace. Mais le recours à la méthode de « localisation fictive » utilisée comme solution positive du conflit pour résoudre les conflits de lois dans l'espace extra-atmosphérique ne peut actuellement s'appliquer à notre matière, à défaut d'existence physique du cyberspace et d'accord international le réglementant dans son entier.

572. Ainsi, on a examiné la possibilité d'avoir recours à la fiction juridique et on a passé en revue les différentes localisations fictives possibles en fonction de la matière, pour arriver à la conclusion que la loi du lieu du siège social du développeur paraît être, à défaut de l'existence d'une procédure d'enregistrement des biens virtuels, le facteur de rattachement le plus significatif selon les spécificités de notre matière dans les domaines qui concernent l'application de la loi réelle. Également, on s'est référé à une matière proche de la nôtre, soit les cyberdélicts selon laquelle la technique de focalisation est appliquée pour déterminer la loi applicable. Après une analyse du principe de focalisation dans son application et ses limites, on a pu conclure que

¹²³³ Pierre LÉVY, *L'intelligence collective, Pour une anthropologie du cyberspace*, Paris, La Découverte, 1994, p. 137, cité dans P. TRUDEL, préc., note 143, n.b.p. n° 2, p. 2-1.

ce principe peut s'appliquer seulement dans les matières délictuelles ou extracontractuelles dans les mondes virtuels. Son application ne se prête pas à la matière des transferts de propriété des biens virtuels puisque les parties aux transferts ne sont généralement pas ciblées.

573. On a vu que dans certains domaines, il est parfois difficile de délimiter le champ d'application de la loi réelle avec la loi contractuelle, comme en matière de transfert de propriété, puisque les relations contractuelles entre les parties enveloppent les questions de droits réels. On sait que le principe de l'autonomie de la volonté confère aux parties la possibilité de localiser leur rapport dans l'ordre juridique de leur choix. En l'absence de lois de police ou d'exception d'ordre public, le principe de l'autonomie prend une place importante pour régir les droits patrimoniaux dérivés par l'acte juridique de constitution ou de transferts de droits réels de leur titulaire. Ainsi, on pourrait être tenté de substituer l'application de la loi contractuelle dans les domaines où la loi réelle est compétente dans les cas où les tiers ne sont pas concernés¹²³⁴. Cette hypothèse éviterait au juge de passer par le processus de la recherche de localisation fictive dans les matières où la loi réelle devrait s'appliquer et de gérer le conflit de lois en matière de transfert de biens virtuels de façon unitaire dans les domaines contractuels et réels, sous le couvert de la loi contractuelle dans les relations entre le développeur et les utilisateurs ou les utilisateurs entre eux. Aussi, l'application de la loi contractuelle paraît être une bonne solution, car elle respecte les principes de prévisibilité et de sécurité juridique dont le droit international privé se fait gardien.

574. Toutefois, le principe de l'autonomie ne peut pas s'appliquer en l'absence de choix par les parties ou il peut être limité dans son domaine d'application soit par des mesures de protection ou de substitution de la loi réelle¹²³⁵, soit par des règles d'ordre public¹²³⁶ qui existent dans le but ultime de protection des tiers. Il convient de préciser que dans les relations entre le développeur et les utilisateurs ou les utilisateurs entre eux, les « tiers » n'en sont pas vraiment dans le sens où leur protection n'est pas exigée, car ils sont finalement des utilisateurs qui sont partis au CLUF et connaissent les termes et conditions du jeu et donc les risques qu'ils encourent

¹²³⁴ *Supra*, n° 429.

¹²³⁵ P. TRUDEL, préc., note 143, n.b.p. n° 2, p. 2-1.

¹²³⁶ En droit international privé, les règles d'ordre public international peuvent mettre en échec l'application de la loi choisie par les parties. Arrêt *Belisle National Leasing c. Bertrand* [1991] R.J.Q. 194 (C.S.), cité dans X. Van OVERMEIRE, préc., note 1069, n.b.p. 5, p. 3.

que ce soit dans leurs relations avec le développeur ou les autres utilisateurs. Dans les autres cas où la loi d'autonomie serait limitée dans son application dans les domaines contractuels qui la concernent, on a vu que la Convention de Rome et les articles 3111 et suivants du *Code civil du Québec* apportent les solutions dans la recherche du rattachement en suivant le principe de proximité. En ce sens, après une analyse de ces dispositions, on a pu conclure que dans les relations entre le développeur et l'utilisateur, la loi du lieu du siège social du développeur sera applicable alors que dans les relations entre utilisateurs, ce sera la loi du lieu de résidence du vendeur qui devra s'appliquer. La complexité de notre matière et les différends doctrinaux sur la qualification même du bien virtuel, existence ou inexistence de l'objet virtuel en tant que bien, reconnaissance ou non du droit de propriété classique et/ou d'un droit de propriété intellectuelle, nous conduit vers la recherche d'une solution alternative aux règles de conflits de lois classiques des biens, soit vers l'analyse de l'application des règles de conflits en droits d'auteur à notre matière.

Chapitre 3. Solution alternative aux règles de conflits de lois classiques des biens : l'application du droit d'auteur

575. Les mondes virtuels avec ses caractéristiques particulières apportent des questions juridiques propres et complexes, notamment en ce qui concerne la création des objets virtuels qui donne au monde virtuel sa personnalité et sa valeur. Bien que les règles de conflit de source internationale en propriété intellectuelle ne font aucunement référence aux biens virtuels, car ce sont des biens incorporels nouveaux, on pourrait sans grande difficulté prétendre à ce qu'elles s'appliquent à eux. En effet, on a vu dans la première partie de cette étude, lorsqu'il s'agissait de qualifier juridiquement l'objet virtuel que ce dernier pouvait notamment se voir reconnaître la qualité d'« œuvre de l'esprit », s'il satisfait au critère d'originalité requis par la majorité des législations sur la protection du droit d'auteur en droit interne et en droit international. Pour les mêmes raisons expliquées dans la première partie¹²³⁷, on choisit ici de traiter de la protection par le droit d'auteur bien que les transferts de biens virtuels concernent les autres domaines de la propriété intellectuelle comme le droit des marques ou des brevets. En effet, sans grande difficulté, on pourrait également justifier une protection par les règles en matière de marque de commerce, de certains éléments du monde virtuel comme les noms ou les représentations de grandes marques connus¹²³⁸.

576. Il s'agira dans ce dernier chapitre d'aborder les questions de violations du droit d'auteur et les recours disponibles selon les victimes touchés par la violation (section 1) et de déterminer les règles de conflits de lois relatives au recours en matière de droit d'auteur (section 2). Ces questions touchent essentiellement la détermination de la titularité du droit d'auteur sur l'objet virtuel, qui sera différente selon le juge compétent et la loi applicable.

Section 1. Les recours en cas de violation du droit d'auteur

577. On est en présence d'une violation du droit d'auteur quand une personne viole les droits exclusifs appartenant au titulaire du droit d'auteur. En règle générale, les droits exclusifs sont

¹²³⁷ *Supra*, n° 342.

¹²³⁸ L-P. GRAVELLE et J-F. JOURNAULT, préc., note 753, p. 160 à 163.

au nombre de cinq : 1. Le droit de faire des copies de son œuvre protégée; 2. Le droit de préparer des travaux dérivés basés sur son œuvre protégée; 3. Le droit de vendre des copies de son œuvre protégée; 4. Le droit de représenter publiquement son œuvre protégée; 5. Le droit de distribuer l'objet de son droit¹²³⁹.

La vente ou le transfert des biens virtuels dans les mondes virtuels impliquent ces cinq droits exclusifs. La question principale et conflictuelle dans notre matière est la suivante : qui doit se voir reconnaître la protection des droits d'auteur sur les objets virtuels? La question de la titularité des droits est légitime à se poser dans le contexte des MMOs puisque le joueur a la possibilité de créer ses propres objets ou de personnaliser des objets existants au sein du monde virtuel et l'interrogation réside dans le fait de savoir si le joueur dispose des droits sur les œuvres qu'il a créées au sein du monde virtuel : doit-on le qualifier d'auteur ou l'objet virtuel ainsi créé fait partie de l'œuvre dans laquelle il évolue et appartient au développeur du monde virtuel?

578. Pour répondre à ces questions, il s'agit d'étudier les recours du développeur à l'encontre des utilisateurs dans l'hypothèse où on lui reconnaît les droits d'auteur sur les objets virtuels (paragraphe 1). Puis, de vérifier les recours auxquels aura le droit l'utilisateur à l'encontre du développeur ou des autres utilisateurs dans l'hypothèse où on lui reconnaît les droits d'auteur sur l'objet virtuel qu'il a créé (paragraphe 2).

Paragraphe 1. En cas de reconnaissance des droits d'auteur aux développeurs

579. Tout d'abord, il s'agit d'analyser les rapports contractuels entre les développeurs et les utilisateurs au regard du droit d'auteur sur les objets virtuels (A), avant de pouvoir traiter des recours techniques (B) et légaux (C) dont les développeurs peuvent se prévaloir en cas de violation de leurs droits d'auteur.

A. Les rapports contractuels au regard du droit d'auteur

580. Si le juge venait à décider que le développeur est le titulaire des droits d'auteur sur tout le contenu du monde virtuel incluant les objets virtuels (les objets virtuels étant l'image représentant des lignes de codes enregistrés dans le serveur du développeur), l'utilisateur

¹²³⁹ 17 U.S.C. 2001, art. 501(a) "infringement of copyright"; L.D.A., préc., note 721, art. 27.

violerait ainsi ces droits, par exemple, en transférant l'objet virtuel à un autre utilisateur sans obtenir au préalable l'autorisation du développeur¹²⁴⁰. Afin de protéger ses droits d'auteur contre une telle violation, qui se réalise très fréquemment en pratique, le développeur prévoit également dans le CLUF une cession des droits moraux des utilisateurs. Quels sont alors les recours dont le développeur peut se prévaloir en cas de violation de ses droits d'auteur? Le développeur pourra se prévaloir de recours d'ordre technique et juridique.

B. *Les recours techniques*

581. En cas de non-respect des obligations contractuelles, le développeur peut envisager la fermeture du compte de l'utilisateur, tel qu'il en fait expressément mention dans les termes et conditions. Puisque l'objet virtuel peut être visualisé seulement dans le monde virtuel via le compte de l'utilisateur, ce dernier ne pourra plus l'utiliser. La suppression des objets virtuels par le développeur est une pratique fréquente dans les mondes virtuels, elle est la source de nombreux conflits entre les développeurs et les utilisateurs.

Pour éviter la violation de leurs droits d'auteur, les développeurs qui interdisent les transferts de biens virtuels devraient mettre en place des « clôtures techniques »¹²⁴¹ afin d'éviter la facilité des copies et la facilité de transmission des objets virtuels. Mais certains utilisateurs trouveront toujours des failles dans le système pour contourner ces mesures et le développeur n'aura d'autres choix que de les poursuivre en justice.

C. *Les recours légaux*

582. On a déjà dit que tout l'intérêt de la qualification juridique de l'objet virtuel est celui du régime applicable et des recours offerts par ce régime. On a pu justifier dans la première partie de cette étude¹²⁴², de la qualification d'œuvre à l'objet virtuel, il s'agit alors de se tourner vers le droit interne comparé en matière de propriété intellectuelle au Canada et aux États-Unis. En effet, le droit américain est incontournable dans la mesure où la plupart des mondes virtuels sont développés aux États-Unis.

¹²⁴⁰ L.D.A., préc., note 721, art. 27(2) a).

¹²⁴¹ Séverine DUSSOLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, 10 Coll. "Création Information Communication", éd. Larcier, 1997, n° 160, p. 36 et s.

¹²⁴² *Supra*, n° 356 et suiv.

583. Mis à part les recours pénaux qui sont offerts en cas de violation de droits d'auteurs par contrefaçon¹²⁴³, en matière civile, l'article 34 de la *Loi sur les droits d'auteur au Canada* prévoit que la personne qui est victime d'une violation de son droit d'auteur peut exercer tous les recours que la loi accorde pour la violation d'un droit¹²⁴⁴. Il en est de même en cas de violation des droits moraux¹²⁴⁵. Ces recours alternatifs ou cumulatifs sont d'ordre injonctif¹²⁴⁶, compensatoire et déclaratoire. Il en est prévu de même dans le *Copyright law* des États-Unis¹²⁴⁷.

584. Une fois la violation prouvée par le développeur, il aura le droit d'obtenir, selon les sanctions prévues aux articles 34, 35 et 38 de la L.D.A. :

1. l'émission d'une déclaration de propriété et de contrefaçon;
2. l'émission d'une ordonnance d'injonction permanente (ou interlocutoire, suivant le cas);
3. le paiement de dommages (réels, remboursement des profits illégaux et des dommages punitifs);
4. une reddition de compte;
5. l'intérêt légal et l'indemnité spéciale;
6. le paiement de frais, y compris sur une base avocat/client;
7. la valeur des exemplaires contrefacteurs ou, alternativement, la remise en possession, à titre de propriétaire, de tous les éléments contrefacteurs.

Outre le dommage réel lui résultant de la violation de ses droits, le titulaire du droit d'auteur peut également réclamer une partie des profits que le contrefacteur a réalisés de par ses agissements illégaux selon l'article 35 L.D.A.

¹²⁴³ L.D.A., préc., note 721, art. 42; 17 U.S.C. 2001, art. 506.

¹²⁴⁴ L.D.A., *id.*, art. 34 (1): "En cas de violation d'un droit d'auteur, le titulaire du droit est admis, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, à exercer tous les recours — en vue notamment d'une injonction, de dommages-intérêts, d'une reddition de compte ou d'une remise — que la loi accorde ou peut accorder pour la violation d'un droit."

¹²⁴⁵ *Id.*, art. 34 (2): "Le tribunal saisi d'un recours en violation des droits moraux peut accorder au titulaire de ces droits les réparations qu'il pourrait accorder, par voie d'injonction, de dommages-intérêts, de reddition de compte, de remise ou autrement, et que la loi prévoit ou peut prévoir pour la violation d'un droit."

¹²⁴⁶ Une injonction est une ordonnance de la cour ou de l'un de ses juges enjoignant une personne de ne pas faire ou de cesser de faire un acte ou une opération déterminés: on parle ici d'injonction prohibitoire. Dans les cas qui le permettent, il peut aussi être enjoint à une personne d'accomplir un acte: c'est alors une injonction mandatoire. Laurent CARRIÈRE, « Recours civils en matière de violation de droit d'auteur au Canada », en ligne: <<http://www.robic.ca/admin/pdf/550/183-LC.pdf>> (site consulté le 03 août 2015). Voir sur le sujet: Robert J. SHARPE, *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed., Toronto, Canada Law Book, 1992 cité par L. CARRIÈRE, *id.*, n.b.p. 18, p. 6.

¹²⁴⁷ Title 17- « *copyright law* » U.S. Code, chapter 5 (2001): « *Copyright infringement and remedies* », par. 502, 503, 504 et 505.

585. Le juge peut décider d'émettre une injonction si le titulaire de droit d'auteur a établi 3 conditions : i) qu'il était titulaire du droit d'auteur, ii) dans une œuvre protégée et iii) dont les droits ont été usurpés. Voyons si le développeur peut satisfaire à ces trois conditions :

En ce qui concerne la première condition, il faut noter qu'à défaut d'intervention du législateur pour admettre la titularité du droit d'auteur à l'utilisateur, le développeur ne devrait pas avoir tant de mal à prouver la violation de son droit d'auteur au regard des termes des CLUFs qui énoncent d'une part sa titularité sur l'œuvre et prohibent la vente des objets virtuels sans son autorisation préalable. En effet, la question de la titularité du droit d'auteur pourra être placée sur le terrain contractuel, à défaut de loi applicable sur la question.

Le juge devra analyser le rapport contractuel entre les développeurs et les utilisateurs au regard du droit d'auteur. On sait que le contrat lie les parties entre elles, mais non les tiers¹²⁴⁸. On entend généralement par « tiers » la personne qui n'est pas partie au contrat. Que ce soit en matière de propriété classique ou de propriété intellectuelle, les règles tendent à protéger les tiers. Or, pour accéder aux objets virtuels, qui existent seulement dans les mondes virtuels, il faut signer le CLUF et devenir ainsi utilisateur de ce jeu. Que ce soit dans les relations avec les développeurs ou avec les autres utilisateurs, aucun tiers qui a besoin de protection n'est concerné. En effet, on peut penser aux intermédiaires comme des tiers, mais ce sont des compagnies de courtage ou des fermiers qui se livrent à des activités illégales dans le sens où leur rôle est d'aider les utilisateurs à contrevenir aux règles contractuelles et donc à « receler » des biens virtuels.

Le principe de l'autonomie de la volonté en matière de droits d'auteur doit être respecté. Le juge se verra ainsi contraint ou heureux, selon son parti-pris, de déclarer le développeur titulaire du droit d'auteur sur les objets virtuels qui sont créés par les utilisateurs au sein des mondes virtuels, dans le respect des termes des CLUFs.

En ce qui concerne les deux autres conditions que le développeur doit réunir pour demander une injonction au juge afin de faire cesser toute violation par les utilisateurs à l'encontre de son droit d'auteur sur les objets virtuels, elles pourront sans grande difficulté être réunies. Le développeur devra prouver le caractère original du bien virtuel en question et devra se servir des moyens technologiques à sa disposition afin de prouver l'usurpation de ses droits.

¹²⁴⁸ C.c.Q., art. 1134; C.c.fr., art. 116.

586. Il est opportun de révéler ici un cas intéressant intervenu entre le développeur *Sony* du monde virtuel *Everquest* et la compagnie du site web *eBay.com*. *Sony* a poursuivi *eBay* pour « *unfair business act* » et *copyright infringement* selon la loi américaine sur le droit d’auteur¹²⁴⁹ pour avoir permis aux utilisateurs de vendre aux enchères les biens virtuels d’*Everquest* alors que *Sony* se proclame seul titulaire des droits d’auteur sur les biens virtuels, dans les termes de son CLUF¹²⁵⁰ et que la vente aux enchères de ses biens viole son droit d’auteur. *eBay* a voulu éviter les poursuites et a interdit la vente des biens virtuels et des avatars du monde virtuel d’*Everquest*. À la suite de la violation de ces droits, *Sony* a ajouté à l’article 9 de ses termes et conditions qu’« est interdit tout transfert de compte de jeux, vente et vente aux enchères de biens virtuels par les utilisateurs »¹²⁵¹.

587. Évidemment, le développeur sera confronté aux arguments des utilisateurs/défendeurs qui tenteront de faire annuler les clauses des CLUFs qui ne sont pas à leurs avantages dans la reconnaissance de leurs droits d’auteur sur les objets virtuels qu’ils ont créés.

Paragraphe 2. En cas de reconnaissance des droits d’auteur à l’utilisateur/créateur de l’objet virtuel

588. Il va sans dire que la suppression du compte de l’utilisateur est préjudiciable pour ce dernier, car il aura investi son temps et son argent pendant des mois dans la création d’un ou plusieurs biens virtuels, parfois même dans la construction d’un village virtuel dans son entier. En un instant, tout ce qu’il avait bâti disparaît par l’exercice du pouvoir discrétionnaire du développeur. Or, même si l’utilisateur a signé les termes et conditions qui prévoient cette

¹²⁴⁹ *U.S. Copyright Law, chapter 5 (last update December 2011)*

¹²⁵⁰ Selon *Sony*, certains items virtuels comme une « épée virtuelle » peuvent donner à l’avatar de l’utilisateur un plus grand pouvoir pour survivre et combattre au sein du monde virtuel médiéval. Ces biens virtuels sont la propriété virtuelle de *Sony* et non des utilisateurs. D. C. MILLER, préc., note 224, p. 465.

¹²⁵¹ *End User License Agreement*, available at <http://everquest.station.sony.com/support/security/eula.jsp> (last visited Feb. 10, 2002). Art. 9: "may not sell or auction any Everquest characters, items, coin or copyrighted material." cité par id., n.b.p., p.465. Pour le texte de la dernière version en date du 22 juin 2015, noter que le développeur d’*Everquest* est dorénavant “Daybreakgames” : art. 3: “You may not sell, transfer, or allow others to access and/or use your account.”; art. 5.4: “except as may be expressly permitted by Daybreak in its sole and absolute discretion, selling or otherwise transferring Virtual Items in exchange for real world money or monetary value is not allowed.” Voir, EULA Daybreakgames, en ligne: <<https://www.daybreakgames.com/terms-of-service>> (consulté le 26 juillet 2015).

possibilité, il ne s'attend jamais à ce que ça lui arrive en réalité, comme on l'a vu par exemple dans l'affaire *Bragg*¹²⁵².

589. Les utilisateurs revendiquent autant la titularité de la propriété classique que la titularité de la propriété intellectuelle des biens virtuels, lorsqu'ils sont à la source de leur création. Selon nous, il serait légitime que les utilisateurs qui ont mis un grand effort à créer les biens virtuels soient protégés notamment par le droit d'auteur. En France, la Cour de cassation s'est déjà prononcée en faveur des utilisateurs de jeux vidéo en reconnaissant dans trois 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 C.P.I.) et dont en conséquence ils sont protégés par le droit d'auteur au sens du C.P.I.¹²⁵³. Ainsi, les utilisateurs qui réalisent eux-mêmes, à partir des ressources du jeu, des biens virtuels originaux, peuvent prendre la qualité « d'auteur »¹²⁵⁴, « c'est-à-dire indépendamment de l'œuvre dans laquelle il évolue »¹²⁵⁵. Il en serait de même selon les règles du droit d'auteur au Canada¹²⁵⁶. L'attribution de la titularité du droit d'auteur sur les biens virtuels à l'utilisateur dépendra des règles sur les droits d'auteur prévues selon la loi applicable et de l'interprétation du contrat de licence par le juge compétent.

590. Il s'agit ici d'examiner les recours dont l'utilisateur peut se prévaloir à l'encontre du développeur, principalement, les recours en nullité des clauses abusives (A) et à l'encontre d'un autre utilisateur (B), s'il estime que ses droits d'auteurs sur les biens virtuels ont été violés.

A. *Les recours en nullité des clauses abusives*

591. On a vu qu'une bonne majorité de pays ont signé la Convention de Berne¹²⁵⁷. Cette dernière prévoit dans son article 6bis les droits moraux aux auteurs. Comme on l'a vu plus

¹²⁵² *Supra*, n° 92.

¹²⁵³ Cour de cassation, Ass. plén., 7 mars 1986, 83-10.477, *Babolat c. Pachot* ; Cour de cassation, Ass. plén., 7 mars 1986, 84-93.509, *Atari Inc. c. Valadon* ; Cour de cassation, Ass. plén., 7 mars 1986, 85-91.465, *Willimas Electronics Inc. c. Claudie T. et Sté Jeutel*, citées dans P. V. D. BULCK, préc., note 760, n.b.p. 2, p. 280.

¹²⁵⁴ C.P.I., art. L. 113-1: « La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée. »

¹²⁵⁵ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2006, n°151, p. 114, cité dans P. V. D. BULCK, préc., note 760, n.b.p. 11, p. 280.

¹²⁵⁶ L.D.A., préc., note 721, art. 13.

¹²⁵⁷ *Supra*, n.b.p. 749.

haut¹²⁵⁸, il ne peut être fait exception à ces droits dans un contrat. Certains prétendent que les droits moraux sont des droits humains fondamentaux auxquels on ne peut déroger¹²⁵⁹. L'utilisateur qui sera « expatrié » du monde virtuel par le développeur pourra tenter de faire annuler cette clause devant le juge sur le fondement du non-respect de ses droits moraux. Le juge devra appliquer dans ce cas, la *lex loci protectionis* qui est la loi applicable au recours en matière de droit d'auteur dans un litige international selon la Convention de Berne¹²⁶⁰ qui pourra être déterminée fictivement comme la loi du lieu d'établissement du développeur comme on va le voir plus loin¹²⁶¹. Puisque la majorité des développeurs établissent leur commerce aux États-Unis, pays signataires de la Convention de Berne, le juge devra prendre en considération les droits moraux de l'auteur lorsqu'il sera amené à interpréter les clauses du CLUF que les utilisateurs lui demandent de reconnaître comme abusives et de les annuler.

592. La doctrine et la jurisprudence ne sont pas unanimes selon les pays, ni même au sein des tribunaux du même pays en matière de validité des clauses incluses dans les CLUFs. Prenons des exemples jurisprudentiels en droit interne comparé en Europe et aux États-Unis pour comprendre que les recours en nullité des clauses abusives exercées par les utilisateurs pour faire valoir leur droit d'auteur sur les biens virtuels qu'ils ont créés dans le but de les transférer librement, n'ont pas grande chance de succès.

593. Du côté européen, en Allemagne, le tribunal d'Hambourg en 2013 a déclaré que le développeur du monde virtuel est libre d'établir les règles du jeu et que celles-ci n'ont pas besoin d'être justes, transparentes ou non discriminatoires, tel qu'il est requis par les lois allemandes et de l'Union européenne concernant les contrats de consommation¹²⁶². La cour précise que les restrictions de la loi ne sont pas appropriées à s'appliquer pour des règles de jeu incluses dans le Contrat de licence, car celles-ci ont des conséquences seulement à l'intérieur du jeu. Ainsi, le développeur du monde virtuel peut exclure du jeu un utilisateur dans le cas où son comportement

¹²⁵⁸ *Supra*, n° 520 et 583; L.D.A., préc., note 721, art. 34 (2).

¹²⁵⁹ M. VIVANT, «Le droit d'auteur, un droit de l'homme?», (oct. 1997) *RIDA*, n°174, p. 61, cité dans H. NSIANGANI, préc., note 19, n.b.p. 77, p. 17.

¹²⁶⁰ Convention de Berne, préc., note 749, art. 5.2.

¹²⁶¹ *Infra*, n° 605 et suiv.

¹²⁶² May 23rd 2013 – reference 312 O 390/11; appeal pending, citée dans Andreas LOBER et Christopher CAESAR, « German Court Says MMOG Publisher Can Set Game Rules Regardless of Consumer Rights Legislation », (30 octobre 2013) *Davis LLP, Video Game Law Blog*, en ligne : <<http://www.davis.ca/en/entry/video-game-law/german-court-says-mmog-publisher-can-set-game-rules-regardless-of-consumer-rights-legislation/>> (site consulté 21 septembre 2014).

violerait les règles du jeu précisait dans le CLUF. En étant banni du monde virtuel, l'utilisateur en cause n'aura plus de compte de jeu dans ce monde virtuel et va donc perdre tous ses biens virtuels. En vertu de cette jurisprudence, l'utilisateur n'aurait aucun recours pour se voir restituer ses biens virtuels ou être indemnisé pour leur valeur. La loi du contrat prend une place importante dans cette jurisprudence et les lois pour la protection du consommateur ne peuvent s'appliquer et la restreindre.

594. Cependant, un an plus tard, en 2014, dans une autre affaire, le tribunal de Berlin a décidé d'annuler certaines clauses du CLUF du monde virtuel *World of Warcraft* (« WoW ») pour avoir violé les lois de la protection des consommateurs¹²⁶³. Une association pour les droits des consommateurs¹²⁶⁴ a décidé d'ester en justice contre *Blizzard*, développeur de WoW, dans le but de faire appliquer les règles allemandes de protection des consommateurs aux termes et conditions prévues dans le CLUF par *Blizzard*. Le tribunal s'est penché sur les clauses de terminaison du jeu par *Blizzard* et a jugé que les droits de *Blizzard* de mettre fin à un compte utilisateur étaient trop larges, et que ses avis de terminaison du compte n'étaient pas assez explicites. Le tribunal a estimé que les conditions de l'accord de service étaient unilatérales et en faveur de *Blizzard*. Enfin, la Cour a jugé que le droit de *Blizzard* de modifier les conditions de service n'était pas assez clairement exprimé dans le contrat.

595. Aux États-Unis, la façon la plus courante de modifier les modalités de service est de publier simplement de nouveau sur le site. Selon le droit allemand, il est nécessaire de faire une notification active individuelle à la clientèle. En outre, les modifications ne doivent pas être « désavantageusement disproportionnées » pour l'utilisateur. Dans ses termes et conditions, *Blizzard* s'était réservé le droit d'apporter des changements radicaux à son service. La Cour a conclu que cette disposition n'était pas assez précise et l'a annulée.

¹²⁶³ Andreas LOBER et Frank FALKER, «WoW! », (28 mars 2014) *Davis LLP, Video Game Law Blog*, en ligne: <<http://www.davis.ca/en/entry/video-game-law/wow/#sthash.YXrcWUY9.dpuf>> (site consulté 21 septembre 2014).

¹²⁶⁴ «VZBV» (Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.) est le nom de cette association. Il s'agit de préciser que cette association est un consommateur non partie au contrat, mais qu'en vertu de la loi allemande sur la responsabilité délictuelle, il lui est permis de porter une telle action en justice.

596. Cette décision allemande de 2014 fait partie d'une série de cas et d'ententes à l'amiable qui ont annulé des dispositions particulières incluses dans les termes de services de grandes entreprises multinationales comme *Facebook* ou *Google*¹²⁶⁵.

597. En droit américain, on a pu relever plusieurs affaires qui déterminent les limites à la portée de la clause abusive dans un contrat d'adhésion, spécialement dans le cadre des contrats de consommation. Dans l'arrêt *Feldman v. Google*¹²⁶⁶, la Cour américaine a jugé valide un contrat d'adhésion sous forme de « *clickwrap agreement* » en l'interprétant au regard des principes généraux du droit des contrats et le considéra comme respectant des critères d'information suffisants et raisonnables en matière de lisibilité, de longévité et de forme du texte afin d'obtenir un consentement libre et éclairé du consommateur¹²⁶⁷.

598. Au contraire, dans l'affaire *Comb v. PayPal Inc.*, la Cour américaine a invalidé les clauses d'un CLUF, car elles ne laissaient aucun choix de négociation aux utilisateurs et que leurs termes n'étaient pas raisonnables, le contrat étant qualifié de « *clickwrap agreement* »¹²⁶⁸. Également, la Cour a refusé d'appliquer un CLUF, car ce dernier n'était pas correctement présenté aux utilisateurs de sorte qu'il n'était pas clair pour les utilisateurs qui étaient liés par ce contrat¹²⁶⁹.

599. Si ces exemples peuvent aider la Cour dans un contexte de monde virtuel pour trouver des raisons à l'invalidation d'un CLUF, la Cour devra bien faire attention à analyser les clauses du CLUF au cas par cas et à ne pas généraliser, car si à première vue les termes des CLUFS dans le monde virtuel se ressemblent fortement, il peut y avoir des distinctions importantes selon les développeurs des mondes virtuels qui feront tout ce qu'ils peuvent pour permettre la viabilité du CLUF. Par exemple, il sera certainement difficile pour une Cour américaine d'invalider le CLUF de *WoW* rédigé par *Blizzard* sur le fondement que le CLUF ne laisse aucun choix à l'utilisateur, alors qu'il prévoit une clause de rétractation avec remboursement dans un délai

¹²⁶⁵ *Id.* Voir, Rapport final du projet de recherche présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada, préc., note 1307.

¹²⁶⁶ *Feldman v. Google*, 513 F. Supp. 2d 229 [E.D. Pa 2007], cité dans Vincent GAUTRAIS, « Le vouloir électronique selon l'affaire Dell Computer: dommage! », (2007) 37-2 *Revue générale de droit, faculté de droit*, n.b.p. 13, p. 10.

¹²⁶⁷ *Id.*, n° 8, p. 10.

¹²⁶⁸ *Comb v. Paypal Inc.*, 218 F. Supp. 2d 1165, 1172-77 (N.D. Cal. 2002), citée dans S. J. HOROWITZ, préc., note 41, n.b.p. n° 18 p. 447.

¹²⁶⁹ Voir l'affaire *Specht v. Netscape Communications Corp.*, 306 F.3d 17, 31-32 (2d Cir. 2002), citée dans S. J. HOROWITZ, *id.*

raisonnable, laissant à l'utilisateur le temps de réfléchir s'il a bien fait ou non de signer ce CLUF et de s'engager dans ce monde virtuel¹²⁷⁰.

600. Au contraire, on a vu dans l'affaire *Bragg*¹²⁷¹ que la cour a considéré que les termes de service de *Linden* étaient abusifs pour l'utilisateur et a invalidé la clause d'arbitrage. Pourtant, dans l'affaire *Evans*¹²⁷² où les faits sont similaires à l'affaire *Bragg*¹²⁷³, la Cour n'est pas venue à la même conclusion, car *Second Life* avait entre-temps procédé à la réécriture de sa clause d'arbitrage contenue dans le CLUF. La Cour a donc déclaré valide la clause d'arbitrage.

601. On peut déduire de l'analyse des exemples susmentionnés que la validité et l'exécution des dispositions du CLUFs sont des questions qui relèvent du cas par cas et de l'interprétation du juge et qu'elles peuvent alors être invalidées sur la base d'une argumentation relative à la volonté contractuelle, à la liberté de négocier des utilisateurs dans le cadre des contrats d'adhésion de style « *clickwrap agreement* » ou dans les cas où les termes seraient jugés irraisonnable au regard de l'ordre public ou de la *Loi sur la protection du consommateur*.

Si l'utilisateur parvient à faire annuler la clause sur la titularité du droit d'auteur au développeur sur les biens virtuels qu'il a créé, tous les recours offerts par la loi sur les droits d'auteur applicable lui seront ouverts pour obtenir compensation de la perte de ses biens virtuels ou tenter de les récupérer. Par contre, comme le reproche l'Union des consommateurs, à défaut de placer les lois sur les droits d'auteur au rang de loi d'ordre public¹²⁷⁴, l'argumentation au regard des droits d'auteur pour faire invalider la clause en vertu de laquelle le développeur se proclame

¹²⁷⁰ De plus, il convient de noter que l'emplacement de cette clause de rétractation a été modifié pour la rendre plus visible aux yeux de l'utilisateur lors de la navigation du site. En date du 11 janvier 2007, comme l'a précisé S. J. Horowitz, cette clause était située au paragraphe 8 du CLUF alors qu'on remarque qu'à la date de la dernière mise à jour du CLUF le 22 août 2012, la clause apparaît comme « chapeau » au contrat. C'est dire que le développeur compte sur cette clause pour justifier la validité du CLUF dans le cas où il se trouverait devant le juge. À notre avis, cette modification est venue en réaction à la décision de la Cour américaine d'invalider certaines clauses du CLUF du monde virtuel *Second Life* dans la célèbre affaire *Bragg*.

¹²⁷¹ Affaire *Bragg*, préc. note 192.

¹²⁷² Affaire *Evans*, préc. note 193.

¹²⁷³ *Supra*, n° 92-96.

¹²⁷⁴ L'Union des consommateurs recommande au législateur fédéral "de modifier la *Loi sur le droit d'auteur* afin de donner aux droits des utilisateurs et du public un caractère d'ordre public", ce qui interdirait aux titulaires de droit d'auteur de limiter contractuellement les règles. UNION DES CONSOMMATEURS, "Contrat de Licence d'utilisateur final : acceptez-vous toutes les conditions ?", (juin 2010), *Rapport final du projet de recherche présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada*, p. 58, 60 et 78 (PDF), en ligne: <http://uniondesconsommateurs.ca/docu/rapports2009-2010/03-R10-CLUF-f.pdf>

titulaire des droits d'auteur sur tout le contenu des mondes virtuels incluant les biens virtuels, sera difficilement acceptable.

B. *Les recours à l'encontre d'un autre utilisateur*

602. En cas de litige entre deux utilisateurs en matière de droit d'auteur, par exemple, un utilisateur A copie un bien virtuel qui avait été créé par un autre utilisateur B dans le monde virtuel de *Second Life*, sans son autorisation préalable, on se demande quels sont les recours ouverts à l'utilisateur B victime de cette violation.

Dans l'hypothèse où on admet que la loi californienne est applicable, en tant que loi du lieu d'établissement du développeur de *Second Life*¹²⁷⁵, en cas de litige entre deux utilisateurs en matière d'atteinte à la propriété intellectuelle de l'œuvre originale créée par l'autre, l'accès à l'œuvre est alors susceptible d'être couvert par *The Digital Millennium Copyright Act* de 1998¹²⁷⁶ qui s'applique en cas de violations des droits d'exercice et de jouissance¹²⁷⁷ de l'auteur de l'œuvre. Le DMCA prévoit la procédure du « *notice and takedown* » en vertu de laquelle, le titulaire du droit d'auteur a la possibilité de notifier le fournisseur de service (ici, *Linden Lab* qui exerce cette activité selon les textes du DMCA) de l'utilisation illicite de son droit. Le fournisseur de service devra prendre les mesures appropriées pour rétablir la situation comme effacer le compte de l'utilisateur à l'origine de l'atteinte qui en conséquence effacera la copie illégale du bien virtuel. Afin de limiter les éventuels abus, une procédure d'opposition appelée « *counter-notification* » est ouverte au défendeur, s'il obtient gain de cause auprès du fournisseur, ce dernier devra remettre en ligne le contenu qu'il avait retiré¹²⁷⁸.

¹²⁷⁵ Nous verrons que cette loi correspond à la *lex loci protectionis*, qu'on a fictivement localisé au lieu d'établissement du développeur aux fins de notre matière et cette loi est choisi par les parties dans les termes du CLUF de *Second Life*. *Infra*, n° 618-627.

¹²⁷⁶ Ci-après cité "DMCA". *Le DMCA comprends deux traités de 1996 du World Intellectual Property Organization (WIPO): le "WIPO Copyright Treaty" et le "WIPO Performances and Phonograms Treaty"*. En ligne: <<http://copyright.gov/legislation/dmca.pdf>> (consulté en ligne le 03 juin 2015); Ashley SAUNDERS LIPSON et Robert D. BRAIN, *Computer and video game law*, Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2008, p. 205.

¹²⁷⁷ C'est-à-dire des droits de reproduction, d'adaptation, de distribution et de représentation de l'oeuvre (art. 106 *Copyright act*); S. DUSSOLIER, préc., note 1241, p. 134.

¹²⁷⁸ Nicolas TORRENT, "Le principe de Territorialité appliqué au Monde virtuel *Second Life*", (5/2008) 389 *Discussion Forum*, en ligne: <www.sic-online.ch> (consulté en ligne le 03 juin 2015).

Il convient de noter que les termes et conditions de *Linden Lab* prévoient que ce dernier se « réserve le droit », mais n'a pas d'obligation d'utiliser des mesures technologiques pour prohiber la copie, le transfert ou la distribution de la création d'un objet virtuel en dehors du monde virtuel quand ces actes sont faits en violation de la propriété intellectuelle de *Linden Lab* ou d'un autre utilisateur¹²⁷⁹. *Linden Lab* ajoute que les utilisateurs sont individuellement responsables en cas de violation de la propriété intellectuelle du contenu d'un autre utilisateur et qu'ils ne peuvent tenir *Linden Lab* responsable¹²⁸⁰. Pour autant, *Linden Lab* a l'obligation de respecter les termes du DMCA et prévoit ainsi dans ses termes et conditions aux articles 7.1 et 7.2 la procédure de « *notice and takedown* » ainsi que la « *counter-notification* ». Ces clauses contredisent de façon troublante les termes et conditions qui refusent de reconnaître quelconque droits d'auteur ou droits moraux sur la création des biens virtuels aux utilisateurs.

603. Synthèse : Dans ses rapports contractuels avec l'utilisateur, le développeur se proclame titulaire du droit d'auteur sur tout le contenu du jeu y compris les objets virtuels, il prévoit ainsi des sanctions disciplinaires à l'encontre de l'utilisateur comme la fermeture du compte de jeu, en cas de non-respect des règles de jeu et des termes et conditions du monde virtuel.

On a vu que la L.D.A. prévoit que la personne qui est victime d'une violation de son droit d'auteur et de ses droits moraux, peut exercer tous les recours que la loi accorde pour la violation d'un droit¹²⁸¹. Le développeur pourra se prévaloir de ces recours à l'encontre de l'utilisateur.

D'autres situations impliquent la plainte d'un ou plusieurs utilisateurs à l'encontre du développeur pour suppression de leurs comptes de jeux et des objets virtuels. Les utilisateurs tenteront un recours en nullité des clauses abusives incluses dans le CLUF à l'encontre du développeur. Leur chance de succès dépendra de l'interprétation des clauses par le juge au cas par cas. Si l'utilisateur parvient à faire annuler la clause sur la titularité du droit d'auteur au développeur sur les biens virtuels qu'il a créé, tous les recours offerts par la loi applicable sur les droits d'auteur lui seront ouverts pour obtenir compensation de la perte de ses biens virtuels ou restitution.

¹²⁷⁹ *Infra*, annexe 2.1, *Second Life, terms of services*, art. 2.7 al. 8.

¹²⁸⁰ *Id.*, art. 2.7 al. 9.

¹²⁸¹ L.D.A., préc., note 721, art. 34 (1) et (2). *Supra*, n° 582-587.

En ce qui concerne les relations entre les utilisateurs, on rencontre de nombreux cas où les utilisateurs ne se soucient aucunement des droits d'auteur, ils copient et vendent des objets virtuels qu'ils trouvent dans le monde virtuel. Si l'utilisateur victime d'une violation du droit d'auteur sur un objet virtuel parvient à prouver qu'il est titulaire du droit d'auteur sur l'objet en question, tous les recours offerts par la loi applicable sur les droits d'auteur lui seront également ouverts.

Il convient maintenant de se demander quelles sont les règles de conflit de lois relatives à ces recours.

Section 2. Les règles de conflits de lois relatives au recours en matière de droit d'auteur

604. L'incertitude de la situation des biens incorporels se prête mieux à l'application de règles de source conventionnelles. En effet, lorsqu'une œuvre est publiée ou une invention divulguée par exemple, il est très facile pour un tiers de tirer avantage de la création dans les autres pays, à l'abri des frontières et au détriment du titulaire de droits¹²⁸².

La Convention de Berne¹²⁸³ depuis révisée énonce le principe de l'application de la *lex loci protectionis* qu'il convient d'étudier dans son champ d'application (paragraphe 1) et son contenu (paragraphe 2) ainsi que de relever ses limites (paragraphe 3), pour vérifier si ce principe peut être appliqué en matière de création et de transferts d'objet virtuel (paragraphe 4).

Paragraphe 1. Le champ d'application de la Convention de Berne

605. N'étant pas matériellement localisable, la difficulté de résoudre les conflits de lois en matière de propriété intellectuelle par la méthode générale des conflits de lois en droit des biens a mené à une solution propre, celle des traités.

Le Canada comme la France font partie des pays adhérents à la *Convention de Berne*, à la *Convention universelle sur le droit d'auteur* adoptée à Genève en 1952¹²⁸⁴ et à la *Convention*

¹²⁸² B. AUDIT, préc., note 835, n° 779, p. 645.

¹²⁸³ *Supra*, n.b.p. 749.

¹²⁸⁴ Ci-après cité: "Convention de Genève", en ligne:

<http://www.francophonie.org/IMG/pdf/Convention_universelle_sur_le_droit_d_auteur.pdf> (consulté le 14 juillet 2015)

de Paris¹²⁸⁵. L'objectif de ces conventions est d'améliorer le sort des auteurs en leur assurant une protection internationale plus étendue¹²⁸⁶. Les pays signataires se sont engagés à assimiler les auteurs des autres pays à ses propres auteurs nationaux, « pour la protection des droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques »¹²⁸⁷.

Pour que la Convention de Berne soit applicable, il faut non seulement que les pays en cause soient signataires mais également qu'ils s'agissent de situations juridiques qui la concernent.

La Convention s'applique aux « œuvres littéraires et artistiques » et son article 2 contient une liste indicative, et non pas exhaustive, des œuvres protégées, qui comprend « toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression ».

606. Il est intéressant de noter que la question s'est posée de savoir s'il fallait inclure dans le champ d'application de la Convention de Berne, les logiciels et les bases de données, en tant que nouvelles créations¹²⁸⁸. Il semble que ces dernières peuvent être qualifiées comme des « œuvres littéraires » et être insérées dans le champ d'application de la Convention de Berne, selon l'insertion qui en a été faite par les traités de l'OMPI et l'Accord ADPIC et d'autres directives européennes concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur¹²⁸⁹.

Si les logiciels et les bases de données peuvent être insérés dans le champ d'application de la Convention, alors pourquoi ne pas y insérer les objets virtuels puisque ces derniers ont été définis comme une « représentation graphique d'un code source »¹²⁹⁰ ?

¹²⁸⁵ Convention de Paris de 1883.

¹²⁸⁶ Henri-Jacques LUCAS, « Convention de Berne. Conditions de la protection », dans Jurisclasseur, coll. « Propriété littéraire et artistique », *Droit international*, Fasc. 1930, LexisNexis France, à jour au 19 Septembre 2011, en ligne : <www.lexinexis.ca> (PDF).

¹²⁸⁷ Convention de Berne, préc., note 749, art. 1^{er}.

¹²⁸⁸ V. S. RICKETSON, *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works : 1886-1986*, Queen Mary College, University of London, Center for Commercial Law Studies, Kluwer 1987, p. 895 s.; W.-R. CORNISH, *Computer program copyright and the Berne Convention*, EIPR 1990, p. 129; D. Gervais, *La notion d'oeuvre dans la Convention de Berne et en droit comparé*, Trav. Centre de droit comparé de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, n° 62, Droz, 1998, Genève, spéc. p. 116 et s., cités dans H.-J. LUCAS, préc., note 1286, n° 47.

¹²⁸⁹ H.-J. LUCAS citent les articles suivants: "Articles 4 et 5 du Traité de l'OMPI du 22 décembre 1996 sur le droit d'auteur et les déclarations communes de la Communauté européenne au Traité de l'OMPI du 22 décembre 1996 sur le droit d'auteur (*Journal Officiel des communautés européennes 11 Avril 2000*) affirmant la compatibilité de ces articles 4 et 5 du Traité avec l'article 2 de la Convention de Berne. De même, l'article 10, § 1, de l'Accord ADPIC, tout comme l'article 1er, § 1, de la directive 2009/24/CE du 23 avril 2009" indiquent que les programmes d'ordinateurs seront protégés par le droit d'auteur au sens de l'article 2 de la Convention de Berne. H.-J. LUCAS, préc., note 1286, n° 47.

¹²⁹⁰ *Supra*, n° 68.

Aussi, en employant les termes : « quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression »¹²⁹¹, la Convention manifeste une indifférence sur la technique ou le support employé dans la production de l'œuvre, ce qui peut couvrir le stockage de données sous forme de bits dans la mémoire d'un serveur ou d'un ordinateur¹²⁹².

607. D'autres conditions sont requises pour pouvoir bénéficier de la protection de la Convention de Berne, il faut être l'auteur de l'œuvre littéraire et artistique dont on veut obtenir la protection. Selon une analyse traditionnelle, la Convention n'aurait pas défini ce qu'elle entend par « auteur », il conviendrait donc de revenir au droit commun pour qualifier l'auteur¹²⁹³. Au contraire, une autre partie de la doctrine admet que la Convention aurait établi une définition stricte de l'« auteur » en tant que « créateur »¹²⁹⁴, car certaines dispositions spécifiques ne peuvent s'appliquer qu'au créateur comme le droit moral ou la durée de protection post-mortem (etc.). Pour autant, dans les dispositions générales de la Convention, la qualification de l'auteur n'étant pas précisée, en cas de silence, il revient au droit commun de le qualifier selon le principe de la qualification *lege fori*¹²⁹⁵.

C'est l'article 3 de la Convention de Berne¹²⁹⁶ qui prévoit les critères de rattachement pour déterminer son champ d'application. Selon cet article, l'auteur doit avoir la nationalité de l'un

¹²⁹¹ Cependant, il convient de noter que l'article 2(2) de la convention donne aux États la faculté de prescrire que les œuvres doivent être fixées sur un support matériel pour bénéficier de la protection.

¹²⁹² H.-J. LUCAS, préc., note 1286, n° 49.

¹²⁹³ *CA Paris*, 14 mars 1991, *JCP G* 1992, II, 21780, note J. Ginsburg; *CA Paris*, 9 févr. 1995, *JCP E* 1996, I, 582, n° 14 et obs., p. 310, citées dans *id.*, n° 56.

¹²⁹⁴ A. DIETZ, "Le concept d'auteur selon le droit de la Convention de Berne", (1993) 1 *RIDA*, p. 3 et s.; R. Xalabarder, La protection internationale de l'œuvre audiovisuelle: questions relatives à la qualité d'auteur et à sa titularité initiale, (2002) 3 *RIDA*, p. 2, spéc. p. 28 et s., cités dans H.-J. LUCAS, préc., note 1286, n° 56.

¹²⁹⁵ H.-J. LUCAS, *id.*, n° 58.

¹²⁹⁶ Convention de Berne, préc., note 749, art. 3: "1) Sont protégés en vertu de la présente Convention: a) les auteurs ressortissant à l'un des pays de l'Union, pour leurs œuvres, publiées ou non; b) les auteurs ne ressortissant pas à l'un des pays de l'Union, pour les œuvres qu'ils publient pour la première fois dans l'un de ces pays ou simultanément dans un pays étranger à l'Union et dans un pays de l'Union. 2) Les auteurs ne ressortissant pas à l'un des pays de l'Union mais ayant leur résidence habituelle dans l'un de ceux-ci sont, pour l'application de la présente Convention, assimilés aux auteurs ressortissant audit pays. 3) Par "œuvres publiées", il faut entendre les œuvres éditées avec le consentement de leurs auteurs, quel que soit le mode de fabrication des exemplaires, pourvu que la mise à disposition de ces derniers ait été telle qu'elle satisfasse les besoins raisonnables du public, compte tenu de la nature de l'œuvre. Ne constituent pas une publication la représentation d'une œuvre dramatique, dramatico-musicale ou cinématographique, l'exécution d'une œuvre musicale, la récitation publique d'une œuvre littéraire, la transmission ou la radiodiffusion des œuvres littéraires ou artistiques, l'exposition d'une œuvre d'art et la construction d'une œuvre d'architecture. 4) Est considérée comme publiée simultanément dans plusieurs pays toute œuvre qui a paru dans deux ou plusieurs pays dans les trente jours de sa première publication."

des pays signataires de la Convention, à défaut, il doit avoir sa résidence habituelle¹²⁹⁷ dans un de ces pays, à défaut et subsidiairement encore, l'auteur peut bénéficier de la protection de la Convention à raison de la première publication de son œuvre dans un pays signataire de la Convention. Ce dernier critère ne peut s'appliquer en matière de création de biens virtuels puisque ces œuvres ne sont pas publiées au sens strict des termes de l'article 3(3) de la Convention¹²⁹⁸.

Lorsque les conditions d'application de la Convention de Berne relatives aux œuvres et aux auteurs protégés sont réunies, l'auteur peut se prévaloir des règles de conflits de lois protectrices prévues dans la Convention, qu'il convient maintenant d'étudier.

Paragraphe 2. Le domaine d'application de la lex loci protectionis

608. Sur le terrain du droit applicable, la Convention de Berne détermine un système de protection en distinguant entre le pays d'origine, soit le pays d'origine de l'œuvre¹²⁹⁹ dans lequel la protection sera réglée par la législation nationale; et le pays de protection, soit le pays pour lequel la protection est réclamée¹³⁰⁰. Dans ce dernier cas, l'article 5(3) précise : « lorsque l'auteur ne ressortit pas du pays d'origine de l'œuvre pour laquelle il est protégé par la présente Convention, il aura, dans ce pays, les mêmes droits que les auteurs nationaux ». Cet article énonce ainsi le principe du traitement national.

Les dispositions de la Convention s'appliqueront lors d'une divergence entre le pays d'origine (de la création) et le pays où la protection est demandée.

¹²⁹⁷ La convention n'a pas précisé la date à laquelle devait s'apprécier la localisation du rattachement personnel de l'auteur, et en particulier de sa résidence habituelle. Certains préféreront l'apprécier au moment de la première publication de l'œuvre et d'autres au moment où la protection est demandée. Le silence de la convention peut amener des conflits d'interprétation entre les différents pays signataires. H.-J. LUCAS, préc., note 1286, n° 65-68.

¹²⁹⁸ Convention de Berne, art. 3(3), préc., note 1296.

¹²⁹⁹ *Id.*, art. 3(4): "Est considéré comme pays d'origine: a) pour les œuvres publiées pour la première fois dans l'un des pays de l'Union, ce dernier pays; toutefois, s'il s'agit d'œuvres publiées simultanément dans plusieurs pays de l'Union admettant des durées de protection différentes, celui d'entre eux dont la législation accorde la durée de protection la moins longue; b) pour les œuvres publiées simultanément dans un pays étranger à l'Union et dans un pays de l'Union, ce dernier pays; c) pour les œuvres non publiées ou pour les œuvres publiées pour la première fois dans un pays étranger à l'Union, sans publication simultanée dans un pays de l'Union, le pays de l'Union dont l'auteur est ressortissant; toutefois, i) s'il s'agit d'œuvres cinématographiques (...)."

¹³⁰⁰ Henri-Jacques LUCAS, « Convention de Berne. Étendue de la protection », dans Jurisclasseur, coll. « Propriété littéraire et artistique », *Droit international*, Fasc. 1931, LexisNexis France, à jour au 16 Février 2015, en ligne : <www.lexinexis.ca>, n° 1 (PDF).

609. L'article 5(1) de la convention énonce le domaine de sa protection :

« Les auteurs jouissent, en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention. »

Dans le but de créer une protection harmonisée du droit d'auteur dans de nombreux pays, ce système de protection territoriale du droit d'auteur a été introduit dans plusieurs accords¹³⁰¹.

La règle de conflit de l'article 5(2) de la Convention prévoit le contenu de la protection et affirme que cette protection est automatique :

« La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité; cette jouissance et cet exercice sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre. Par suite, en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée. »

L'étendue de la protection et les moyens de recours qui sont garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits sont donc régis « exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée ». Ainsi, si la protection est réclamée pour le Québec, le juge québécois devra respecter le principe de la *lex loci protectionis* et appliquer la *Loi sur le droit d'auteur* qui énonce tous les droits et recours en matière de droit d'auteur. Si la protection est réclamée ailleurs qu'au Québec, le juge québécois saisi du litige devra appliquer la loi du pays où la protection est réclamée.

610. Dans le cadre d'un litige relatif à la propriété intellectuelle survenu dans un État membre de l'Union européenne, le *Règlement Rome II* est applicable à moins que son application soit contraire à l'ordre public. Il prévoit le même principe que la *Convention de Berne* selon lequel la loi applicable à tout litige lié à la propriété intellectuelle est celle de la *lex loci protectionis*. Ce qui est intéressant dans le cadre de ce Règlement, c'est qu'il est prévu que si la propriété à laquelle il est porté atteinte ne rentre pas dans la liste émise par l'article 8 et concerne un droit

¹³⁰¹ Les traités de l'OMPI datés du 20 décembre 1996 tentent d'aménager une protection harmonisée du droit d'auteurs qui soit compatible avec les nouvelles technologies, la convention de Paris relative au droit des marques, l'accord Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (ADPIC) concernant les droits de la propriété intellectuelle touchant au commerce. L'accord ADPIC et le traité de l'OMPI relatifs aux droits d'auteur imposent aux États partis à l'Organisation mondiale du commerce (pour l'ADPIC) et aux États signataires de l'OMPI de respecter la Convention de Berne. H.-J. LUCAS, préc., note 1286, n° 3 et 4.

de la propriété intellectuelle communautaire à caractère unitaire, la loi applicable sera celle de l'État membre où l'atteinte à la propriété intellectuelle a eu lieu. Donc sauf exception, si la protection est réclamée en France, le juge français devra consulter le *Code de la propriété intellectuelle*¹³⁰² français.

611. Les droits patrimoniaux exclusifs accordés aux auteurs en vertu de la Convention de Berne¹³⁰³ comprennent notamment le droit de reproduction « de quelque manière et sous quelque forme que ce soit » (art. 9). Indépendamment des droits patrimoniaux de l'auteur, l'article 6 bis de la Convention prévoit la reconnaissance du « droit moral » et confère à l'auteur le droit de revendiquer la paternité de son œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre et à toute autre atteinte à celle-ci, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation. On a vu que dans la majorité des mondes virtuels, les termes des CLUFs prévoient une cession du droit moral de l'utilisateur envers le développeur. Ainsi, la clause du CLUF qui prévoirait cette cession pourrait alors se voir déclarer nulle par le juge du pays adhérent à la convention, à la condition que cette question soit qualifiée de contractuelle et seulement si la loi contractuelle le permet¹³⁰⁴.

Soulignons que la protection internationale du droit d'auteur peut non seulement être limitée par des clauses contractuelles, mais aussi par les termes de la Convention de Berne.

Paragraphe 3. Les limites de la protection internationale du droit d'auteur

612. La protection internationale du droit d'auteur est limitée d'une part, par les textes conventionnels (A) et d'autre part, par les termes du Contrat de licence d'utilisateur final (B).

¹³⁰² Code de la propriété intellectuelle, loi n° 92-597 du 1er juillet 1992, version consolidée au 22 décembre 2014, ci-après cité « CPI ».

¹³⁰³ D'autres droits sont prévus: le droit de traduction (article 8), le droit de représentation ou d'exécution publique d'œuvres dramatiques, dramatico-musicales et musicales (article 11), le droit de radiodiffusion et de communication publique soit par fil, soit sans fil, par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue, de l'œuvre radiodiffusée (article 11bis), le droit de récitation publique (article 11ter), le droit d'adaptation (article 12) ainsi que le droit de procéder à l'adaptation et à la reproduction cinématographiques d'œuvres et à la mise en circulation des œuvres ainsi adaptées ou reproduites (article 14). Le "droit de suite" prévu à l'article 14ter (portant sur les œuvres d'art originales et les manuscrits originaux) est facultatif et peut être sujet à réciprocité, c'est-à-dire que les pays dont la législation reconnaît le droit de suite ne sont tenus de l'appliquer aux œuvres étrangères que si la législation du pays de l'auteur le reconnaît également.

¹³⁰⁴ Convention de Rome, art. 3 et 8; C.c.Q., art. 3112. *Supra*, n° 565.

A. Les limites prévues par les textes conventionnels

613. La Convention de Berne prévoit des exceptions à son principe de territorialité. Tout d’abord, en matière de durée de la protection, l’article 7(8) de la Convention énonce que : « Dans tous les cas, la durée sera réglée par la loi du pays où la protection sera réclamée; toutefois, à moins que la législation de ce dernier pays n’en décide autrement, elle n’excédera pas la durée fixée dans le pays d’origine de l’œuvre », sous réserve des durées de protection conventionnelle minimum. En vertu de l’article 6(1), les États adhérents peuvent restreindre la protection accordée aux œuvres publiées sur le territoire d’un État partie par un non-ressortissant de cet État, si l’État dont l’auteur est ressortissant accorde une protection insuffisante au droit d’auteur.

614. Aussi, pour concilier les intérêts des titulaires du droit d’auteur et ceux des utilisateurs des œuvres protégées, la Convention de Berne permet certaines limitations des droits patrimoniaux. Elle prévoit la possibilité d’utiliser dans certains « cas spéciaux » des œuvres protégées sans qu’il ne soit nécessaire d’obtenir l’autorisation du titulaire du droit d’auteur et de payer une rémunération pour cette utilisation¹³⁰⁵.

615. Il est indiqué à l’article 2(6) que la protection conférée par la Convention s’exerce au profit de l’auteur et de ses ayants droit. Toutefois, pour certaines catégories d’œuvres, telles que les œuvres cinématographiques (article 14 bis), la détermination des titulaires du droit d’auteur est réservée à la législation du pays où la protection est demandée; par exemple, les États contractants peuvent décider que le titulaire initial des droits sur ces œuvres est le producteur plutôt que le réalisateur, le scénariste ou toute autre personne ayant contribué à la création de l’œuvre¹³⁰⁶. La question de la titularité initiale des droits patrimoniaux n’étant pas réglée par les textes conventionnels, la question se pose toujours de savoir selon qu’elle loi le juge devra déterminer qui est l’auteur de l’objet virtuel, le développeur ou l’utilisateur.

616. Puisque les CLUFs énoncent que les développeurs sont titulaires du droit d’auteur de tout le contenu, est-ce que le juge doit s’en tenir à ces termes?

¹³⁰⁵ Convention de Berne, préc., note 749, art. 9.2, 10, 10 bis et 11.3.

¹³⁰⁶ Document établi par le Bureau international de l’OMPI: “la protection internationale du droit d’auteur et des droits connexes”, p. 4. En ligne: <http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/fr/activities/pdf/international_protection.pdf> (consulté le 17 juillet 2015).

B. *Les limites prévues par les CLUFs*

617. Il s'agit ici de traiter des Contrats de licence d'utilisateur final à la lumière du droit d'auteur. En règle générale, le CLUF ne vise pas à octroyer à l'utilisateur la faculté d'exploiter commercialement un droit concédé par le titulaire de droit d'auteur. Le CLUF ne vise qu'à permettre l'utilisation du bien qu'est l'œuvre sur laquelle portent les droits d'auteur¹³⁰⁷. Il convient de noter que les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur*¹³⁰⁸ ne sont pas d'ordre public¹³⁰⁹, il est donc possible contractuellement d'interdire aux utilisateurs certains actes que la Loi n'interdirait pas. Ainsi, les clauses qui octroient aux développeurs la titularité sur les créations faites par les utilisateurs, et celles qui interdisent la revente des biens qui sont touchés par des CLUFs seraient valides au regard de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Toutefois, si l'utilisateur réunit les conditions d'application de la Convention de Berne, ses droits moraux seront protégés par les dispositions de l'art. 6 bis de la Convention. En effet, l'alinéa 1 de cet article prévoit :

« Indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits droits, l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciable à son honneur ou à sa réputation. »

L'alinéa 3 de cet article précise que les moyens de recours en cas d'atteinte au droit moral sont réglés par « la législation du pays où la protection est réclamée. »

Il est intéressant aux fins de notre étude de dissocier les contrats de droit d'auteur de leur objet propre¹³¹⁰, seul régi par la Convention en prenant l'exemple d'une décision du Tribunal de grande instance (TGI) de Paris de 1984¹³¹¹ qui, pour refuser de donner effet à une clause de renonciation au droit moral, souscrite par un auteur français, a décidé d'écarter la loi applicable au contrat au profit de la loi française, reconnue seule applicable à la protection de l'auteur dans

¹³⁰⁷ *Supra*, n.b.p. n° 1274.

¹³⁰⁸ L.D.A., préc., note 721.

¹³⁰⁹ *Supra*, n.b.p. n° 1274.

¹³¹⁰ H.-J. LUCAS, préc., note 1286, n° 61

¹³¹¹ *TGI Paris*, 30 mai 1984, RIDA 4/1984, p. 220, citée dans *id.*

le pays d'origine. Cette décision pourrait servir d'argument en matière de recours en nullité de clauses abusives incluses dans le CLUF comme on l'a vu plus haut¹³¹².

618. Si les conventions internationales ou règlements européens relatifs au droit de propriété intellectuelle tendent à harmoniser la protection du droit d'auteur à travers les pays, en rendant prévisible la loi applicable pour les parties et les tiers, les critères de rattachement prévus restent problématiques pour les litiges relatifs aux transferts d'objets virtuels.

Paragraphe 4. La détermination de la *lex loci protectionis* en matière de création et transfert de biens virtuels

619. On a vu que la Convention de Berne prévoit que l'exercice et la jouissance des droits sont régis par la loi de la protection¹³¹³, mais la question de la titularité initiale des droits patrimoniaux n'est pas réglée par les textes conventionnels. Or, cette question est au coeur des débats en matière de *propriété virtuelle*.

620. Selon H.-J. Lucas, il convient tout d'abord de distinguer si la détermination de l'auteur commande ou non l'application de la Convention¹³¹⁴. Dans le premier cas, il s'agit d'une qualification principale qui relève de la loi du juge saisi, à défaut de disposition contraire dans la Convention. Dans le second cas, et c'est ici que la question devient délicate, puisqu'il s'agit d'une qualification en sous-ordre, il faut se référer à la loi applicable au fond. Mais la Convention de Berne n'a pas pris le soin de prévoir expressément la loi applicable à la détermination des titulaires du droit d'auteur (sauf pour les oeuvres cinématographiques¹³¹⁵ pour lesquelles elle fait référence à la *lex loci protectionis*). Deux solutions doctrinales et jurisprudentielles peuvent être relevées : la première solution est soutenue par les partisans de la loi du pays d'origine, selon lesquels le silence de la Convention de Berne sur la loi applicable à la détermination de l'auteur implique un recours au droit commun; la deuxième solution est formulée par les partisans de la *lex loci protectionis*, dans le sens où la Convention de Berne

¹³¹² *Supra*, n° 591-601.

¹³¹³ Convention de Berne, préc., note 749, art. 5(2). *Supra*, n° 609.

¹³¹⁴ H.-J. LUCAS, préc., note 1300, n° 45-47.

¹³¹⁵ Convention de Berne, préc., note 749, art. 14 bis (2) a).

renvoie implicitement à la question de la titularité de l'auteur lorsqu'elle fait référence à « l'étendue de la protection » dans son article 5(2)¹³¹⁶.

621. En ce qui concerne la première solution, plusieurs auteurs proposent de soumettre cette question à la loi d'origine de l'œuvre¹³¹⁷ qui joue finalement le rôle de la *lex rei sitae*¹³¹⁸. Plusieurs décisions de jurisprudence française ont également prévu cette décision, non seulement pour déterminer le titulaire original¹³¹⁹, mais aussi pour déterminer l'œuvre protégée¹³²⁰ et la durée de la protection¹³²¹. Traditionnellement, en matière patrimoniale, la localisation d'origine est déterminée objectivement, par exemple, comme la loi du lieu de première publication d'une œuvre littéraire, de création d'une œuvre musicale ou théâtrale, de la première inscription sur un registre pour une invention. Mais alors, comment déterminer cette loi pour des créations d'objets virtuels qui n'ont d'existence qu'au sein des mondes virtuels et qui ne font pas lieu d'une procédure d'enregistrement? Pourrait-on prétendre à appliquer la loi de l'établissement du développeur qui fournit le monde virtuel (support sur lequel les objets virtuels sont créés) ou la loi du lieu du serveur ou du stockage des fichiers du monde virtuel?

622. Pour éviter de répondre à ces difficiles questions, on est tenté de se rallier à la partie jurisprudentielle et doctrinale qui écartent l'application de la loi d'origine au profit de l'application de la *lex loci protectionis*. En effet, la doctrine moderne française se base sur plusieurs arrêts jurisprudentiels pour condamner le critère de distinction fondé sur l'origine de l'œuvre comme étant une discrimination indirecte contraire à l'article 12 du traité CE¹³²² car ce critère ne sert pas à localiser objectivement le rapport de droit, il est défavorable aux œuvres

¹³¹⁶ *Supra*, n° 609.

¹³¹⁷ Muriel JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation, du droit de propriété littéraire et artistique: étude de droit compare et de droit international privé*, Paris, GLN Joly Editions, 1995, p. 224-275, cité dans B. AUDIT, préc., note 835, n° 1068, p. 862.

¹³¹⁸ B. AUDIT, *id.*, n° 780, p. 645.

¹³¹⁹ Paris, 19 sept. 1996, RC 97.90 n. BERGÉ, citée dans *id.*, n.b.p. 1 p. 647.

¹³²⁰ Pour n'en citer que quelques unes: *Almax, CA Paris, 14 mars 1991*, JurisData n° 1991-025263 ; RIDA 3/1991, p. 231 ; JCP G 1992, II, 21780, note GINSBURG ; JDI 1992, p. 148, note F. POLLAUD-DULIAN- *CA Paris, 4e ch., sect. B, 9 févr. 1995*, RG n° 92/9662 et n° 92/10337 : JurisData n° 1995-020364 ; RIDA 4/1995, p. 310 ; JCP E 1996, I, 582, n° 14, et les obs. - *TGI Paris, 16 mai 1997* : JCP E 1998, I, p. 1256, n° 12, et les obs. - *CA Versailles, 12e ch., sect. 2, 31 oct. 2002*, n° 00/04455 : JurisData n° 2002-263658 : Propr. intell. 2003, p. 29, note P. KAMINA ; citées dans H.-J. LUCAS, préc., note 1300, n° 46 ; B. AUDIT, *id.*, n.b.p. 2, p. 647.

¹³²¹ CPI, art. L.123-12, L. 27 mars 1997, citée dans B. AUDIT, préc., note 835, n.b.p. 3, p. 647.

¹³²² CJCE, 30 juin 2003, *Tod's aff. C-28/04*, JDI, 2006.639, J.-S. Bergé, cité dans D. BUREAU et H. MUIR-WATT, préc., note 789, n.b.p. 1, p. 76.

d'origine étrangère¹³²³. Selon les partisans de l'application de la *lex loci protectionis*, la question du titulaire du droit d'auteur ne peut pas constituer une question de conflit de lois distincte de celle de l'existence ou de « l'étendue du droit d'auteur » prévue à l'article 5(2) de la Convention de Berne.

623. Cependant, même si on évite la consultation préalable d'une autre loi, pour s'en tenir seulement à l'application de la *lex loci protectionis*, on se trouve également face à la difficulté de la déterminer dans le contexte particulier de création et de transfert biens virtuels. En effet, comment déterminer le pays où la protection est revendiquée à défaut de procédure d'enregistrement des objets virtuels? Est-ce celui où l'atteinte à la propriété intellectuelle a eu lieu c'est-à-dire celui du fait dommageable? Est-ce celui du domicile du défendeur? Faut-il diviser le préjudice de façon à traiter indépendamment le préjudice subi dans plusieurs États?¹³²⁴

624. En ce qui concerne le lieu du fait dommageable ou de la faute, il convient de rechercher l'endroit où l'atteinte au droit d'auteur a eu lieu. Il s'agit de distinguer deux situations d'atteintes : d'une part, l'atteinte provient d'un utilisateur qui copie sans autorisation un objet virtuel créé par un autre utilisateur, d'autre part, le développeur supprime un objet virtuel du compte de jeu d'un utilisateur.

Dans le premier cas, le fait dommageable peut être situé au domicile de l'utilisateur fautif, car on ne peut situer l'atteinte dans le monde virtuel puisque ce n'est pas un « espace propre ». En effet, on a vu plus haut que puisqu'il est inexistant du monde réel, le monde virtuel ne peut donc pas être un critère de rattachement déterminant¹³²⁵. Cependant, comme on l'a fait remarquer plus haut¹³²⁶, il est parfois difficile d'identifier l'endroit où l'utilisateur a porté atteinte au droit d'auteur d'un autre utilisateur, car il peut se trouver n'importe où et se servir de n'importe quel ordinateur pour se connecter au monde virtuel à partir duquel il aura violé le droit d'auteur de l'autre utilisateur. De plus, le développeur ne prévoit aucune procédure pour permettre l'identification ou la localisation de l'utilisateur, ce dernier pouvant créer un compte utilisateur sous de faux renseignements. Également, les développeurs respectent bien la confidentialité de

¹³²³ J.S. BERGÉ, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur. Essai d'une analyse conflictuelle*, LGDJ, 1996, préf. P. Lagarde, n° 516, cité dans D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *id.*, n.b.p. 2, p. 76.

¹³²⁴ Ces questions ont également été posées pour tenter de résoudre les litiges relatifs aux noms de domaine sur internet dans l'essai de L. PODEVIN, *préc.*, note 1149, p. 27.

¹³²⁵ *Supra*, n° 469 et s.

¹³²⁶ *Supra*, n° 536-538.

leurs usagers comme on l'a vu plus haut dans l'affaire *Eros LLC. c. Doe*¹³²⁷, l'importance du respect de l'anonymat de ses utilisateurs par le développeur démontre les difficultés à admettre le lieu du domicile de l'utilisateur, ici le défendeur, en cas de violation des droits d'auteur ou du droit à la marque comme rattachement pour déterminer la *lex loci protectionis*.

625. Pour les deux situations d'atteintes, une solution serait de rattacher la violation ou l'atteinte au droit d'auteur du bien virtuel au lieu où est organisé le monde virtuel, soit au lieu d'établissement du développeur¹³²⁸. Par exemple, dans le cas du monde virtuel *Second Life*, il s'agirait de la loi de la Californie aux États-Unis. Cette solution semble satisfaisante dans le sens où ce rattachement est en relation étroite avec l'objet du litige. En effet, afin de violer les droits d'auteur sur l'œuvre (exemple d'une reproduction non autorisée du bien virtuel par un autre utilisateur), l'auteur de cette violation doit avoir accès à l'œuvre.

Cette solution est la plus satisfaisante, elle a également été retenue en matière de localisation fictive de la loi réelle¹³²⁹ dans les domaines où elles s'appliquent.

626. Synthèse : Dans le cadre d'un litige en matière de jouissance ou de l'exercice de ses droits d'auteur relevant du droit international privé, les juges québécois et français doivent respecter le principe général d'application de la *lex loci protectionis*, c'est-à-dire l'application de la loi du pays pour le territoire duquel la protection est réclamée.

Si la Convention de Berne admet une protection internationale du droit d'auteur en déclarant la *lex loci protectionis* comme loi applicable advenant un litige international en matière de droit d'auteur, son champ d'application est limité et ne traite pas de la question principal de la titularité initiale des droits patrimoniaux, question à la base des litiges entre les parties aux transferts des biens virtuels. Il ne s'agit pas ici de retenir la loi de l'État d'origine, impossible à déterminer en matière de création de biens virtuels, qui était traditionnellement retenue pour répondre à cette question, mais de retenir plutôt la solution du droit positif qui est de maintenir dans tel cas l'application de la *lex loci protectionis*. Mais ce critère de rattachement est également source de difficulté, car comment déterminer le lieu où la protection est réclamée dans le contexte particulier de création et de transfert biens virtuels au sein des mondes virtuels.

¹³²⁷ *Eros LLC. c. Doe*, préc., note 1154.

¹³²⁸ *Supra*, n° 535.

¹³²⁹ *Supra*, n° 569.

Ainsi, on a tenté de le localiser fictivement au lieu d'établissement du développeur, qui est l'endroit où le monde virtuel est organisé et qui souvent est le même lieu où se situe le stockage central des fichiers contenant aussi bien les codes sources, qui permettent de représenter graphiquement les biens virtuels dans les mondes virtuels, que les adresses des comptes des utilisateurs qui « possèdent » les objets virtuels.

Conclusion du Chapitre 3

627. Il n'existe pas de régime unique en matière de propriété incorporelle, car cette appellation regroupe des biens incorporels de nature variée. On a étudié dans ce chapitre la question de la loi applicable à la protection des droits d'auteur sur les biens virtuels et des recours ouverts au titulaire du droit d'auteur en cas de violation de ces droits, le but étant de déterminer si les facteurs de rattachement prévus en droit international de la propriété intellectuelle sont plus adaptés pour résoudre les conflits de lois en matière de transfert des biens virtuels que ceux applicables en droit international privé des biens.

628. On a traité des recours offerts par les lois sur les droits d'auteur au Canada et aux États-Unis, pour vérifier la protection pouvant être envisagée en cas de violation des droits d'auteur puisqu'un droit n'a de valeur que dans la mesure où il existe un recours pour l'exercer, selon le dicton latin « *Ubi jus ibi remedium!* ».

On a conclu que les recours prévus par les lois sur les droits d'auteur au Canada et aux États-Unis protègent sans aucun doute le titulaire du droit d'auteur qui aurait à subir une violation de son droit. Mais, pour exercer ces recours encore faut-il prouver la violation de son droit et donc la titularité du droit d'auteur sur les biens virtuels. Le transfert d'un bien virtuel par un utilisateur, alors que les termes et conditions du monde virtuel l'interdisent sur la base de la proclamation du droit d'auteur au développeur, constitue-t-il un cas de violation des droits d'auteur du développeur? Cette question complexe et controversée fait l'objet de nombreux écrits et en dehors de toute intervention législative, il s'agirait probablement de respecter le principe de l'autonomie contractuelle au regard des droits d'auteur. Dans ce sens, le transfert des biens virtuels entre utilisateurs, prescrit comme interdit dans la majorité des CLUFs des mondes virtuels, constituerait un acte de violation des droits d'auteur des développeurs, ces derniers auraient alors la possibilité d'exercer les recours prévus par la loi sur le droit d'auteur de leur pays d'établissement.

629. L'avantage de traiter du sujet de la propriété virtuelle au regard de la propriété intellectuelle est que des règles conventionnelles existent et permettent une protection internationale du droit d'auteur. La Convention de Berne établit la *lex loci protectionis* comme loi applicable advenant un litige international en droit d'auteur. Cette règle de conflit est reprise

par de nombreux pays donc elle devrait permettre de résoudre les problèmes des conflits de lois applicables à notre matière. Mais ces problèmes subsistent pour deux raisons principales : d'une part, la Convention ne traite pas la question de la titularité initiale des droits patrimoniaux et certains sont pour admettre l'application de la loi d'origine et d'autre part, rien n'indique comment déterminer le pays où la protection est revendiquée à défaut de procédure d'enregistrement. Pour tenter de résoudre ces problèmes, on a proposé d'écarter l'application traditionnelle de la loi d'origine au profit de la conception doctrinale moderne qui est d'unifier les matières qui concernent le droit d'auteur sous l'application de la *lex loci protectionis*. Ensuite, on a proposé de déterminer fictivement le lieu où la protection est réclamée au lieu de l'atteinte qui se trouve à priori au lieu d'établissement du développeur, lieu où est organisé le monde virtuel.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

630. Le droit international privé des biens trouve son assise dans la sphère juridique traditionnelle du régime des droits réels¹³³⁰. La règle de conflit classique rattachée, au principe de territorialité, donne compétence à la loi de l'État de la situation physique de la chose matérielle pour la réalisation procédurale. Or, cette règle de conflit est difficilement applicable en matière de transfert de biens virtuels. En effet, l'examen des principaux caractères des biens virtuels et du cyberspace, tels que l'immatérialité, l'ubiquité et l'absence de frontière démontrent que les biens virtuels n'existent pas dans le monde réel. Puisqu'ils ne peuvent être localisés au sein du cyberspace, car ce n'est pas un « lieu » au sens propre du terme, leurs caractéristiques rendent impossible l'application du principe de territorialité et donc l'application de principe de la loi réelle, loi de situation effective du bien à notre matière. Ainsi, le problème principal que l'on rencontre dans la résolution des conflits de lois en matière de transfert des biens virtuels concerne donc principalement leur localisation géographique.

631. On a donc pris des exemples d'application de la technique de localisation fictive en vue de l'appliquer à notre matière. Après avoir passé en revue les différentes localisations fictives connues en droit et analysé leur application, dans le but de substituer à la loi de situation du bien virtuel qui n'existe pas, on est arrivé à la conclusion qu'à défaut de procédure d'enregistrement des biens virtuels, la localisation la plus significative pour résoudre les conflits de lois dans notre matière serait celle du lieu du siège social du développeur. En effet, ce rattachement est objectif et présentent les liens les plus étroits avec l'objet du litige, il est aussi bien favorable pour les parties que pour les tiers dans le sens où il est prévisible et ne produit aucun coût de recherche et d'information pour trouver la loi applicable au litige relatif aux biens virtuels. De plus, il coïncide généralement avec le choix des parties (ou plutôt du développeur) dans les domaines relatifs à l'application de la loi contractuelle, ce qui permet d'éviter les difficultés de délimitation entre les domaines d'application de la loi réelle et de la loi contractuelle sous-jacentes à notre matière. Or, la loi du lieu d'établissement du développeur favorise la partie la

¹³³⁰ L. D'AVOUT, préc., note 33, n° 294, p. 410.

plus forte, qui est à l'origine de la rédaction du contrat d'utilisation du jeu et qui impose le « choix » de la loi applicable au contrat.

632. Pourtant le principe d'autonomie prend une place de plus en plus importante au sein de la communauté juridique afin de justifier de nouveaux biens. Comme l'énoncent si bien les professeurs V. Gautrais et P.-E. Moysse :

« Le contrat est effectivement l'instrument juridique le plus communément utilisé afin de faciliter les transactions économiques, et les avantages qu'il procure sont d'autant plus importants dès lors que le droit en général est mal défini pour régir une situation donnée. En l'occurrence, plusieurs auteurs ont souligné le secours salutaire du droit des contrats dans une matière aussi vierge que celle des nouveaux environnements électroniques. Ce support du droit des contrats se prête d'autant mieux que les conditions de sa réalisation sont (...) d'une simplicité et d'une souplesse assez manifestes. »¹³³¹

633. On a relevé que les revendications des utilisateurs sont de plus en plus importantes quant à la reconnaissance des droits réels sur les biens virtuels qu'ils ont créés ou acquis à l'intérieur des mondes virtuels. Les développeurs, quant à eux, se cachent derrière les termes des Contrats de licence d'utilisateur final (CLUFs) qu'ils prennent bien soin de rédiger et dans lesquels ils nient l'existence d'une propriété virtuelle pour n'accorder aucun droit aux utilisateurs sur les biens virtuels, les empêchant même d'aliéner les biens virtuels qu'ils auraient créés à l'intérieur du monde virtuel. De plus, les développeurs énoncent l'autorité qui les entendra, qu'elle soit arbitrale ou étatique, ainsi que les règles devant régir leurs relations avec les utilisateurs en cas de litige. Il va sans dire que le plus souvent les utilisateurs supportent ainsi des coûts économiques importants (coûts d'information, de déplacement, de frais d'avocat, etc.). Ils demandent donc au juge d'annuler les clauses du CLUFs qui leur sont défavorables en argumentant que ces clauses sont abusives. Ainsi, dépendamment du cas d'espèce, la liberté contractuelle se verra limitée par le droit dès lors que les parties ne sont plus sur le même pied d'égalité.

634. En l'absence de rattachement certain à la loi de situation, en l'absence de registre des droits réels sur les biens virtuels et à défaut d'une loi cyberspatiale encadrant le transfert international des droits réels au sein du cyberspace, l'application de la loi du contrat paraît donc être une bonne solution dans les domaines où il est parfois difficile de délimiter le champ

¹³³¹ V. GAUTRAIS et P.-E. MOYSE, préc., note 1205, p. 29.

d'application de la loi réelle avec la loi contractuelle, comme en matière de transfert de propriété. En l'absence de lois de police ou d'exception d'ordre public, le principe de l'autonomie prend une place importante pour régir les droits patrimoniaux dérivés par l'acte juridique de constitution ou de transferts de droits réels de leur titulaire. C'est pourquoi, on est tenté de suivre le courant doctrinal moderne qui propose de substituer l'application de la loi contractuelle dans les domaines où la loi réelle est compétente dans les cas où les tiers ne sont pas concernés¹³³². En effet, son application permet de résoudre les problèmes de conflits de lois tout en respectant les principes de prévisibilité et de sécurité juridique dont le droit international privé se fait gardien. Toutefois, les tiers ne sont pas parties au contrat et dans la majorité des questions de droit réel qui les concernent (publicité, opposabilité), c'est la loi réelle qui devra s'appliquer. Or, cette solution n'est pas satisfaisante pour les tiers puisque la loi de situation du bien ne sera pas prévisible à cause de l'inexistence de la localisation du bien virtuel.

635. Puisqu'on a conclu que le droit international privé des biens devrait s'adapter aux spécificités des biens virtuels, afin de répondre comme il se doit aux conflits de lois engendrés par les transferts de biens virtuels, on s'est tourné vers l'analyse des règles de conflit conventionnelles propres à la propriété intellectuelle et principalement celles en droit d'auteur, car ces règles apportent déjà des solutions adaptées aux nouveaux biens immatériels. L'étude des dispositions de la Convention de Berne applicable en matière de protection internationale des droits d'auteur nous a permis de conclure que l'application de la *lex loci protectionis* telle que prévue par la Convention, ne s'applique qu'en matière du contenu du droit d'auteur, son exercice et sa jouissance, mais ne traite pas de la question de la titularité des droits d'auteur, sauf exception (comme en matière cinématographique) qui est une question centrale en matière de transfert de biens virtuels.

Si traditionnellement, la doctrine tentait de rattacher cette question à la loi de l'État d'origine, on a conclu que cette solution ne peut convenir puisque les biens virtuels sont créés originellement, ou visualisés pour la première fois, au sein du monde virtuel et qu'il n'existe aucune procédure d'enregistrement pour ces biens virtuels. Ainsi, on a proposé de se rallier à la doctrine moderne qui propose d'appliquer la *lex loci protectionis* pour déterminer le titulaire des droits d'auteur sur les biens virtuels. Cette solution permet au juge et aux parties de n'avoir

¹³³² *Supra*, n.b.p. 892 et n° 429, 573.

à traiter du litige en cas de violation des droits d'auteur que sous une seule et unique loi sur les droits d'auteur dans les domaines de création, transfert, contenu des droits et recours.

Mais, la Convention n'a pas précisé ce qu'on doit entendre par le lieu où la protection est réclamée, ce qui peut poser des problèmes d'une pluralité d'auteurs selon le lieu de protection. On a vu que dans notre matière, la meilleure façon de déterminer ce lieu dans le respect du principe de proximité et de prévisibilité pour les parties et les tiers, s'il y a lieu, est de le localiser fictivement au lieu d'établissement du développeur puisque le monde virtuel et son contenu (incluant les créations et les transferts des biens virtuels) sont développés à partir de cet endroit et en cas de violation à un droit d'auteur (copie ou suppression d'un bien virtuel sans l'autorisation de son titulaire), c'est à ce lieu que l'atteinte se situe de manière prévisible. Il y aurait donc ici aussi coïncidence avec le choix de la loi applicable par les parties dans les CLUFs, qui, comme on l'a dit, pourrait s'avérer défavorable pour les joueurs et les tiers.

636. En conséquence, sur le plan interne et sur celui des conflits de lois, chaque système juridique devra faire le choix de l'étendu de la protection qu'il veut accorder aux joueurs et aux tiers, sans oublier que les joueurs ont accepté les risques qu'ils encourent en choisissant de jouer dans un monde virtuel plutôt qu'un autre et que les tiers ont décidé d'investir sans garantie légale sur des biens qui sont virtuels.

CONCLUSION GÉNÉRALE

637. Le XXe siècle a été profondément marqué par des innovations technologiques et l'apparition de nouveaux biens incorporels¹³³³ justifiée sous le couvert de la valeur économique dont ils font preuve¹³³⁴. C'est notamment grâce à cette définition élargie du bien en tant que valeur qu'on a tenté de justifier la qualification de l'objet virtuel en tant que « bien » au sens du droit des biens.

L'évolution contemporaine du droit de propriété admettant de plus en plus des « propriétés immatérielles » justifie l'existence de la *propriété virtuelle* c'est-à-dire d'un droit de propriété sur les biens virtuels. La question principale et controversée en doctrine est celle de savoir si la *propriété virtuelle* relève du régime des droits de propriété classique ou des droits de propriété intellectuelle. La réponse à cette question a inévitablement des conséquences sur les règles de conflits de lois applicables dont les solutions diffèrent selon la qualification juridique du bien virtuel et le régime de propriété applicable.

On a donc traité du sujet de la loi applicable aux transferts des biens virtuels au regard de ces deux hypothèses.

638. Il a fallu avant tout réfuter les arguments de ceux qui s'entêtent à nier l'existence de la *propriété virtuelle* en répondant qu'une non-reconnaissance juridique de la *propriété virtuelle* pourrait générer à long terme une perte de confiance des utilisateurs dans les transferts de biens virtuels au sein des jeux en ligne et ainsi causeraient des effets négatifs sur la « marchandisation »¹³³⁵ ou la commercialisation des biens virtuels puisque dans un tel cas, ils perdraient de la valeur. Or, il convient de favoriser ce nouveau commerce, même si son utilité sociale reste pour certains discutable, car il est créateur d'une véritable économie en générant beaucoup de profits aussi bien pour les utilisateurs que pour les développeurs de jeu, mais aussi pour les gouvernements qui commencent dans certains pays à imposer une taxe sur les

¹³³³ Notamment, les valeurs mobilières, les clientèles civiles, l'information confidentielle, le savoir-faire ou encore la force de travail (etc...).

¹³³⁴ J.-L. BERGEL, préc., note 36, p. 2501.

¹³³⁵ Terme utilisé par P. Van Den Bulk en parlant des transactions actuelles des objets virtuels, P. V. D. BULCK, préc., note 760, p. 282.

transactions d'objets virtuels¹³³⁶. Enfin, la reconnaissance de la *propriété virtuelle* permettrait de développer l'innovation en récompensant le talent des créateurs des biens virtuels.

639. En admettant que l'existence de la notion de *propriété virtuelle* soit théoriquement possible et qu'elle obéit à un régime juridique suffisamment proche de celui en vigueur pour la propriété des choses corporelles, il faut cependant tenir compte de la nature spécifique de son objet, les biens virtuels. Ainsi, dans l'analyse des questions que pose la détermination de la loi applicable aux transferts de biens virtuels, on a été confronté à la difficulté de rendre compatibles les règles traditionnelles de conflit de lois relatives aux biens corporels à des opérations immatérielles qui ont lieu au sein du cyberspace. Le principe fondamental en matière de droit international des biens est l'application de la loi réelle, déterminée comme la loi de situation matérielle du bien en matière de contenu et d'acquisitions des droits. En matière de transfert de propriété résultant d'un contrat, la difficulté devient encore plus grande, car il faut procéder à une répartition délicate des compétences entre la loi d'autonomie et la loi de situation du bien.

640. La doctrine contemporaine critique ainsi la référence générale à la règle de rattachement localisatrice dans des situations nouvelles et spécifiques empreintes de difficultés de localisation. Elle justifie ainsi le remède aux conflits de lois par l'application de la règle de rattachement à caractère substantiel sous la forme du principe de l'autonomie de la volonté¹³³⁷. En effet, les critiques formulées par Paolo M. Patocchi résument fort bien le courant doctrinal actuel :

« force est bien de constater (et de conclure) que le modèle de règles de rattachement "neutre" construit par la doctrine classique se réclamant de la simplification de la pensée de Savigny n'est qu'une vue de l'esprit, qui est à la fois inapte à refléter la multitude de la structure et des objectifs de bien des règles de rattachement et incapable d'exprimer le critère souhaitable auquel doit correspondre la réglementation satisfaisante des relations internationales. »¹³³⁸

¹³³⁶ Jamie S. SWITZER et Ralph V. SWITZER, «Taxation of virtual world economies: a review of the current status », (2014) 7-1 *Journal for Virtual Worlds research* 1, en ligne: <<http://journals.tdl.org/>> (site consulté le 02 septembre 2015). Aussi, la Corée du Sud taxe les revenus provenant des jeux en ligne depuis le 1er juillet 2007. Voir, « Taxe sur les biens virtuels en Corée du Sud », (2007) *Blogspot*, en ligne : <<http://droit-jeuxvideo.blogspot.com/>> (site consulté le 17 mai 2013), cité dans H. NSIANGANI, préc., note 19, n.b.p. 194, p. 46.

¹³³⁷ P. M. PATOCCHI, préc., note 1122.

¹³³⁸ *Id.*, n° 650 et 651, p. 321 et 322.

Ainsi, depuis longtemps, une partie de la doctrine, de plus en plus nombreuse, propose la substitution du principe d'autonomie au rattachement territorial, avec certaines réserves, afin d'améliorer la reconnaissance internationale des droits réels mobiliers atypiques, par exemple, les *trusts* ou les sûretés, tout comme le sont également les biens virtuels. Cette proposition paraît trop radicale pour la majorité de la doctrine puisqu'elle peut fréquemment être bloquée par l'application de la loi de situation dans les domaines où les tiers sont concernés et se doivent d'être protégés. Ainsi, la doctrine contemporaine admet de manière sélective, selon la nature particulière immatérielle du bien nouveau, l'éviction de la compétence de principe de la loi de situation, notamment pour les biens « d'importance économique particulière » comme les créances et les sûretés.

641. La loi d'autonomie est justifiée par le besoin de flexibilité des nouveaux transferts et elle permet de favoriser l'immatérialité croissante des nouveaux biens. Également, on compte dans les avantages d'une consécration de rattachement subsidiaire à la loi de l'acte générateur du droit réel, l'efficacité maximale des transactions internationales de droit des biens¹³³⁹, la disparition des difficultés à chercher une localisation des biens virtuels, la prévisibilité de la loi applicable et donc la sécurité juridique pour les parties au contrat.

642. Mais en ce qui concerne les tiers, la loi de situation du bien reste le principe puisque ce dernier ne peut avoir connaissance de la loi choisie par les parties. On s'est alors tourné vers la technique de localisation fictive pour déterminer la loi de situation du bien en prenant en considération les spécificités des biens virtuels et des mondes virtuels dans lesquels on peut visuellement les identifier.

Après une analyse des différentes localisations fictives, on a conclu que la création d'un registre centralisé des droits réels sur les biens virtuels dont son emplacement déterminerait la loi de situation des biens virtuels, serait la meilleure solution à envisager. En l'absence de ce registre, le lieu d'établissement du développeur reste le rattachement le plus significatif car il répond au principe de proximité et donne compétence à une loi unique, mais il favorise la partie la plus forte, comme le rattachement contractuel par le choix de la loi que le développeur impose.

Aussi, les juges qui seront appelés à trancher des litiges concernant les transferts de biens virtuels devront faire preuve d'une grande imagination, d'une part, pour élargir et modifier le

¹³³⁹ L. D'AVOUT, préc., note 33, n° 500, p. 660.

régime des droits de propriété classique afin d'admettre en droit interne qu'on puisse avoir un droit réel sur un objet qui n'existe pas et d'autre part, pour adapter les règles de conflit existantes en droit de la propriété à l'univers virtuel afin de trouver un lieu fictif pour suppléer à l'absence de localisation effective des biens virtuels dans les nombreux domaines où les tiers sont concernés en matière de propriété.

643. Parallèlement à l'analyse effectuée quant à l'application de la théorie de la propriété classique en matière de création d'objets virtuels, on a envisagé l'application des droits de propriété intellectuelle, principalement en droit d'auteur. Le régime de la propriété dite intellectuelle étant adapté aux nouveaux biens immatériels, il nous a paru moins compliquée à l'appliquer sur le plan de la qualification du bien virtuel en tant qu'œuvre et sur le plan de la détermination des règles de conflits d'ordres conventionnelles propres au droit d'auteur. Aussi, l'étude de la doctrine américaine, qui est importante en la matière, puisque la majorité des mondes virtuels sont développés aux États-Unis, nous permet de conclure que l'approche de la *propriété virtuelle* au regard de la propriété intellectuelle est plus acceptable, alors même qu'en *common law* américaine la notion de propriété « classique » est plus ouverte qu'elle ne l'est en droit civil.

On a vu que l'application de la *Loi sur le droit d'auteur* se trouve être parfaitement adaptée à la matière de la *propriété virtuelle* puisqu'on a conclu que les biens virtuels sont des œuvres protégeables au sens de cette loi. De plus, on a vu qu'en cas de litiges internationaux, la Convention de Berne tend à protéger internationalement le droit d'auteur en prévoyant l'application de la *lex loci protectionis* dans les litiges relatifs à l'exercice et la jouissance des droits d'auteur. En matière de titularité des biens virtuels, si la Convention ne prévoit pas la loi applicable, après une analyse de la loi de l'état d'origine, traditionnellement applicable dans ces domaines, on a pu conclure qu'il est préférable de continuer à appliquer la *lex loci protectionis*. En l'absence de précision sur la détermination de cette localisation dans les termes de la Convention, on a considéré selon les spécificités de notre matière que le lieu où la protection est réclamée se trouve généralement être le lieu de l'atteinte au droit d'auteur. On a rattaché ce lieu au lieu d'établissement du développeur à partir duquel est organisé le monde virtuel puisqu'il faut pouvoir accéder au monde virtuel pour éventuellement porter atteinte au droit d'auteur d'un utilisateur.

Puisqu'il est possible de déroger aux lois sur les droits d'auteur par des stipulations contraires, dans les relations entre les développeurs et les utilisateurs et même entre les utilisateurs, les termes contractuels prévoyant la titularité des droits d'auteur au développeur devront généralement être respectés au regard du principe d'autonomie de la volonté, sauf si le juge décide de les déclarer abusifs. Dans ce cas et lorsque les tiers sont concernés, c'est la *lex loci protectionis* qui devra s'appliquer. Finalement, la solution est unitaire, car elle revient à appliquer la loi du lieu d'établissement du développeur, qui se trouve être toujours la loi choisie par les développeurs dans le Contrat de licence d'utilisateur final.

644. À notre avis, il est possible d'envisager aussi bien les deux hypothèses de départ¹³⁴⁰ : d'une part, on peut admettre une possible application du droit de propriété classique, avec les adaptations nécessaires, à certains aspects de la création des biens virtuels, comme les données ou codes informatiques à la base des biens virtuels et d'autre part, on peut admettre l'application du droit d'auteur pour régir un autre aspect, comme la représentation graphique (l'image) du bien virtuel générée par ces données.

645. En effet, il relève de l'utopie de penser à une harmonisation des législations en cause par les États eux-mêmes afin de résoudre uniformément ou de façon universelle les conflits de lois inhérents aux transferts des biens virtuels, dans un effort constant de mieux gérer la diversité des droits¹³⁴¹. Il suffit de se reporter aux difficultés d'élaboration de règles étatiques uniformes pour résoudre les conflits de lois en matière de commerce international.

646. Également, on peut relever une solution alternative, celle de se rallier à la thèse de plusieurs auteurs qui admettent que devant une telle situation, il convient de suppléer aux carences des institutions classiques par l'élaboration d'un ensemble de règles par les acteurs privés¹³⁴².

¹³⁴⁰ *Supra*, note 637.

¹³⁴¹ Horatia MUIR-WATT, « Aspects économiques du droit international privé (réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions) », dans *Recueil de cours académie de droit international - Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 40 et p. 295.

¹³⁴² On peut penser à la thèse de la « *Lex electronica* » qui organiserait les transactions de biens matériels et immatériels qui se déroulent dans le cyberspace. Toutefois, des critiques sont soulevés à l'encontre de la *Lex electronica* pour régir les transactions au sein du cyberspace. En effet, les seuls usages contractuels ne peuvent prétendre à devenir la norme encadrant les comportements en l'absence de force égale entre les contractants. Également, il n'existe pas encore de tribunal ou d'organisme compétent pour appliquer cette loi. X. V. OVERMEIRE,

Pour reprendre les termes de S. Normand :

« Malgré l'attrait qui incite à vouloir faire de tout bien un objet traditionnel de droit de propriété, il faut reconnaître que plusieurs questions litigieuses concernant les prérogatives du titulaire d'un bien peuvent être résolues sans les envisager sous l'angle de la propriété. Il suffit, en effet, dans bien des cas, de considérer le respect ou non des obligations légales ou contractuelles auxquelles sont assujetties les parties qui revendiquent des droits sur des biens immatériels ou virtuels pour solutionner un différend. Dès lors, la qualification d'un droit comme objet de propriété peut se révéler peu ou prou utile. »¹³⁴³

647. 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 question¹³⁴⁴ qui fait le plus souvent l'objet d'arbitrage¹³⁴⁵. 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 virtuels¹³⁴⁶.



préc., note 1069, p. 30 ; Pierre TRUDEL, «La Lex Electronica», dans Charles-Albert MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, coll. « Droit international Bruxelles », Éditions Bruylant, 2001, p. 221-268.

¹³⁴³ S. NORMAND, préc., note 500, p. 179.

¹³⁴⁴ *Evans et al. v. Linden Research, Inc. et al.*, préc., note 193.

¹³⁴⁵ *Id.* The settlement received final approval April 29, 2014. Voir la décision d'arbitrage du 27 février 2014, en ligne: <<http://www.secondlifessettlement.com/hc/en-us>> (site consulté le 26 septembre 2014).

¹³⁴⁶ 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. », V. GAUTRAIS, préc., note 1060, p. 292-293. Sur ce sujet, voir également, P. Trudel *et al.*, préc., note 1013, p. 3-54.

PLAN SOMMAIRE

INTRODUCTION	1
PARTIE 1 : L'EXISTENCE D'UN DROIT DE LA « <i>PROPRIÉTÉ VIRTUELLE</i> »	13
Chapitre préliminaire. Les différents aspects des transferts d'objets virtuels dans les mondes virtuels.....	14
Conclusion du chapitre préliminaire.....	48
Chapitre 1. De la reconnaissance d'un droit de <i>propriété virtuelle</i>	49
Conclusion du chapitre 1	100
Chapitre 2. La nature de la propriété dans les univers virtuels : un droit de propriété classique?.....	101
Conclusion du chapitre 2	163
Chapitre 3. La nature de la <i>propriété virtuelle</i> , un droit de propriété intellectuelle ?	166
Conclusion chapitre 3	183
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	184
PARTIE 2. LA RÈGLE DE CONFLIT APPLICABLE AUX TRANSFERTS DE BIENS VIRTUELS	188
Chapitre préliminaire. L'identification des conflits de lois en présence.....	190
Conclusion du chapitre préliminaire.....	201
Chapitre 1. La règle de conflit de lois applicable aux biens	202
Conclusion du chapitre 1	233
Chapitre 2. Les difficultés d'application de la loi réelle en matière de biens virtuels	237
Conclusion du chapitre 2	295
Chapitre 3. Solution alternative aux règles de conflits de lois classiques des biens : l'application du droit d'auteur	298
Conclusion du Chapitre 3.....	324
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	326
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	330
PLAN SOMMAIRE.....	336
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE.....	338

ANNEXES.....	ii
Annexe 1 : Graphiques sur la croissance des mondes virtuels	ii
Annexe 2 : Exemples des Termes et conditions des mondes virtuels.....	iii
Annexe 2.1- <i>Second Life : Terms of services of Linden Lab</i>	iii
Annexe 2.2- <i>World of Warcraft- Terms of services of Battle.Net (Blizzard)</i>	xxxiv

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

LÉGISLATION

Textes conventionnels

Convention de Berne relative à la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886

Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises de 1986

Convention sur la loi applicable aux transferts de propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels du 15 avril 1958

Textes fédéraux

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), c. C-42

Textes québécois

Code civil du Québec, L.R.Q (1991), c. C-1991

Loi sur la protection du consommateur, chapitre P-40.1

Textes français

Code civil de 1804, version cons. au 19 août 2015

Code de la propriété intellectuelle, loi n° 92-597, 1^{er} Juill. 1992, version cons. au 22 déc. 2014

Textes américains

U.S. Copyright Law, title 17 (2001)

The Digital Millenium Copyright Act de 1998

JURISPRUDENCE

Jurisprudence canadienne

35296008 Canada Inc. c. Groupe Commerce (Le), compagnie d'assurances, REJB 2002-33068 (C.S)

CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada, 2004 CSC 13

Gaudreau c. 9090-2438 Québec Inc., EYB 2007-124326 (C.A.)

Hindle c. Cornish, EYB 1991-75947 (C.S.)

Québec (Sous-ministre du revenu) c. Place Bonaventure Inc., EYB 1987-62713 (C.S.)

Théo G. Soucisse Inc. c. Groupe Commerce cie d'assurances, (1997) A.Q. (C.S.)

Unicel Inc. c. Contalitec Informatique Inc., [1994] J.E. 94-1910 (C.Q.)

Jurisprudence américaine

Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp., 714 F.2d 1240, 1249 (3d Cir. 1983)

Atari, Inc. v. Video Amusement of Canada, Ltd., 1982 CF 1100 (C.F.P.I.)

Bragg v. Linden Research, Inc., 487 F. Supp. 2d 593 (E.D.Penn. 2007)

Comb v. PayPal Inc., 218 F. Supp. 2d 1165, 1172–77 (N.D. Cal. 2002)

Eros LLC. and al. v. Robert Leatherwood and John 1-10 Does, 8:2007cv01158 (Fl. Mid. Dist. Ct 2007)

Eros LLC. v. Simon, 1:07-cv-04447-SLT-JMA (U. S. District Court N. Y.)

Evans et al. v. Linden Research, Inc. et al., Case No. C-11-01078-DMR (Cal. Dist. Ct. 2012);
Case No. 2:10-cv-01679-ER (Pennsy. Dist. Ct. 2011)

Feldman v. Google, 513 F. Supp. 2d 229 (E.D. Pa 2007)

Fahy v. Linden Research Inc. and al., case number 2:2010cv01561, (Penn. Dist. Ct. 2010)

Marvel Enterprises, Inc. v. NCSoft Corp., No. 04CV9253 (C.D. Ca. Nov. 11, 2004)

Midway Mfg. Co v. Arctic International Inc., 704 F.2d 1009 (7th Cir. 1983)

Specht v. Netscape Communications Corp., 306 F.3d 17, 31–32 (2d Cir. 2002)

The Bremen v. Zapata off-shore co., No. 71-322 (U. S. Sup. Ct. 1972)

Thomson v. Larson, 147 F. 3d 195 (2d Cir. 1998)

Jurisprudence française

Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC

Cour de cassation, Civ. 1^{ère}, 25 juin 2009, 07-20.387

Cour d'appel de Paris, 3^{ème} Ch., section B., 20 septembre 2007, 07-01793

Cour de cassation, Ass. plén., 7 mars 1986, 84-93-509

Jurisprudence étrangère

Li Hongchen v. Beijing Artic Ice Technology Development Co, Second Medium Level People's Court, Case No. (2004) er-zhong-min-zong-zi No. 02877 (People's Republic of China)

DOCTRINE

Monographie et ouvrages collectifs

ATIAS, C., *Droit civil*, 9e éd., Paris, LexisNexis/Litec, 2007

AUDIT, B., *Droit international privé*, 5^e éd., coll. « Corpus droit privé », Paris, Economica, 2008

BALKIN, J., *The State of Play (Ex Machina: Law, Technology, and Society)*, NYU Press reference, Kindle Edition, 2006

BATTIFOL, H. et P. LAGARDE, *Droit international privé*, 7^e éd., t. II, Paris, L.G.D.J., 1983

Traité de Droit international privé, 8^e éd., T. 1, Paris, L.G.D.J., 1993

BERLIOZ, P., *La notion de bien*, t. 489, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2007

BERTHIER, D., *Méditations sur le réel et le virtuel*, coll. « Impacts des nouvelles technologies », Éditions L'Harmattan, 2004

BUREAU, D. et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, 3^e éd., t. 1, coll. « Thémis droit », Partie générale, Paris, Presses Universitaires de France, 2007

Droit international privé, 3^e éd., t. 2, coll. « Thémis droit », Partie spéciale, Paris, Presses Universitaires de France, 2007

CARON, C. et H. LÉCUYER, *Le droit des biens*, coll. « Connaissance du droit », Éditions Dalloz, 2002

CARRE, D., *La faillite Internationale: comparaison des systèmes canadien et européen*, Coll. « Minerve », Éditions Yvon Blais, 2009

CASTRONOVA, E., *Exodus to the virtual world, How online fun is changing reality*, Palgrave MacMillan, 2007

Synthetic worlds: the business and culture of online games, Chicago, London, The University of Chicago Press, 2005

DANNENBERG, R.A., S. MORTINGER, R. CHRIST, C. SCELSI et F. ALEMI, *Computer games and virtual worlds: a new frontier in intellectual property law*, American Bar Association, section of intellectual property law, 2010

- D'AVOUT, L., *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, coll. « recherche juridique », Paris, Economica, 2006
- DEFFAINS, B. (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Édition Cujas, 2002
- DERRUPPE, J. et J-P. LABORDE, *Droit international privé*, 17^e éd., coll. « Mementos Dalloz », Éditions Dalloz, 2011
- DIBELL, J., *Play Money: Or, How I Quit My Day Job and Made Millions Trading Virtual Loot*, 1^{ère} éd., New York, Basic Books, 2006
- DURANSKE, B., *Virtual Law: Navigating the legal landscape of virtual worlds*, American Bar Association, 2008
- DUSSOLIER S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, 10 Coll. « Création Information Communication », Larcier, 1997
- ELKIN-KOREN, N. et E.M. SALZBERGER, *Law, Economics and cyberspace: The effects of Cyberspace on the Economic Analysis of Law*, Camberley (UK), Edward Elgar Publishing, 2004
- FÉRAL-SCHUHL, C., *Cyberdroit: le droit à l'épreuve de l'internet*, 5e éd., Praxis/Dalloz, 2008
- GOLDSTEIN, G. et E. GROFFIER, *Droit international privé*, t. 2, règles spécifiques, coll. « Traité de droit civil », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2003
- GOLDSTEIN, G., *Droit international privé : extraits de la référence Droit civil*, v. 1, , coll. « Commentaires sur le Code civil du Québec », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011
- HAQUANI, Z. et P. SAUNIER, *Droit international économique*, 2^e éd., coll. « Universités Droit », Paris, Éditions Ellipses, 2007.
- KRONMAN, A.T. et R.A. POSNER, *The Economics of Contract Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1979,
- LAFOND, P.-C., *Précis de droit des biens*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2007
- LAMONTAGNE, D.-C., *Biens et propriété*, Cowansville, Éditions Yvon-Blais, 2002
- Biens et propriété*, 5e éd., rev., Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2005
- LASTOWKA, G., *Virtual justice: the new laws of online worlds*, New Haven and London, Yale University Press, 2010

- LEPAGE, H., *Pourquoi la propriété*, Coll. « Pluriel », Bibliothèque de la Liberté, édition Hachette, 1985
- LOUSSOUARN, Y., P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, 10^e éd., Paris, Précis Dalloz, 2013
- MACKAAY, E., *Economics of Information and Law*, Boston, Kluwer, Nijhoff Publishing, 1982
- La propriété est-elle en voie d'extinction?*, Nouvelles technologies et propriété, Actes du Colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal les 9 et 10 novembre 1989, Montréal, Thémis-Paris, Litec, 1991
- MACKAAY, E. et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., coll. « Méthodes du droit », Montréal, Paris, Éditions Thémis/Dalloz, 2008
- MALAUURIE, P. et L. AYNÈS, *Les biens*, 2^e éd., coll. « Droit civil Defrénois », Paris, Éditions Defrénois, 2005
- MALLET-BRICOUT, B. et N. REBOUL-MAUPIN, *Panorama Droit des biens 2014 (chronique annuelle)*, Recueil Dalloz, Dalloz, 2014
- MOYSE, P.-E., *Le droit de distribution : analyse historique et comparative en droit d'auteur*, Cowansville, Yvon Blais, 2007
- ORLÉAN, A., *L'empire de la valeur: refonder l'économie*, Paris, Éditions du Seuil, 2011
- PAPANDRÉOU-DETERVILLE, M-F., *Le droit anglais des biens*, t. 481, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2004
- PATOCCHI, P.M., *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel : de quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, 42, Genève, Société Suisse de droit international-Georg-librairie de l'université, 1985
- PEJOVICH, S., *The economics of property rights: towards a theory of comparative systems*, vol. 22, coll. « International studies in economics and econometrics », Dordrecht, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1990
- PICHETTE, S., *Le régime canadien de la propriété intellectuelle, excluant les marques de commerce*, Montréal, Centre d'études en administration internationale / École des hautes études commerciales, 1979
- PINDYCK, R. et D. RUBINFELD, *Microéconomie*, 7^e éd., Éditions Pearson, 2011

POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, 2^e éd., Boston et Toronto, Little Brown and Company, 1977

RIPERT, G., *Les forces créatrices du droit*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1955

TRUDEL, P., F. ABRAN, K. BENYEKHFLEF et S. HEIN, *Droit du cyberspace*, Université de Montréal, Faculté de droit, Centre de recherche en droit public, Les Éditions Thémis, 1997

VERMEYS, N. W., *Droit codifié et nouvelles technologies : le Code civil*, Cowansville, Yvon Blais, 2015

VIGNAL, T., *Droit international privé* 2e édition, Sirey, Dalloz, 2011

VOUIN, R. et P. ROBINO, *Droit privé civil et commercial*, t. 2, 3^e éd., Paris, P.U.F, 1967

XIFARAS, M., *La propriété, étude de philosophie du droit*, coll. « Fondements de la politique », Paris, PUF, 2004

ZÉNATI, F. et T. REVET, *Les biens*, 2e éd., coll. «Droit fondamental. Droit civil», Paris, PUF, 1997

Articles de revue et études d'ouvrages collectifs

ABRAMOVITCH S. H. et D. L. CUMMINGS, «Virtual Property, Real Law: The Regulation Of Property In Video Games», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 272, *Développements récents en droit du divertissement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 29

ARIAS, A.V., « Life, Liberty, and the Pursuit of Swords and Armor: Regulating the Theft of Virtual Goods », (2008) *57 Emory Law Journal* 1301

D'AVOUT, L., « La liberté d'entreprendre au bûcher? Retour sur une critique récente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », D. 2014, p. 1287

BALKIN, J.-M., « Virtual Liberty: Freedom to Design and Freedom to Play in Virtual Worlds », (2004) 90-8, *Virginia Law Review* 2043

BALSANO, A.-M., « Un instrument juridique international pour le cyberspace? Analyse comparative avec le droit de l'espace extra-atmosphérique », dans T., FUENTES CAMACHO (dir.), *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, Paris, Économica, 2000, p. 159.

- BARTLE, D.R.A., « Pitfalls of virtual property », (Avril 2004) *The Themis Group*, en ligne: < <http://www.themis-group.com> >
- BAXTER, I. F. G. « Conflicts of law and property », (1964) 10 *Mcg. L.J.* 1
- BELL, M. W., « Toward a Definition of "Virtual Worlds" », (July 2008) 1.1, *Journal of virtual worlds research*, en ligne: < <http://journals.tdl.org/>>
- BERGEL, J.-L., « Une "approche" économique de la propriété en droit privé », (2008) 22 *Cahier de méthodologie juridique, L'analyse économique du droit autour d'Ejan Mackaay*, 2501
- BERGERON, C., « Développements récents en matière de droit d'auteur et d'utilisation équitable : l'après CCH », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 1 (PDF) (La référence)
- BERNAULT, C., « Titulaires du droit d'auteur. Règles générales (CPI, art. L. 113-1 à L. 113-7) », dans Jurisclasseur, coll. « Propriété littéraire et artistique », *Objet du droit d'auteur*, Fasc. 1185, *LexisNexis France*, à jour au 17 mai 2015, en ligne : <www.lexinexis.ca>
- BINGISSER, M, G., « *Federal Tax Consequences of Virtual World Transactions* », (2008) 5 *Shidler J. L. Com. & Tech.* 7
- BLAZER, C., « The Five Indicia of Virtual Property » (2006) 5 *Pierce Law Review* 137, p. 146
- BOURCIER, D., « De l'intelligence artificielle à la personne virtuelle: émergence d'une entité juridique? », (2001) 49 *Droit et société* 847
- BULCK, P.V.D., « Le régime juridique des avatars créés dans le cadre des jeux vidéo », (2007) *Propriétés intellectuelles* 279
- CAPRIOLI, E. et R. SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales » (1997) 2 *Journal du droit international* 323
- CASTRONOVA, E., « The Price of 'Man' and 'Woman': A Hedonic Pricing Model of Avatar Attributes in a Synthetic World » (June 2003) *CESifo Working Paper Series* n° 957, en ligne: <www.ssrn.com>
- CASTRONOVA, E., « Virtual Worlds: A First-Hand Account of Market and Society on the Cyberian Frontier », (2001) *CESifo, Working Paper* n° 618, en ligne: <www.ssrn.com>
- CATALA, P., « L'immatériel et la propriété », (1999) 43 *Archives de philosophie du droit* 61, en ligne: <<http://www.philosophie-droit.asso.fr/>>

- CHAZAL, J.-P., « Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie », Recueil Dalloz 2014, p. 1101.
- « Réponse d'un « faux » politiste à un vrai juriste », en ligne : <www.sciencespo.fr>
- CHÉNEVERT, P., « La propriété dans les univers virtuels : un droit réel ou un droit personnel ? », (2011) 2-1 *Bulletin de droit économique* 28
- CHEW, M.-M., « Virtual Property in China: The Emergence of Gamer Rights Awareness and the Reaction of Game Corporations », (2011) 13 *New Media Society* 722
- DOCQUIR, P.-F., « Donjons et législations, ou les avatars du droit dans les mondes virtuels », (2010) 40 *Revue du droit des technologies de l'information* 91
- DRANSFELD, M.C., « Property crimes in virtual worlds », (2010) *Alberta law review*, en ligne: <<http://www.albertalawreview.com/>>
- EMERICH, Y., « Faut-il condamner la propriété des biens incorporels ? Réflexions autour de la propriété des créances », (2005) 46, n°4 *Les Cahiers de droit* 905
- FAIRFIELD, J., « Anti-Social Contracts: The Contractual Governance of Virtual Worlds », (2008) 53 *McGill Law Journal*, 427, en ligne: <www.ssrn.com>
- « Virtual Property », (2005) 85 *Boston University Law Review* 1047
- FRENETTE, F., « Du droit de propriété: certaines de ses dimensions méconnues », (1979) 20-3 *Les Cahiers de droit*, 439
- GAUTRAIS, V., « L'affaire Dell, le vouloir électronique selon l'affaire Dell Computer: dommage! », (2007) 37 n°2 *Revue générale de droit, faculté de droit, section droit civil, uOttawa, Wilson Lafleur*, en ligne : <ancien.gautrais.com/IMG/pdf/200702GautraisEpreuve1.pdf>
- GAUTRAIS V. et P.-E. MOYSE, « Droit des auteurs et droit de la consommation dans le cyberspace: la relation auteur/utilisateur », (1996) 9 *C.P.I.* 42, en ligne: <http://cpi.robic.ca/>
- GENSOLLEN, M., « L'économie réelle des univers persistants: Vers une propriété virtuelle? » dans F. BEAU (dir.), *Culture d'univers : Jeux en réseau, mondes virtuels, le nouvel âge de la société numérique*, Paris, FYP éditions, 2007
- GILKER, S. et C. LUPIEN, « Le droit de propriété dans les mondes virtuels en droit civil québécois », dans *Service de la formation continue, Barreau du Québec*, vol. 311, *Développements récents en droit du divertissement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 155.

- GOLDSTEIN, G., « La relativité d'un droit de propriété: enjeux et valeurs d'un Code civil moderne », (1991), dans *Journées Maximilien-Caron, Enjeux et valeurs d'un code civil moderne*, Montréal, ÉditionsThémis, p. 103.
- GRAVELLE, L.-P. et J.-F. JOURNAULT, « Protection des jeux vidéo: la propriété intellectuelle en mode multijoueur », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol. 357, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 2012, p. 149.
- HOROWITZ, S. J., « Competing Lockean Claims to Virtual Property », (2007) 20 *Harvard Journal of Law and Technology*, en ligne: <www.ssrn.com>
- HUGHES, J., « The Philosophy of intellectual property », (1988) 77 *Georgetown Law Journal*, 331, en ligne: <<http://cyber.law.harvard.edu/>>
- HUNTER, D. et G. LASTOWKA, « Virtual crimes », (2004-05) 49 *New York Law School Review* 293
- JOHNSON, D.R. et D.G. POST, « Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace », (1996) 48 *Stanford Law Review* 1367
- KATSH, E., « Symposium: Legal Regulation of the Internet- Dispute resolution in cyberspace », (1996) 28 *Conn. L. Rev.* 953, en ligne: <<http://www.umass.edu/>>
- KERR, O.S., « Criminal Law in Virtual Worlds », (2008) *University of Chicago Legal Forum* 415
- KUSS, D. et M. GRIFFITHS, « Adolescent Online Gaming Addiction », (2012) 30-1 *Education and Health* 15-17
- LAGARDE, P., « Sur la loi applicable au transfert de propriété : Requiem critique pour une convention mort-née », dans Georges A. L. DROZ, *E. Pluribus Unum: Liber Amicorum*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 151
- « Approche critique de la *lex mercatoria* », dans Philippe FOUCHARD, Philippe KAHN et Antoine LYON-CAEN (dir.), *Le droit des relations économiques internationales - Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982
- LAMONTAGNE, D.-C., « Les biens corporels et incorporels, meubles et immeubles », (2009) 6e éd., EYB2009BEP3 (La référence)
- LASTOWKA, G. et D. HUNTER, « The Laws of the Virtual Worlds », (January 2004) 92:1 *California Law Review* 1

- LEFEBVRE, B., « L'affaire Dell: réflexions sous l'angle du droit civil », (2007) 37 n° 2 *Revue générale de droit, Université d'Ottawa, Wilson & Lafleur*
- LEMYRE, P.-P., « Le contexte des technologies de l'information » dans D. POULIN et autres (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003
- LONGWORTH, E., « Opportunité d'un cadre juridique applicable au cyberspace- y compris dans une perspective néo-zélandaise », dans B. De PADIRAC (dir.), *Les dimensions Internationales du droit du cyberspace*, Coll. « Droit du cyberspace », Paris, éd. UNESCO, Economica, (2000)
- LUCAS, H.-J., « Convention de Berne. Conditions de la protection », dans Jurisclasseur, coll. « Propriété littéraire et artistique », *Droit international*, Fasc. 1930, LexisNexis France, à jour au 19 Septembre 2011, en ligne : <www.lexinexis.ca>
- « Convention de Berne. Étendue de la protection », dans Jurisclasseur, coll. « Propriété littéraire et artistique », *Droit international*, Fasc. 1931, LexisNexis France, à jour au 16 Février 2015, en ligne : <www.lexinexis.ca>
- LUCCHETTI, S. et L. SHERMAN, « Virtual items in a legal vacuum: perspectives on virtual property from China », (Jun 2009) 54 *IPBA Journal* 9, en ligne: <<https://ipba.org/>>
- MACKAAY, E., « L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes » dans DEFFAINS, B. (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Édition Cujas, 2000, p. 13-32
- « L'économie des droits de propriété émergents sur l'internet », (1997) 9/3 *Cahiers de propriété intellectuelle* 281
- « La propriété intellectuelle et l'innovation-Analyse économique des droits », (2003) 119 *Droit et Patrimoine* 63
- MILLER, D. C., « Determining Ownership in Virtual Worlds: Copyright and License Agreements », (2003) 22 *Review of Litigation* 435
- MNOOKIN, J., « Virtual(ly) Law: The emergence of law in LambdaMoo », (1996) 2 *J. Computer-Mediated Comm.* 1, en ligne <<http://onlinelibrary.wiley.com/>>
- MORINGIELLO, J., « What Virtual Worlds Can Do for Property Law » (March 21, 2009) 62 *Florida Law Review*, 159
- MOUSSERON, J.-M., « Valeur, bien, droit », dans *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 277
- MUIR-WATT, H., « Aspects économiques du droit international privé (réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions) »

dans *Recueil de cours académie de droit international - Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 295

NELSON, J. W., « Fiber optic Foxes: Virtual objects and virtual worlds through the lens of *Pierson v. Post* and the Law of Capture », (June 2009) 14 *Journal of Technology Law and Policy*, 5 (pdf), en ligne: <http://works.bepress.com/john_nelson/1/>

« The Virtual Property Problem: What Property Rights in Virtual Resources Might Look Like, How They Might Work, and Why they are a Bad Idea », (2009) 41 *McGeorge Law Review*, 281

NORMAND, S., « Les nouveaux biens, rapport québécois », (2004) 106 *La Revue du Notariat* 177

OST, F., « Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information » dans J. CLAM et G. MARTIN, *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 423

OVERMEIRE, X.V., « Le monde virtuel met au défi les législateurs : la problématique de la loi applicable dans le cyberspace », (printemps/été 2008) 13-1, en ligne : <<http://www.lex-electronica.org/>>

PARISEL, J. et R. QUINTIN, « Le statut des biens dans les mondes virtuels », (2010) 40 *Revue du droit des technologies de l'information* 15

PASSMAN, M., « Transactions of virtual items in virtual worlds », (2008) 18 *Albany law journal of science and technology* 259

REID, E., « Hierarchy and Power, social control in cyberspace », dans M.-A. SMITH and P. KOLLOCK, *Communities in cyberspace*, Routledge editions, USA-Canada, 1999, p. 127

REUVENI, E., « On Virtual Worlds: Copyright and Contract at the Dawn of the Virtual Age », (2007) 82-2 *Indiana Law Journal* 261

SAUNDERS, K.W., « Acti Rei: Real and virtual », (2011-2012) 44 *Texas Technology Law Review* 165

SAUNDERS LIPSON A. et R. D. BRAIN, *Computer and video game law*, Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2008

SHEN, L., « Who owns virtual items? », (2010) 9 *Duke law and technology review* 1

SIIRIAINEN, F., « Convention universelle sur le droit d'auteur », dans Jurisclasseur, coll. « Propriété littéraire et artistique », *Droit international*, Fasc. 1935, LexisNexis France, à jour au 1er Mars 2002, en ligne : <www.lexinexis.ca>

- SOLIS, M.-A. et S. LAPOINTE, « Réflexions sur l'application des garanties aux logiciels en droit civil québécois », « Réflexions sur l'application des garanties aux logiciels en droit civil québécois », (Automne 1999) 59-2 *La Revue du Barreau du Québec* 393, en ligne : <https://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/revue/1999-tome-59-2-p393.pdf>
- STEPHENS, M., « Sales of In-Game Assets: An Illustration of the Continuing Failure of Intellectual Property Law to Protect Digital-Content Creators », (2002) 80 *Texas Law Review* 1513
- STRIKWERDA, L., « Theft of Virtual Items in Online Multiplayer Computer Games: an Ontological and Moral Analysis », (2012) 14-2 *Springer Science Business Media* 89, en ligne: <http://www.springer.com>
- STROWEL, A., « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner », (1992) 37 *Archives de philosophie du droit* 143
- SUBLETTE, V.-A. et B. MULLAN, « Consequences of Play: A Systematic Review of the Effects of Online Gaming », (2012) 10 *International Journal of Mental Health and Addiction* 3
- SWITZER, J. et R. SWITZER, « Taxation of virtual world economies: a review of the current status », (2014) 7-1 *Journal for Virtual Worlds research* 1, en ligne: <http://journals.tdl.org/>
- TALPIS, J., « The Law Governing the Statut Réel in Contracts for the Transfer *inter vivos* of Moveables *ut singuli* in Quebec Private International Law » (1972) 13 *C. de D.* 305
- TRUDEL, P., « La Lex Electronica » dans C.-A. MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Éditions Bruylant, collection Droit international, 2001, p. 221
- « Les responsabilités dans le cyberspace », dans B. de PADIRAC (dir.), *Les dimensions Internationales du droit du cyberspace*, Coll. « Droit du cyberspace », Paris, éd. UNESCO/Economica, 2000, p. 236
- « La responsabilité des acteurs du commerce électronique » dans V. GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*, Les Éditions Thémis, 2002, p. 607
- « Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace ? » (Automne 2000) 32-2 *Sociologie et sociétés*, Les Presses de l'Université de Montréal, 190
- VACCA, R.G., « Viewing Virtual Property Ownership through the Lens of Innovation », (2008) 76 *Tennessee Law Review* 33

XIFARAS, M., « L'individualisme possessif, spéculatif (et néanmoins romain) de Hegel, quelques remarques sur la théorie hégélienne de la propriété », dans J.-F. Kervégan (dir.), *Hegel, penseur du droit*, CNRS Editions, 2004, p. 61, en ligne: <http://www.philodroit.be/IMG/pdf/Xifaras_proprieteHegel.pdf>

« La destination politique de la propriété chez Jean-Jacques Rousseau », (septembre 2003) 3 *Les études philosophiques*, Presses Universitaires de France, 331, en ligne : <http://www.philodroit.be/IMG/pdf/Xifaras_proprieteRousseau.pdf>

« La responsabilité des acteurs du commerce électronique », dans V. GAUTRAIS, (dir.), *Droit du commerce électronique*, Les Éditions Thémis, 2002, p. 611

YEE, N., « Motivations for Play in Online Games », (2007) 9 *Journal of Cyber Psychology and Behavior* 772

YOON, U.-G., « Real Money Trading in MMORPG items from a Legal and Policy Perspective », (2004) 1 *Journal of Korean Judicature* 418, en ligne: <<http://ssrn.com/abstract=1113327>>

ZENATI, F., « L'immatériel et les choses », (1999) 43 *Ar. philo.dr.* 79

ZENATI, F., « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », (1993) *RTD civ.* 305

Documents gouvernementaux

RÉMILLARD, G., *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec : un mouvement de société*, Québec Ministère de la Justice, 1993

Dictionnaire et ouvrage de référence

CORNU, G. (DIR.) ET ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, Quadridge/PUF, 2007

LUELLES, D., *Guide des références pour la rédaction juridique*, 8^e éd., Canada, Les Éditions Thémis, 2014

REID H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2^e éd., Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 2001

Thèse de doctorat et mémoire de maîtrise

- ADIBA, A.B., *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels: propositions pour une rénovation du système des sûretés mobilières en France et au Québec*, Papyrus en ligne, Thèse, Faculté de droit, Université de Montréal, 2012
- ALFOLDI, É.T., *La justification du droit d'auteur dans l'environnement numérique*, Faculté de droit, Université de Montréal, 2006
- CHEW, M-M, *Policy Implications of Massively Multiplayer Online Games for Hong Kong*, Occasional Papers no. 176, Hong Kong, Hong Kong Institute of Asia Pacific Studies, 2006
- DROSS W., *Le mécanisme de l'accession : Eléments pour une théorie de la revendication en valeur*, thèse de doctorat, Nancy, Université Nancy II, 2000
- DUREZ, C., *La règle de jeu et le droit: contribution à l'élaboration d'une théorie juridique du jeu organisé*, École doctorale de droit, Université Jean Moulin Lyon III, 2011
- EMERICH, Y., *La propriété des créances: approche comparative*, Thèse, Faculté de droit, Université de Montréal en cotutelle avec l'Université Jean Moulin Lyon III, 2004
- ERLANK, W., *Property in virtual worlds*, Doctoral dissertation, Stellenbosch, Stellenbosch University, 2012
- GAUTRAIS, V., *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1998
- GOLA, R., *La régulation de l'Internet : noms de domaine et droit des marques*, Montréal, Université de Montréal, 2002
- GUILLEMARD, S., *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Faculté de droit, Université Laval et Université Paris II, 2003
- HUBERT, C., *Risques juridiques générés par le "système monétaire" de Second Life*, Mémoire de maîtrise, Paris, Université Paris 1-Panthéon Sorbonne, 2008
- JEANDOT, G., *La publicité à l'ère numérique*, Memoire online, Master II Publicité et Marketing, IICP, 2007
- MOURON, P., *Internet et identité virtuelle*, Travail de fin d'étude, Institut de recherche et d'études en droit de l'information et de la communication, Université Paul Cézanne, Aix-Marseilles III, 2008, en ligne : <<http://junon.u-3mrs.fr/>>

NSIANGANI, H., *La propriété dans l'univers virtuel*, Mémoire de Master 2, Saint-Quentin-en-Yvelines, Faculté de droit, Université Versailles, 2008

PARISEL, J., *La question de la propriété dans les univers virtuels: état des lieux*, Travail de fin d'étude, 2^{ième} Master, Faculté de droit, ULB, Working Papers du Centre Perelman de philosophie du droit, 2009, en ligne: <<http://www.philodroit.be>>

PODEVIN, L., *La protection du nom de domaine en droit international privé*, Essai étudiant dans le cadre du cours de Droit international privé avancé de G. Goldstein, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2007

TALPIS, J., *The law governing the domain of the "statut réel" in contracts for the transfer inter vivos of moveables ut singuli in Quebec private international law*, Thèse de doctorat en droit, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1970

SITES INTERNET

- BLOOM, D., « Computer Hacker Stole Virtual Property from Online Fantasy Gamers to Pay off Real Gambling Debts », *Mail Online*, en ligne:
<<http://www.dailymail.co.uk/news/article-2519425/Computer-hacker-stole-virtual-property-online-fantasy-gamers-pay-REAL-gambling-debts.html>> (site consulté le 18 septembre 2014)
- CARRIERE, L., « Le droit moral au Canada », présentation lors du colloque *Insight* à Montréal le 24 oct. 1989, en ligne: <<http://www.robic.ca/admin/pdf/24/031-LC.pdf>> (site consulté le 15 août 2015).
- « Recours civils en matière de violation de droit d'auteur au Canada », en ligne:
<<http://www.robic.ca/admin/pdf/550/183-LC.pdf>> (site consulté le 03 août 2015)
- CATHELINAIS, C., « Facebook adopte la solution d'achat de biens virtuels de PayPal », (2010), en ligne: <<http://www.01net.com/>> (site consulté le 02 septembre 2015)
- CAVALLI, E., « Chinese Gamer Wins Suit Over In-Game Item Loss », (2007) *WIRED*, en ligne : <<http://blog.wired.com/games/2007/12/chinese-gamer-s.html>> (site consulté le 11 juin 2013)
- « Police Refuse To Aid in Virtual Theft Cause », (2008) *WIRED*, en ligne : <<http://www.wired.com/gamelifelife/2008/02/police-refuse-t/>> (site consulté le 24 juin 2013)
- CHERON, A., « Un joueur de MMOG peut-il être créateur protégé juridiquement? », (2006), en ligne: <<http://www.acbm-avocats.com/Un-joueur-de-MMOG-peut-il-etre>> (site consulté le 27 février 2013)
- DAVIS, S.B., « *Why Cheating Matters: Cheating, Game Security, and the Future of Global Online Gaming Business* », en ligne:
<<http://www.docstoc.com/docs/130585991/Game-Developers-Conference-Proposal>> (site consulté le 4 juin 2012)
- GAUDEMET, J., « PROCULIENS », *Encyclopædia Universalis*, en ligne:
<<http://www.universalis.fr/encyclopedie/proculiens/>> (site consulté le 4 avril 2013)
- HOLLAND, L.H.M., « Making Real Money in Virtual World », (8/07/2006) *Forbes Magazine*, en ligne:
<http://www.forbes.com/2006/08/07/virtual-world-jobs_cx_de_0807virtualjobs.html> (site consulté le 18 août 2015)
- Second Life Marketplace*, en ligne : <<https://marketplace.secondlife.com/products/>> (site consulté le 18 août 2015).

- LAZZERI, C., « Locke et le fondement du droit de propriété », en ligne: <www.ajef.net/img/upl/File/Lundi%20eco%20Locke.doc> (site consulté le 02 sept. 2015)
- KOSTER, R., « Declaration of the Rights of Players », (2000), en ligne: <<http://www.raphkoster.com/gaming/playerrights.shtml>> (site consulté le 02 sept. 2015)
- NELLEN, A., « Real taxes in the virtual economy. When does virtual currency have real-world tax consequences? » (August 15, 2013), en ligne: <http://www.cpa2biz.com/Content/media/PRODUCER_CONTENT/Newsletters/Articles_2013/Tax/VirtualEconomy.jsp> (site consulté le 02 septembre 2015)
- NICHOLSON, C-V., « Virtual estates lead to Real-world headaches », (1/11/2009), *The New York Times*, en ligne: <<http://www.nytimes.com/2009/11/02/technology/internet/02assets.html?pagewanted=all&r=0>> (site consulté le 18 août 2015)
- PATHIS, D., « Blizzard Now Selling Gold for Cash... In Pet Form », (2011) *Druid Digest*, en ligne: <<http://www.druiddigest.com/2011/10/blizzard-now-selling-gold-for-cash-in.html>> (site consulté le 23 décembre 2012)
- PFEFFER, A., « La Notion d'avatar: Avatars, MMORPG et Notion de personnalité virtuelle », (2005) *Jeux Online*, en ligne : <http://www.jeuxonline.info/article/mmog_avatar106> (site consulté le 23 décembre 2012)
- SCHOUTERDEN, S., « PayPal, Bitcoin and over-enthusiastic community people », en ligne: <<http://www.cryptoarticles.com/crypto-news/paypal-bitcoin-and-over-enthusiastic-community-people>> (site consulté le 1^{er} décembre 2014)
- SHRAUGER, S., communiqué de Presse du vice-président de la stratégie produit *PayPal*, en ligne: <<https://www.thepaypalblog.com/2011/02/paypal-the-best-way-to-buy-and-sell-digital-goods/>> (site consulté le 22 janvier 2013)
- SLATTERY, B., « Woman Jailed for Murdering Avatar » (2008) *The Washington Post*, en ligne: <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/10/24/AR2008102401707.html>> (site consulté le 19 mai 2013)
- Jamie S. SWITZER et Ralph V. SWITZER, «Taxation of Virtual World Economies: An Empirical Review», (2012) *Selected Papers of Internet Research*, en ligne: <<http://spir.aoir.org/index.php/spir/article/view/34/36>> (site consulté le 17 mai 2013)
- TECHNAVIO ANALYST, «Global Virtual Goods Market 2012-2016», (2013), en ligne: <<http://www.researchandmarkets.com>> (site consulté le 24 août 2014)

UNION DES CONSOMMATEURS, « Contrat de Licence d'utilisateur final: acceptez-vous toutes les conditions? », (juin 2010), *Rapport final du projet de recherche présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada*, p. 58 (PDF), en ligne: <<http://uniondesconsommateurs.ca/docu/rapports2009-2010/03-R10-CLUF-f.pdf>> (site consulté le 02 septembre 2015)

United States Securities and Exchange Commission, Washington, D.C. 20549, amendment n° 2 to registration statement on form s-1, Facebook Inc., en ligne: <<http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1326801/000119312512101422/d287954ds1a.htm>> (site consulté le 02 septembre 2015)

WU, S., «Virtual Goods: The Next Big Business Model », Virtual goods summit, Stanford University, (20-06-2007), en ligne : <<http://www.techcrunch.com/2007/06/20/virtual-goods-the-next-big-business-model/>> (site consulté le 02 septembre 2015)

WU, S. « Evans v. Linden Class Certified », (13 janvier 2013), en ligne: <<http://www.3dinternetlaw.com/Blog/files/2bbc2f6e4f09160d1879587b7692d321-78.html>> (site consulté le 02 septembre 2015)

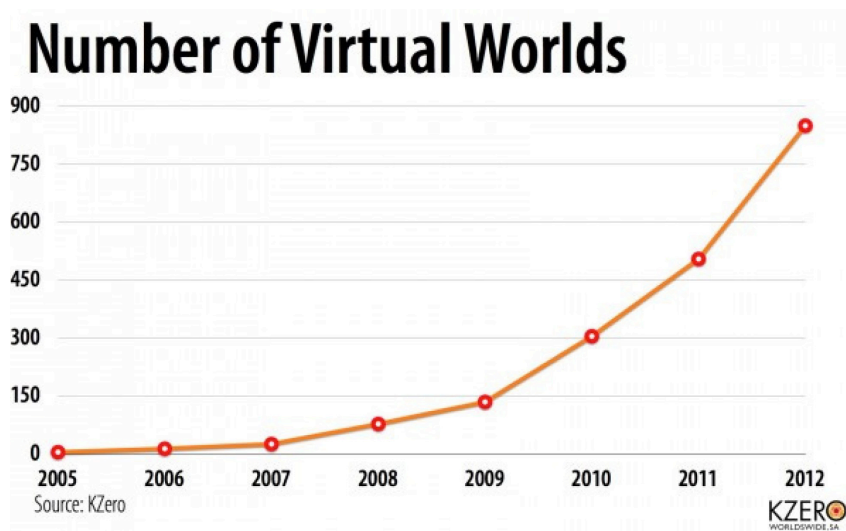
XUAN, S., « Virtual Property in Greater China », (2008), *MMLC Group*, en ligne : <<http://www.hg.org/article.asp?id=5538>> (site consulté le 18 décembre 2012)

ANNEXES

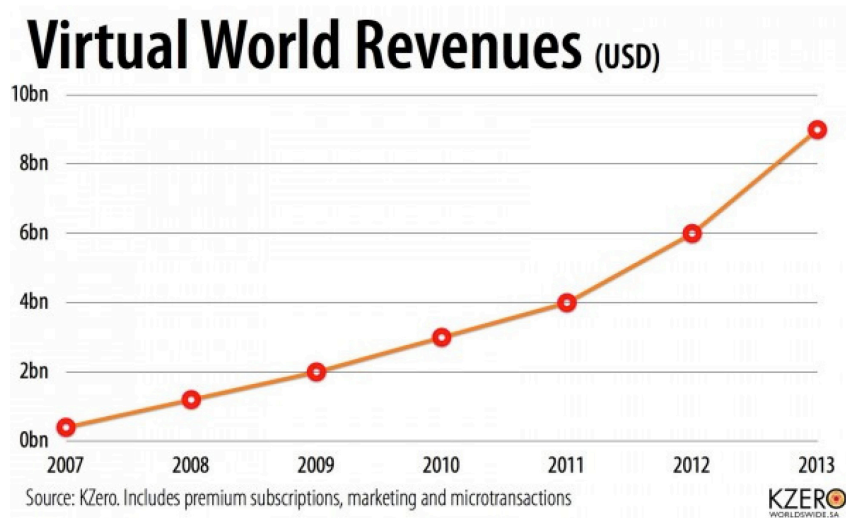
Annexe 1 : Graphiques sur la croissance des mondes virtuels

Source en ligne: <http://www.kzero.co.uk/blog/growth-forecasts-for-the-virtual-worlds-sector/>

1. Croissance du nombre des mondes virtuels de 2005 à 2012



2. Croissance des revenus générés par les mondes virtuels de 2007 à 2013



Annexe 2 : Exemples des Termes et conditions des mondes virtuels

Annexe 2.1-Second Life : Terms of services of Linden Lab

Source online: <http://www.lindenlab.com/tos> (last visit 2015-06-01)
(Last revised version July 16, 2014)

This agreement (the "Agreement" or the "Terms of Service") describes the terms on which Linden Research, Inc. ("Linden Lab") offer you access to its interactive entertainment products and services. The "Service" means all features, applications, content and downloads offered by Linden Lab, including its Websites, Servers, Linden Software, Linden Content, and User Content (as those terms are defined below). This offer is conditioned on your agreement to all of the terms and conditions contained in the Terms of Service, including the policies and terms linked to or otherwise referenced in this Agreement, all of which are hereby incorporated into this Agreement.

By using the Service, you agree to and accept these Terms of Service, including all policies and terms linked to or otherwise referenced herein. If you do not so agree, you should decline this Agreement, in which case you are prohibited from accessing or using the Service.

TABLE OF CONTENTS

This Agreement includes both the terms above and the following sections, which you may jump to directly by selecting the appropriate link below. The headings and subheadings are for your convenience only -- you are responsible for reviewing all sections, defined terms and related links in their entirety to ensure you fully understand this Agreement.

Online Service

Content License and Intellectual Property Rights

Eligibility to Use the Service

Account Registration and Billing

Termination of Your Account

User Conduct

Infringement Notifications

Privacy and Your Personal Information

Releases, Disclaimers, Liability Limits and Indemnification

Dispute Resolution and Arbitration

General Provisions

Related Policies

1. ONLINE SERVICE

1.1 Defined Terms

"Account" means the entirety of your contractual rights and obligations under this Agreement associated with a particular Account Name (defined below) you have selected for accessing the Service.

"Content" means any works of authorship, creative works, graphics, images, textures, photos, logos, video, audio, text, and interactive features.

"Intellectual Property Rights" means copyrights, trademarks, service marks, trade dress, publicity rights, database rights, patent rights and other intellectual property rights or proprietary rights recognized by law.

"Inworld" means within a three-dimensional virtual world environment (such as within Second Life).

"Linden Content" is the Content provided to you in connection with the Service, including, but not limited to Content we created or licensed from third parties subject to the license set forth herein.

"Linden Software" is the software provided to you by Linden Lab and/or its suppliers under license in connection with the Service, including but not limited to the software for accessing the Service and any other communication software, whether facilitating text-based, chat-based, voice, audio or other communication, within or outside of the Service, and any application program interfaces (the "APIs") for use with the Service.

"Servers" are the online environments that support the Service, including without limitation: the server computation, electronic data storage, software access, messaging and protocols that simulate the Service.

"User Content" means any Content that a user of the Service has uploaded, published, or submitted to or through the Servers, Websites or other areas of the Service.

"Websites" are the websites and services available from the domain and subdomains of Linden Lab and any related entity or successor domains from which Linden Lab may offer the Service.

1.2 The Service exists only as long as and in the form that we may provide the Service, and all aspects of the Service, including your User Content, are subject to change or elimination. Linden Lab has the right to change, limit access to, and/or eliminate any aspect(s), feature(s) or functionality of the Service (including your User Content) as it sees fit at any time without notice, and Linden Lab makes no commitment, express or implied, to maintain or continue, or to permit open access to, any aspect of the Service. You acknowledge that your use of the Service is subject to this risk and that you knowingly assume it and make your decisions to participate in the Service, contribute Content and spend your money accordingly.

Linden Lab may, but will not have the obligation to display, maintain, or otherwise make use of, any of your User Content, and Linden Lab may, in its sole discretion, modify, delete, or otherwise make use of User Content without notice or any liability to you or any third party. Linden Lab reserves the right to treat User Content on the Service as content stored at the direction of users for which Linden Lab will not exercise control except to block or remove content that comes to Linden Lab's attention and is offensive, obscene, abusive, illegal or otherwise objectionable to Linden Lab, or to enforce the rights of third parties or the content

restrictions set forth below (in Section 7), when notice of their violation comes to Linden Lab's attention. Such User Content submitted by you or others need not, however, be maintained on the Service by us for any period of time and you will not have the right, once submitted, to access, archive, maintain, or otherwise use such User Content on the Service.

1.3 Your User Content is not confidential; You represent that your Content is original to you (and/or your minor child).

Linden Lab may now or in the future offer users of the Service the opportunity to display, publish, distribute, transmit, broadcast, or otherwise make available on or submit through the Service (collectively, "submit") User Content. We may do this through forums, blogs, message boards, social networking environments, social communities, e-mail and other functionality. Subject to the rights and license you grant in this Agreement, you retain whatever legally cognizable right, title and interest that you have in your User Content.

Each time you submit any User Content, you represent and warrant that you are at least the age of majority in the state in which you reside and are the parent or legal guardian, or have all proper consents from the parent or legal guardian, of any minor who is depicted in or contributed to any User Content you submit, and that, as to that User Content, (a) you are the sole author and owner of the intellectual property and other rights to the User Content, or you have a lawful right to submit the User Content and grant Linden Lab the rights to it that you are granting by this Agreement and any Additional Terms (as defined in Section 2.2 below), all without any Linden Lab obligation to obtain consent of any third party and without creating any obligation or liability of Linden Lab; (b) the User Content is accurate; (c) the User Content does not and, as to Linden Lab's permitted uses and exploitation set forth in this Agreement, will not infringe any intellectual property or other right of any third party; and (d) the User Content will not violate this Agreement or any Additional Terms, or cause injury or harm to any person.

Please remember that the Service is a public forum and User Content that you submit will be accessible to and viewable by other users. Except as may be required to register and/or maintain your Account, do not submit personally identifiable information (e.g. first and last name together, password, phone number, address, credit or debit card number, medical information, e-mail address, or other contact information) on the Service.

Except as otherwise described in our Privacy Policy or any Additional Terms we provide to you, you agree that (i) your User Content will be treated as non-confidential and non-proprietary and will not be returned, and (ii) Linden Lab does not assume any obligation of any kind to you or any third party with respect to your User Content. Upon Linden Lab's request, you will furnish us with any documentation necessary to substantiate these rights and verify your compliance with this Agreement or any Additional Terms.

1.4 Linden Lab is a service provider and is not responsible or liable for the Content, conduct, or services of users or third parties.

You understand that Linden Lab is a service provider that enables its users to interact online and display and communicate information and Content chosen by those users. Linden Lab does

not control or endorse the Content of communications between users or users' interactions with each other or the Service.

You acknowledge that you will be exposed to various aspects of the Service involving the conduct, Content, and services of users, and that Linden Lab does not control and is not responsible or liable for the quality, safety, legality, truthfulness or accuracy of any such user conduct, User Content or user services. You acknowledge that Linden Lab does not guarantee the accuracy of information submitted by any user of the Service, nor any identity information about any user. Your interactions with other users and your use of User Content are entirely at your own risk. Linden Lab has no obligation to become involved in any dispute that you may have or claim to have with one or more users of the Service, or in any manner in any resolution thereof.

The Service may contain links to or otherwise allow connections to third-party websites, servers, and online services or environments that are not owned or controlled by Linden Lab. You agree that Linden Lab is not responsible or liable for the Content, policies or practices of any third-party websites, servers or online services or environments. Please consult any applicable terms of use and privacy policies provided by the third party for such websites, servers or online services or environments.

1.5 The Service is subject to scheduled and unscheduled service interruptions and loss of server data, which you do not own and for which you will not hold us liable.

Linden Lab may on occasion need to interrupt the Service with or without prior notice. You agree that Linden Lab will not be liable for any interruption of the Service (whether intentional or not), and you understand that except as may otherwise be specifically provided in Linden Lab's billing policies, posted on applicable areas of the Service and/or Website(s), you will not be entitled to any refunds of fees or other compensation for interruption of service.

Likewise, you agree that in the event of data loss, we will not be liable for any purported damage or harm arising therefrom. Linden Lab owns the bits and bytes of electronic data stored on its Servers, and accordingly will not be liable for any deletion, corruption or data loss that occurs in connection with the Service. Linden Lab will solely determine any disposition of the electronic data stored on its Servers and will have no obligation to reproduce, process, transfer, extract or recreate any data from its Servers.

2. CONTENT LICENSES AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

2.1 Linden Lab owns Intellectual Property Rights in the Service and the Linden Marks.

Linden Lab owns Intellectual Property Rights in and to the Service, including but not limited to the Linden Content, Linden Software, the Servers, and the Websites related thereto, and in and to our trademarks, service marks, trade names, logos, domain names, taglines and trade dress (collectively, the "Linden Marks"). You acknowledge and agree that Linden Lab and its' licensors own all right, title, and interest in and to the Service, including all Intellectual Property Rights therein, other than with respect to User Content.

You understand and agree that without a written license agreement with Linden Lab, we do not authorize you to make any use of the Linden Marks, including but not limited to "LINDEN," or

“LINDEN LAB”. Use of the Linden Marks in whole or in part, including without limitation "Second Life," "SL," "Linden," and the Eye-in-Hand logo, is subject to the guidelines and terms of any applicable license provided in our [Trademark Guidelines](#) and [Second Life Brand Center](#).

Except as expressly granted in this Agreement, all rights, title and interest in and to the Service, and in and to the Linden Marks are reserved by Linden Lab. Copyright, trademark and other laws of the United States and foreign countries protect the Service and the Linden Marks.

2.2 Linden Lab grants you certain licenses to access and use the Service while you are in compliance with the Terms of Service; Additional terms may apply.

Linden Lab hereby grants you a non-exclusive, non-transferable, non-sublicenseable, limited, personal, revocable license to access and use the Service on a personal computer, mobile phone or other wireless or internet-enabled device (each an “Internet Device”) as set forth in these Terms of Service and expressly conditioned upon you and each of your Accounts remaining active, in good standing, and in compliance with these Terms of Service. Additional terms may apply to certain elements of the Service (“Additional Terms”); these terms are available where such separate elements are made available on the Websites. If there is any contradiction between any Additional Terms and these Terms of Service, then the Additional Terms shall take precedence only in relation to that particular element of the Service. For examples of such Additional Terms, please see Section 12 below.

Linden Lab provides access to Linden Inworld Content and hereby grants you a non-exclusive, non-transferable, non-sublicensable, limited, revocable license to use, reproduce, distribute, prepare derivative works of, display, and perform the Linden Inworld Content solely Inworld as permitted through the normal functionality of the Service and under these Terms of Service, except that photographs, images, films, and videos of Linden Inworld Content may be used in other areas of and outside the Service as provided in our [Snapshot and Machinima Policy](#). To be clear, and without limiting the foregoing, you may not use, reproduce, distribute, prepare derivative works of, display or perform any Linden Inworld Content, whether modified by you or not, outside the virtual world environment of the Service except as provided in the [Snapshot and Machinima Policy](#) or as expressly agreed upon in a written agreement with Linden Lab. The foregoing license is referred to as a "Linden Inworld Content License." You acknowledge that when you receive a Linden Inworld Content License you do not acquire ownership of any copies of the Content, or transfer of any copyright or other intellectual property rights in the Content.

Use of the Linden Software is subject to these Terms of Service and the terms of any applicable End User License Agreement (“EULA”) provided with such software. If no EULA is provided with certain Linden Software, such software is subject to the license terms set forth in this Section. Linden Lab hereby grants you a nonexclusive, non-transferable, non-sublicensable, limited, personal and revocable license to install and use the object code of the Linden Software on any Internet Device that you own or control. You may not charge any third party for using the Linden Software, and you may not modify, adapt, reverse engineer (except as otherwise permitted by applicable law notwithstanding such limitation), decompile or attempt to discover the source code of the Linden Software, or create any derivative works of the Linden Software, or otherwise use the Linden Software except as expressly provided in this Agreement.

With respect to the source code for certain Linden Software that has been released by Linden Lab under an open source license (such as the Second Life Viewer), such software code must be used in accordance with the applicable open source license terms and conditions.

2.3 You grant Linden Lab certain licenses to your User Content.

You retain any and all Intellectual Property Rights you already hold under applicable law in Content you upload, publish, and submit to or through the Servers, Websites, and other areas of the Service, subject to the rights, licenses, and other terms of this Agreement, including any underlying rights of other users or Linden Lab in Content that you may use or modify.

In connection with Content you upload, publish, or submit to any part of the Service, you affirm, represent, and warrant that you own or have all necessary Intellectual Property Rights, licenses, consents, and permissions to use and authorize Linden Lab and users of Second Life to use the Content in the manner contemplated by the Service and these Terms of Service.

Because the law may or may not recognize certain Intellectual Property Rights in any particular Content, you should consult a lawyer if you want legal advice regarding your legal rights in a specific situation. You acknowledge and agree that you are responsible for knowing, protecting, and enforcing any Intellectual Property Rights you hold, and that Linden Lab cannot do so on your behalf.

Except as prohibited by law, you hereby waive, and you agree to waive, any moral rights (including attribution and integrity) that you may have in any User Content, even if it is altered or changed in a manner not agreeable to you. To the extent not waivable, you irrevocably agree not to exercise such rights (if any) in a manner that interferes with any exercise of the granted rights. You understand that you will not receive any fees, sums, consideration or remuneration for any of the rights granted in this Section.

Except as otherwise described in any Additional Terms (such as a contest's official rules) which will govern the submission of your User Content, you hereby grant to Linden Lab, and you agree to grant to Linden Lab, the non-exclusive, unrestricted, unconditional, unlimited, worldwide, irrevocable, perpetual, and cost-free right and license to use, copy, record, distribute, reproduce, disclose, modify, display, publicly perform, transmit, publish, broadcast, translate, make derivative works of, and sell, re-sell or sublicense (through multiple levels)(with respect to Second Life, Inworld or otherwise on the Service as permitted by you through your interactions with the Service), and otherwise exploit in any manner whatsoever, all or any portion of your User Content (and derivative works thereof), for any purpose whatsoever in all formats, on or through any media, software, formula, or medium now known or hereafter developed, and with any technology or devices now known or hereafter developed, and to advertise, market, and promote the same. You agree that the license includes the right to copy, analyze and use any of your Content as Linden Lab may deem necessary or desirable for purposes of debugging, testing, or providing support or development services in connection with the Service and future improvements to the Service. The license granted in this Section 2.3 is referred to as the "Service Content License."

Linden Lab has no obligation to monitor or enforce your intellectual property rights to your User Content, but you grant us the right to protect and enforce our rights to your User Content, including by bringing and controlling actions in your name and on your behalf (at Linden Lab's cost and expense, to which you hereby consent and irrevocably appoint Linden Lab as your attorney-in-fact, with the power of substitution and delegation, which appointment is coupled with an interest).

2.4 You grant certain Content licenses to other users by submitting your Content to publicly accessible areas of the Service.

You agree that by uploading, publishing, or submitting any Content to any publicly accessible areas of the Service, you hereby grant other users of that aspect of the Service a non-exclusive license to access the User Content through the Service, and to use, reproduce, distribute, prepare derivative works of, display, and perform the Content Inworld or otherwise on the Service solely as permitted by you through your interactions with the Service under these Terms of Service. This license is referred to as the "User Content License," and the Content being licensed is referred to as "User Content." "Publicly accessible" areas of the Service are those areas that are accessible to other users of that aspect of the Service.

With respect to Second Life, the User Content License does not apply to content that is located on an island or region that is not publicly accessible. If you do not wish to grant users of Second Life a User Content License, you agree that it is your obligation to avoid displaying or making available your Content to other users. For example, an island or estate holder may use Virtual Land tools to limit or restrict other users' access to the Virtual Land and thus the Content on the Virtual Land.

Your interactions with the Service may include use of the Second Life permissions system and the copy, modify, and transfer settings for indicating how other users may use, reproduce, distribute, prepare derivative works of, display, or perform your Content Inworld subject to these Terms of Service. Any agreement you make with other users relating to use or access to your Content must be consistent with these Terms of Service, and no such agreement can abrogate, nullify, void or modify these Terms of Service.

You acknowledge that when you receive a User Content License you receive only licensing and use rights: You therefore do not acquire ownership of any copies of the Content, or transfer of any copyright or other Intellectual Property Rights in the Content.

2.5 You also grant Linden Lab and other users of the Service a license to use in snapshots and machinima your Content that is displayed In-World in publicly accessible areas of the Service.

You agree that by uploading, publishing, or submitting any Content to or through the Servers for display Inworld in any publicly accessible area of the Service, you hereby grant other users a non-exclusive, worldwide, royalty-free, sublicenseable and transferable license to photograph, capture an image of, film, and record a video of the Content, and to use, reproduce, distribute, prepare derivative works of, display, and perform the resulting photograph, image, film, or video in any current or future media as provided in and subject to the restrictions and

requirements of our [Snapshot and Machinima Policy](#). The foregoing license is referred to as the "Snapshot and Machinima Content License."

2.6 You may delete copies of your Content from the Service, and the licenses you have granted for the deleted copies will terminate with certain limitations.

Where permitted, you may delete copies or instances of your Content that you have displayed Inworld or that are in your Account inventory through the normal functionality of the Service, including by emptying the trash folder in your Account inventory (such as in Second Life). In such event, the licenses granted by you in this Section 2 shall terminate in the manner provided below, but only for those particular copies or instances of Content that you have deleted from the Service.

You acknowledge that this termination will not apply to any other copies or instances of the same Content that you have not specifically deleted from the Service, including without limitation those that may be displayed elsewhere Inworld and those that may be in the Account inventories of other users to whom you transferred copies.

You acknowledge that the Snapshot and Machinima Content License granted to Linden Lab and other users with respect to your Content will survive any such termination.

You also acknowledge that the Service Content License granted to Linden Lab with respect to your Content will survive any such termination solely as follows to permit Linden Lab: (i) to retain server copies of particular instances of your Content, including copies stored in connection with back-up, debugging, and testing procedures; and (ii) to enable the exercise of the licenses granted in this Section 2 for any other copies or instances of the same Content that you have not specifically deleted from the Service, including those that may be displayed elsewhere Inworld or exist in other users' Account inventories.

2.7 You agree to respect the Intellectual Property Rights of other users, Linden Lab, and third parties.

You agree that you will not publish, or submit to any part of the Service, any Content that is protected by Intellectual Property Rights or otherwise subject to proprietary rights, including trade secret or privacy rights, unless you are the owner of such rights or have permission from the rightful owner to upload, publish, or submit the Content and to grant Linden Lab and users of the Service all of the license rights granted in these Terms of Service.

You acknowledge that the Content of the Service is provided or made available to you under license from Linden Lab and independent Content providers, including other users of the Service ("Content Providers"). You acknowledge and agree that except as expressly provided in this Agreement, the Intellectual Property Rights of Linden Lab and other Content Providers in their respective Content are not licensed to you by your mere use of the Service. You must obtain from the applicable Content Providers any necessary license rights in Content that you desire to use or access.

Linden Lab and other Content Providers may use the normal functionality of the Service, including the permissions system and the copy, modify, and transfer settings, to indicate how

you may use, reproduce, distribute, prepare derivative works of, display, or perform their respective Content solely Inworld. You acknowledge and agree that the permissions system and other functionality of the Service do not grant you any license, consent, or permission to copy, modify, transfer, or use in any manner any Content outside the Service.

Linden Lab's Desura platform may offer modifications, add-ons and other content ("Mods") made by third party providers which can be downloaded and installed via the Service. The installation of Mods can affect other applications and existing games, programs and files on your device. With respect to all Mods, Linden Lab acts purely as an intermediary service provider enabling their installation. Linden Lab does not screen Mods through its Desura platform or through other sources. Linden lab does not assume any responsibility or liability for Mods to which you may elect to subscribe.

You agree that you will not copy, transfer, or distribute outside the Service any Content that contains any Linden Inworld Content, in whole or in part or in modified or unmodified form, except as allowed by the Snapshot and Machinima Policy, or that infringes or violates any Intellectual Property Rights of Linden Lab, other Content Providers, or any third parties.

Any access to or use of Second Life through a software client other than the Linden Software that logs into the Servers (referred to as a "Third-Party Viewer") is subject to these Terms of Service and the terms of the Policy on Third-Party Viewers. The Policy on Third-Party Viewers provides required and prohibited functionality for Third-Party Viewers as well as other terms for those who use, develop, or distribute Third-Party Viewers; however, Linden Lab offers and supports Second Life only as offered by Linden Lab and is not obligated to allow access to or use of Second Life by any software or means not provided by Linden Lab. You understand and agree that Linden Lab is not responsible or liable for any aspect of the Service that is accessed or experienced using software or other means not provided by Linden Lab.

Certain of the fonts in the Meta family of copyrighted typefaces are used in Second Life under license from FSI FontShop International. You acknowledge that you may not copy any Meta font that is included in the Viewer and that you may use any such Meta font solely to the extent necessary to use the Linden Software in Second Life and that you will not use such Meta fonts for any other purpose whatsoever.

Linden Lab reserves the right, but is not obligated to use technological measures designed to prohibit the copying, transfer, or distribution of Content outside the Service when we in good faith believe that such copying, transfer, or distribution would or might violate the Intellectual Property Rights of our users, Linden Lab, or third parties.

You copy and use Content at your own risk. You are solely responsible and liable for your use, reproduction, distribution, modification, display, or performance of any Content in violation of any Intellectual Property Rights. You agree that Linden Lab will have no liability for, and you agree to defend, indemnify, and hold Linden Lab harmless for, any claims, losses or damages arising out of or in connection with your use, reproduction, distribution, modification, display, or performance of any Content.

3. ELIGIBILITY TO USE THE SERVICE

3.1 Age Requirements for the Service.

By accepting this Agreement, you represent that you are at least eighteen (18) years of age and you have the legal authority to enter into this Agreement. If you are at least thirteen (13) years of age and less than eighteen (18) years of age, then your parent or legal guardian must read and accept this Agreement, your use of the Service, participating in the Service, and providing any personal information in connection with the Service on your behalf.

3.2 Age Requirements for Use of Areas of the Service.

Over 19 Users. If you are at least nineteen (19) years of age (and the legal age of majority in your jurisdiction, if greater), then you may access certain areas of Second Life, in accordance with our Skill Gaming Policy.

Over 18 Users. If you are at least eighteen (18) years of age (or the legal age of majority in your jurisdiction, if greater), then you may use any public area of the Service and, with respect to Second Life, in accordance with our Maturity Ratings.

Under 18 Users. If you are less than eighteen (18) years of age (or the legal age of majority in your jurisdiction, if greater), then you may access the General area of the Service in accordance with our Maturity Guidelines.

Under 13 Users. Certain limited aspects of the Service (for instance, Linden Lab's Blocksworld application) may be directed toward children under the age of thirteen (13) (or such age as determined by local law; in the following, the age thirteen (13) is used for ease of reference). When a child under the age of thirteen (13) contacts Linden Lab, for example to participate in a contest or to ask a question, we may collect that child's email address and the e-mail address of the child's parent or guardian. We will use the child's e-mail address only for the purpose for which it was collected, and we will use the e-mail address of the parent(s) or guardian(s) only to provide notification about the child's contact with us, and to provide notification of the types and uses of personal data collected, if and as required by law.

As a parent or guardian of a child under the age of thirteen (13) from whom we have collected personal data, you have the right to review and request deletion of such personal data, and to refuse to permit further collection or use of such personal data. To do so, please contact us at privacy@lindenlab.com. Parents and guardians who wish to review personal data concerning their child(ren) will be required to specify the usernames and passwords of the child(ren) concerned, and to provide their own e-mail address for verification and contact purposes.

We cannot and will not establish conditions that will require or encourage children to disclose personal data over and above what is reasonably necessary to participate in any activity features on our web sites.

Children under thirteen (13) years of age are allowed to participate in contests. However, if such a child wins, notification will be sent to the parent or guardian's e-mail address (provided by the child when he/she enters the contest). Also, we will not ask the child for any personal data beyond e-mail addresses without obtaining prior parental consent. Any personal data obtained from children and parents during contests will be kept until the contest ends and prizes are delivered, and then it will be deleted.

If any online activity offered by us will allow children under the age of thirteen (13) to reveal personal data publicly (for example via un-moderated forums), we will obtain parental consent before allowing the child to participate.

3.3 Second Life Age and/or Location Verification for Moderate, Adult Only and Skill Gaming.

In order to access Second Life regions or listings designated as “Moderate” or “Adult Only” Content (which Content may be explicitly sexual, intensely violent or otherwise designated as Adult under our Maturity Ratings (“Adult Only Content”), you affirm that you are at least eighteen (18) years of age, or the age of legal majority where you reside if that jurisdiction has an older age of majority. You further agree that as a condition to accessing Moderate and/or Adult Only Second Life, you will submit to account verification as required by Linden, and provide only true and accurate identification documentation to Linden or its third party service providers to verify your age. You further acknowledge that you will comply with our Maturity Ratings, and conduct any activities we have defined as Moderate and/or Adult only within regions designated as Moderate and/or Adult.

In order to access Second Life regions listed as a “Skill Gaming Region” (which may include Content such as games of skill that permit payment in Linden Dollars to participate and provide a payout in Linden Dollars (“Skill Gaming,” as further described in the Skill Gaming Policy)), you affirm that you (i) are at least nineteen (19) years of age, or the age of legal majority where you reside if that jurisdiction has an older age of majority; and (ii) reside in, and are accessing a Skill Gaming Region from a jurisdiction in which participation in Skill Gaming is legally authorized. You further agree that as a condition to accessing a Skill Gaming Region, you will submit to account verification as required by Linden and provide only true and accurate identification documentation to Linden or its third party service providers to verify age and location. You further acknowledge that you will comply with our Skill Gaming Policy, and conduct any activities we have defined as Skill Gaming only within regions designated as a Skill Gaming Region.

Gaming that qualifies as gambling that is prohibited or requires a governmental license or other approval under any applicable United States or international law is always prohibited under these Terms of Service.

3.4 Requirements for Corporate Users and Sponsoring Organizations.

If you are using the Service on behalf of a company, organization or other legal entity (collectively, “User Organization”), you represent and warrant that you are an employee of that User Organization or other person authorized to do so. If you are an organization which sponsors affiliated accounts, you represent that (i) you will keep all content in the area General, as defined in our Maturity Ratings, (ii) you are solely responsible for all content and activities that take place within your estate on the Service, and (iii) you will comply with such guidelines as Second Life may issue from time to time with respect to any affiliated account program.

3.5 Other Eligibility Requirements for Use of the Service.

You may not use the Service (i) if you have been terminated from the Service by Linden Lab (including, for avoidance of doubt, if any Account of yours has been terminated); or (ii) at any time if you are a person barred from receiving the Service under applicable law.

4. ACCOUNT REGISTRATION AND BILLING

4.1 You must establish an account to use certain aspects of the Service, using true and accurate registration information.

Except for certain Linden Software or portions of the Websites which Linden Lab allows users to access without registration, you must establish an Account with Linden Lab to use the Service. You agree to provide accurate, current and complete information about yourself as prompted by the registration form ("Registration Data") and to use the account management tools provided to keep your Registration Data accurate, current and complete.

You may establish an Account with Registration Data provided to Linden Lab by a third party who provides a gateway to our Service through the use of an API, in which case you may have a separate, additional account relationship with such third party. This relationship in no way modifies, lessens or alters your obligations under this Terms of Service. Access to the Service through third parties may be available or discontinued at the discretion of Linden Lab. You acknowledge that Linden Lab is not liable for the acts or omissions of such third parties, which are not the partner or representative of Linden Lab or endorsed or controlled by Linden Lab.

Depending upon your age, registration may require parental consent. The Service's practices governing any resulting collection and use of your personal information are disclosed in our [Privacy Policy](#). Your decision to provide this information is purely voluntary and optional; however, if you elect not to provide it, then you may not be able to access certain Content or participate in certain features of the Service.

You may not sell, transfer or assign your Account or its contractual rights, licenses and obligations, to any third party without the prior written consent of Linden Lab.

4.2 You agree to use an Account Name for the Service that is not misleading, offensive or infringing. You are responsible for activities related to your Account Name, and for keeping your password for your Account(s) secure.

You must choose an account name to identify yourself to Linden Lab staff in connection with your Account (your "Account Name") which may also serve as the name for your graphical representation within the Service under this Account (your "Avatar"). You may not select as your Account Name any name that Linden Lab determines may cause deception or confusion; may violate any trademark right, copyright, or other proprietary right or mislead other users regarding your identity or affiliation; or any name that Linden Lab determines in its sole discretion to be vulgar, offensive, or otherwise inappropriate. Linden Lab reserves the right to delete or change any Account Name that violates this paragraph, and will have no liability regarding the use, modification, or deletion of any Account Name.

You are solely responsible for all activities conducted through your Account whether or not you authorize the activity (except to the extent that activities occur because someone gains access to our system without using your identifiers and password). In the event that fraud, illegality or other conduct that violates this Agreement is discovered or reported (whether by you or someone else) that is connected with your Account, we may terminate your Account (or Accounts) as described in Section 5.

You are solely responsible for maintaining the confidentiality of your password and for restricting access to your Internet Device. You are solely responsible for any harm resulting from your disclosure, or authorization of the disclosure, of your password or from any person's use of your password to gain access to your Account or Account Name. You will immediately notify us of any unauthorized use of your Account, password or username, or any other breach of security related to the Service. At no time should you respond to an online request for a password other than in connection with the log-on process to the Service. Your disclosure of your password to any other person is at your own risk.

We will not be liable for any loss or damage (of any kind and under any legal theory) to you or any third party arising from your inability or failure for any reason to comply with any of the foregoing obligations.

4.3 If you choose to use paid aspects of the Service, you agree to the posted pricing and billing policies on the Websites or through the Service.

Certain aspects of the Service (including subscription to a premium Account or usage of virtual environments known as “Virtual Land” in Second Life) are provided for a fee or other charge. Should you elect to use paid aspects of the Service, you agree to the pricing, payment and billing policies posted on the Website(s) and/or application(s) related to such fees and charges, plus VAT or other taxes as applicable. Upon your acceptance of these terms and submission of your order, you hereby agree that we have the right to automatically charge your credit card or debit your account (or other payment method) for the applicable fees or charges, plus any applicable taxes that we are required to collect, and you authorize us to do so. Thereafter, if you have purchased or redeemed a subscription-based product or service, each time your subscription comes up for renewal, we have the right to charge your credit card or debit your account the then-current renewal rate plus any applicable taxes we are required to collect, and you authorize us to do so. Any prices posted in US Dollar or non-US Dollar currencies by Linden Lab on the Service do not include any applicable sales tax, unless specifically noted that it is tax inclusive.

Linden Lab reserves the right, upon reasonable notice, to: (i) charge for access to some or all of the Service, charge for access to premium functionality or Content on some or all of the Website, or require a free subscription or account registration to access some or all of the Service (“Usage Subscriptions”); (ii) change terms and conditions for the Service or portions thereof; and (iii) restrict access to the Service or portions thereof, in whole or in part, based on any lawful eligibility requirements Linden Lab may elect to impose (e.g. geographic or demographic limitations). You are responsible for obtaining and maintaining, at your sole cost, all Internet Devices and other equipment and software, and services necessary for you to access and use the Service.

You acknowledge that it is your responsibility to ensure payment in advance for all paid aspects of the Service, and to ensure that your credit or debit cards or other payment instruments accepted by Linden Lab continue to be valid and sufficient for such purposes. Without limiting any other rights or remedies of Linden Lab, Linden Lab may exercise its termination rights as provided in Section 5 in the event of any payment delinquency.

Linden Lab may offer you the opportunity to purchase or use virtual credits, points, tokens, services, or items (“Virtual Goods and Services”). Linden Lab may modify, revalue, or make the Virtual Goods and Services more or less common, valuable, effective, or functional. Virtual credits, points, or tokens (“Virtual Tender”) in your Account that was purchased with real money may be redeemed before Virtual Tender in your Account that was not purchased (i.e. it was earned through experiential play), no matter when that Virtual Tender was acquired. Except as set forth in any Additional Terms (such as any refund policies that may apply to a subscription service) or above with respect to Usage Subscriptions, if Linden Lab modifies, suspends or terminates any Usage Subscription or Virtual Goods and Services, then you will forfeit the modified, suspended, or terminated Usage Subscription or Virtual Goods and Services. Likewise, except as set forth above, in any Additional Terms, or as required by applicable law, Linden Lab is not responsible for repairing or replacing your Linden Dollars, Usage Subscription, Virtual Land, Virtual Tender, or Virtual Goods and Services, or providing you with any credit or refund or any other sum, in the event of: (a) Linden Lab’s change, suspension or termination of any Linden Dollars, Usage Subscription, Virtual Land, Virtual Tender, or Virtual Goods and Services; or (b) for loss or damage due to Website or Server error, or any other reason.

Linden Lab reserves the right to terminate Usage Subscriptions and/or Virtual Goods and Services for cause immediately at its sole discretion without advance notice or liability. In such event you will not be entitled to a pro-rata refund or credit.

4.4 Linden Lab does not accept returns or provide refunds of any amounts paid for products or services purchased from Linden Lab.

Except as set forth above or in any Additional Terms, purchases of Linden Content (including but not limited to Usage Subscriptions, Virtual Tender, Linden Dollars, and/or Virtual Goods and Services are final, non-refundable, have no monetary value (i.e. are not a cash account or equivalent) and are purchases of only a limited, non-exclusive, revocable, non-assignable, personal, and non-transferable license to use, even if they come with a durational term (e.g. a monthly subscription). Notwithstanding any agreement by Linden Lab to provide a discretionary pro-rata refund or credit in certain circumstances, you have no property, proprietary, intellectual property, ownership, economic, or monetary interest in your Account, Linden Dollars, User Content, Usage Subscriptions, Virtual Tender or Virtual Goods and Services, which remain the exclusive property of Linden Lab (subject only to the limited license set forth in Section 2 above, this Agreement or any Additional Terms).

4.5 “Linden Dollars” are virtual tokens that we license. Each Linden Dollar is a virtual token representing contractual permission from Linden Lab to access features of the Service. Linden Dollars are available for Purchase or distribution at Linden Lab's discretion, and are not redeemable for monetary value from Linden Lab.

The Service includes a component of virtual tokens (“Linden Dollars” or “L\$”), each of which constitutes a limited license permission to use features of our Service as set forth below. Linden Lab may or may not charge fees to acquire or use Linden Dollars, and these fees may change at any time.

When you acquire a Linden Dollar, Linden Lab hereby grants you a limited license ("Linden Dollar License") to use the Linden Dollar as a virtual token to be held, bartered, traded and/or transferred Inworld with other users (and/or Linden Lab), in exchange for permission to access and use Content, applications, services, and various user-created features, in accordance with these Terms of Service. The Linden Dollar License is transferable by the holder to any other user, provided that both users comply with these Terms of Service, maintain their Accounts in good standing, and are not delinquent on any Account payment requirements. Except as expressly permitted by this Agreement or otherwise expressly permitted by Linden Lab, the Linden Dollar License may not be sublicensed, encumbered, conveyed or made subject to any right of survivorship or other disposition by operation of law or otherwise, and you agree that any attempted disposition in violation of these Terms of Service is null and void. Linden Lab may revoke the Linden Dollar License at any time without notice, refund or compensation in the event that: (i) the Linden Dollar program is suspended or discontinued; (ii) Linden Lab determines that fraud or other illegal conduct is associated with the holder's Account; (iii) Linden Lab imposes an expiration date on usage of Linden Dollars in compliance with applicable laws and regulations; (iv) the holder's Account is terminated for violation of these Terms of Service; or (v) the holder becomes delinquent on any of that user's Account payment requirements, ceases to maintain an active Account or terminates this Agreement.

You acknowledge that Linden Dollars are not real currency or any type of financial instrument and are not redeemable for any sum of money from Linden Lab at any time. You agree that Linden Lab has the right to manage, regulate, control, and/or modify the license rights underlying such Linden Dollars as it sees fit and that Linden Lab will have no liability to you based on its exercise of this right. Linden Lab makes no guarantee as to the nature, quality or value of the features of the Service that will be accessible through the use of Linden Dollars, or the availability or supply of Linden Dollars.

4.6 Certain Linden Lab products (such as Second Life) may offer a Linden Dollar exchange, called the LindeX exchange, for the trading of Linden Dollars, which uses the terms "Buy" and "Sell" to indicate the transfer of Linden Dollar Licenses.

The Service includes a component called the "LindeX exchange" or the "LindeX," which refers to an aspect of the Service through which Linden Lab permits transactions in which users may exchange their Linden Dollars with each other. The Service may include other, similar Linden Dollar exchange methods, including the Second Life Marketplace "Currency Exchange" (to the extent we make that method available), or sites (collectively known as the "LindeX" or "LindeX exchange"). You acknowledge that the LindeX exchange has been created to enable users of our products to enhance their experience using the Service with the ability to transfer license rights to other users of the Service, and that the terminology used is solely for the purpose of enabling this use of the Service.

Regardless of terminology used, you acknowledge that as used in this Agreement and throughout the Service in the context of Linden Dollar transfers: (a) the term "Sell" means "to transfer for consideration to another user their Linden Dollars in accordance with the Terms of Service," (b) the term "Buy" or "Purchase" means "to receive for consideration from another user their Linden Dollars in accordance with the Terms of Service," (c) the terms "Buyer,"

"Seller," "Sale" and "Purchaser" and similar terms have corresponding meanings to their root terms, (d) "Sell Order" and similar terms mean a request from a user to Linden Lab to list Linden Dollars for Sale on the LindeX exchange at a requested Sale price, and (e) "Buy Order" and similar terms mean a request from a user for Linden Lab to match open Sale listings with a requested Purchase price and facilitate completion of the Sale of Linden Dollars.

You acknowledge that Linden Lab may deny any Sell Order or Buy Order individually or with respect to general volume, price or other limitations set by Linden Lab. Linden Lab may halt, suspend, discontinue, or reverse any LindeX exchange transaction (whether proposed, pending or past) in cases of actual or suspected fraud, violations of other laws or regulations, or deliberate disruptions to or interference with the Service.

4.7 Linden Lab may authorize certain third parties to re-sell Linden Dollars

Excluding the LindeX, the only other authorized means to purchase Linden Dollars is through authorized third party resellers. Linden Lab may authorize certain third parties to resell Linden Dollars (each an "Authorized Reseller") to such reseller's customers through its own website(s), Inworld automated teller machine(s) or other Inworld transmittal mechanisms in accordance with its Linden Dollar Authorized Reseller Terms and Conditions. All transactions conducted through an Authorized Reseller are processed by such third party Authorized Reseller. Your purchases from any Authorized Reseller is governed by the terms of service, privacy policies and agreements provided to you by such Authorized Reseller at the time of transaction.

Users are not allowed to sell Linden Dollars to Authorized Resellers and Authorized Resellers are not allowed to purchase Linden Dollars from users. Any purchase of Linden Dollars from anywhere other than the LindeX or from an Authorized Reseller is not permitted and is considered a violation of these Terms of Service which may result in suspension or termination of your Account.

4.8 "Virtual Land" is Inworld space that we license.

The Service related to Second Life includes a component of Inworld virtual space that is stored on our Servers and made available in the form of virtual units ("Virtual Land"). Virtual Land is the graphical representation of three-dimensional virtual world space. Linden Lab may or may not charge fees for the right to acquire, transfer or access Virtual Land, and these fees may change at any time.

When you acquire Virtual Land, Linden Lab hereby grants you a limited license ("Virtual Land License") to access and use features of the Service associated with the virtual unit(s) of space corresponding to the identifiers of the Virtual Land within the Service as designated by Linden Lab, in accordance with these Terms of Service and any other applicable policies, including the Second Life Mainland Policies as they exist from time to time. The Virtual Land License is transferable by the holder to any other user provided that both users and the proposed transfer comply with these Terms of Service, maintain their accounts in good standing, and are not delinquent on any Account payment requirements. Except as expressly permitted by this Agreement, this Virtual Land License may not otherwise be encumbered, conveyed or made subject to any right of survivorship or other disposition and any attempted disposition in

violation of these Terms of Service is null and void. Linden Lab may revoke the Virtual Land License at any time without notice, refund or compensation in the event that: (i) Linden Lab determines that fraud, illegal conduct or any other violations of these Terms of Service or other Second Life policies is associated with the holder's Account or Virtual Land; or (ii) the holder becomes delinquent on any of that user's Account's payment requirements, ceases to maintain an active Account or terminates this Agreement.

You may permit or deny other users to access your Virtual Land on terms determined by you. Any agreement you make with other users relating to use or access to your Virtual Land must be consistent with these Terms of Service, and no such agreement can abrogate, nullify, void or modify these Terms of Service.

You acknowledge that Virtual Land is a limited license right and is not a real property right or actual real estate, and it is not redeemable for any sum of money from Linden Lab. You acknowledge that the use of the words "Buy," "Sell" and similar terms carry the same meaning of referring to the transfer of the Virtual Land License as they do with respect to the Linden Dollar License. You agree that Linden Lab has the right to manage, regulate, control, modify and/or eliminate such Virtual Land as it sees fit and that Linden Lab shall have no liability to you based on its exercise of such right. Linden Lab makes no guarantee as to the nature of the features of the Service that will be accessible through the use of Virtual Land, or the availability or supply of Virtual Land.

5. TERMINATION OF YOUR ACCOUNT

5.1 You may terminate your Account(s) at any time.

You may terminate this Agreement by closing your Account(s) at any time for any reason. In such event, Linden Lab shall have no further obligation or liability to you under this Agreement or otherwise, and you shall be entitled to no compensation or other payment, remedy, recourse or refund.

5.2 We may terminate your Accounts for violation of this Agreement.

Linden Lab may suspend or terminate your Account if you violate this Agreement, along with any or all other Accounts held by you or otherwise related to you, as determined by Linden Lab in its discretion, and your violation of this Agreement shall be deemed to apply to all such Accounts. Upon termination of your Accounts, this Agreement between us will be automatically terminated and you may not re-subscribe or return to the Service through other or future Accounts you or others may set up.

5.3 We may terminate your Account(s) to protect the best interests of the Service and the community or if we believe you pose an unacceptable risk to the community.

We may terminate your Account if we determine in our discretion that such action is necessary or advisable to comply with legal requirements or protect the rights or interests of Linden Lab, the Service community or any third party.

We may terminate your Account(s) if we learn, or in good faith believe, that you are a registered sex offender, that accessing the Service may violate a condition of parole or probation, that you have engaged in or attempted to engage in conduct with minors on the Service that violates this

Agreement, or that you for any other reason may pose what we deem to be an unacceptable risk to the Service community.

5.4 We may terminate your Accounts upon a general suspension or discontinuation of the Service.

If Linden Lab elects to generally suspend or discontinue the Service, in whole or in part, for any reason, Linden Lab may terminate your Accounts. In such event, you will not be entitled to compensation for such suspension or termination, and you acknowledge that Linden Lab will have no liability to you in connection with such suspension or termination.

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.

Upon termination of your Account, you will no longer be able to access your Account or access (or transfer or direct the transfer to any other Account) any Content or data you have stored on the Servers. All licenses granted by Linden Lab to use the Service, including without limitation any Linden Dollar Licenses will automatically terminate. You acknowledge that you have elected to procure Linden Dollar Licenses or any premium account or paid features of the Services notwithstanding the possibility of termination of such license rights under the circumstances set forth in this Agreement.

You should ensure that you have only stored Content on the Servers to which you are willing to permanently lose access. You acknowledge and assume the risk of the possibility of termination of your Account as provided in this Agreement, and you represent that you will make your decisions to participate in the Service, contribute Content, spend your money and dispose of transferable licenses at all times knowingly based upon these risks.

Upon termination, you will remain liable for any unpaid amounts owed by you to Linden Lab.

5.6 Some terms of this Agreement will survive and continue after termination.

The provisions of this Agreement and any Additional Terms which by their nature should survive your suspension or termination will survive, including the rights and licenses you grant to Linden Lab in this Agreement, as well as to the indemnities, releases, disclaimers, and limitations on liability and the provisions regarding jurisdiction, choice of law, no class action and mandatory arbitration.

6. CONDUCT BY USERS OF THE SERVICE

You agree to abide by certain rules of conduct, including any applicable community standards for the portion of the Service you are using) and other rules prohibiting illegal and other practices that Linden Lab deems harmful.

You are solely responsible for your interaction with other users of the Service, whether online or offline. We are not responsible or liable for the conduct or content of any user. We reserve the right, but not the obligation, to monitor or become involved in disputes between you and other users.

Exercise common sense and your best judgment in your interactions with others (e.g. when you submit any personal or other information) and in all of your other online activities.

6.1 You will not post or transmit prohibited Content, including any Content that is illegal, harassing or violates any person's rights.

You agree that you will not:

(i) Post, display, or transmit Content that violates any law or the rights of any third party, including without limitation Intellectual Property Rights. We reserve the right to request at any time proof of permissions in a form acceptable to us. Failure to provide such proof may lead to, among other things, removal of such Content from the Service;

(ii) Impersonate any person or entity without their consent, or otherwise misrepresent your affiliation, or if you are an adult, impersonate a minor for the purpose of interacting with a minor using the Service;

(iii) Stalk, harass, or engage in any sexual, suggestive, lewd, lascivious, or otherwise inappropriate conduct with minors on the Service;

(iv) Post, display, or transmit Content that is harmful, threatening or harassing, defamatory, libelous, false, inaccurate, misleading, or invades another person's privacy;

(v) Post, display, or transmit Content that is obscene, hateful, or racially, ethnically or otherwise objectionable; or

(vi) Post, display or transmit any Content or conduct or host any activity that is sexually explicit, or intensely violent.

Any violation by you of the terms of this Section may result in immediate termination of your Accounts without any refund or other compensation.

6.2 You agree that you will not post or transmit Content or code that may be harmful, impede other users' functionality, invade other users' privacy, or surreptitiously or negatively impact any system or network.

You agree to respect both the integrity of the Service and the privacy of other users. You will not:

(i) Post or transmit viruses, Trojan horses, worms, spyware, time bombs, cancelbots, or other computer programming routines that may harm the Service or interests or rights of other users, or that may harvest or collect any data or information about other users without their consent;

(ii) Post or transmit unsolicited or unauthorized advertising, or promotional materials, that are in the nature of "junk mail," "spam," "chain letters," "pyramid schemes," or any other form of solicitation that Linden Lab considers to be of such nature;

(iii) Engage in malicious or disruptive conduct that impedes or interferes with other users' normal use of or enjoyment of the Service;

(iv) Use any cheats, mods, hacks, or any other unauthorized techniques or unauthorized third-party software to cheat in any competition or game that may be offered on the Service, or to otherwise disrupt or modify the Service or the experience of any users on the Service; or

(v) Attempt to gain unauthorized access to any other user's Account, password or Content.

6.3 Additional rules of conduct apply to users of Second Life:

In addition to the rules set forth in Sections 6.1 and 6.2 above, you agree that you will not:

(i) Use robots or other automated means to increase traffic to any Virtual Land;

(ii) Operate or profit from a "game of chance". For more information please see our [Skill Gaming Policy](#);

(iii) Operate or profit from a virtual "bank" In Second Life. For more information please see our [Banking Policy](#);

(iv) Post, display or transmit any Content that is explicitly sexual, intensely violent or otherwise designated as Adult under our [Maturity ratings](#), except as set forth in those ratings.

(v) Violate our [Second Life Mainland Policies](#), each of which is incorporated into this Agreement;

(vi) Violate our Maturity Guidelines. A region designated General is not allowed to advertise or make available content or activity that is sexually explicit, violent, or depicts nudity;

(vii) If you are an adult, impersonate a minor for the purpose of interacting with a minor using the Service, or stalk, harass, or engage in any sexual, suggestive, lewd, lascivious, or otherwise inappropriate conduct with minors on the Service, or attempt to contact or meet with such minor outside the Service, including without limitation electronically or physically, if you have reason to know or Second Life concludes that you should have known you were interacting with a minor on the Service, or otherwise engage in any conduct that violates our [Teen Safety Guidelines](#);

(viii) Post, display or transmit any material, object or text that encourages, represents, or facilitates sexual "age play," i.e., using child-like avatars in a sexualized manner. This activity is grounds for immediate termination. You may review our full [Age Play Policy](#) here. You understand and agree that we may report any and all such incidents -- and any and all of your corresponding personal information -- to any authorities we deem appropriate, whether or not it in and of itself violates the law of your (or any) jurisdiction; or

(ix) Use "[slgaming]" as a prefix in the root object name field of any Inworld Content, unless otherwise approved by Linden Lab.

7. INFRINGEMENT NOTIFICATIONS

We operate an intellectual property complaint process for complaints that User Content infringes another's Intellectual Property Rights, the details of which are described below and, with respect to Second Life, in our [Intellectual Property Policy](#).

7.1 DMCA Notice.

Linden Lab will respond appropriately to notices of alleged copyright infringement that comply with the U.S. Digital Millennium Copyright Act ("DMCA"), as set forth below. If you own a

copyright in a work (or represent such a copyright owner) and believe that your (or such owner's) copyright in that work has been infringed by an improper posting or distribution of it via the Website, then you may send us a written notice that includes all of the following:

- i. a legend or subject line that says: "DMCA Copyright Infringement Notice";
- ii. a description of the copyrighted work that you claim has been infringed or, if multiple copyrighted works are covered by a single notification, a representative list of such works;
- iii. a description of where the material that you claim is infringing or is the subject of infringing activity is located that is reasonably sufficient to permit us to locate the material (please include the URL of the Website on which the material appears);
- iv. your full name, address, telephone number, and e-mail address;
- v. a statement by you that you have a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the copyright owner, its agent, or the law;
- vi. a statement by you, made under penalty of perjury, that all the information in your notice is accurate, and that you are the copyright owner (or, if you are not the copyright owner, then your statement must indicate that you are authorized to act on the behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed); and,
- vii. your physical signature or, if sent within an email (rather than in a physical document or a digital document attached to an email), your name typed followed by “//s//”, which will serve as your electronic signature.

Linden Lab will only respond to DMCA Notices that it receives by mail, e-mail or facsimile at the addresses below:

By Mail:

Linden Research, Inc.
945 Battery Street
San Francisco, California 94111
Attention: Intellectual Property Team

By E-Mail: ipteam@lindenlab.com

By Facsimile: 415.520.9660

It is often difficult to determine if your copyright has been infringed. Linden Lab may elect to not respond to DMCA Notices that do not substantially comply with all of the foregoing requirements, and Linden Lab may elect to remove allegedly infringing material that comes to its attention via notices that do not substantially comply with the DMCA.

Please note that the DMCA provides that any person who knowingly, materially misrepresents that material or activity is infringing may be subject to liability.

We may send the information that you provide in your notice to the person who provided the allegedly infringing work. That person may elect to send us a DMCA Counter-Notification (as described below).

Without limiting Linden Lab's other rights, Linden Lab may, in appropriate circumstances, terminate a repeat infringer's access to the Service and any other property owned or operated by Linden Lab.

7.2 DMCA Counter-Notification.

If access on the Service to a work that you submitted to Linden Lab is disabled or the work is removed as a result of a DMCA Notice, and if you believe that the disabled access or removal is the result of mistake or misidentification, then you may send us a DMCA Counter-Notification to the addresses above. Your DMCA Counter-Notification should contain the following information:

- i. a subject line that says: "DMCA Counter-Notification";*
- ii. a description of the material that has been removed or to which access has been disabled and the location at which the material appeared before it was removed or access to it was disabled (please include the URL of the Website from which the material was removed or access to it disabled);*
- iii. a statement under penalty of perjury that you have a good faith belief that the material was removed or disabled as a result of mistake or misidentification of the material to be removed or disabled;*
- iv. your full name, address, telephone number, e-mail address, and the username of your Account;*
- v. a statement that you consent to the jurisdiction of the Federal District Court for the judicial district in which your address is located (or, if the address is located outside the United States, to the jurisdiction of the United States District Court for the Northern District of California), and that you will accept service of process from the person who provided DMCA notification to us or an agent of such person; and*
- vi. your physical signature or, if sent within an email (rather than in a physical document or a digital document attached to an email), your name typed followed by “//s//”, which will serve as your electronic signature.*

Please note that the DMCA provides that any person who knowingly, materially misrepresents that material or activity was removed or disabled by mistake or misidentification may be subject to liability.

If we receive a DMCA Counter-Notification, then we may replace the material that we removed (or stop disabling access to it) in not less than ten (10) and not more than fourteen (14) business days following receipt of the DMCA Counter-Notification. However, we will not do this if we first receive notice at the addresses above that the party who sent us the DMCA Copyright Infringement Notice has filed a lawsuit asking a court for an order restraining the person who provided the material from engaging in infringing activity relating to the material on the Service. You should also be aware that we may forward the DMCA Counter-Notification to the party who sent us the DMCA Copyright Infringement Notice.

7.3 Procedure for Alleging Infringement of Other Intellectual Property

If you own intellectual property other than copyrights and believe that your intellectual property has been infringed by an improper posting or distribution of it via the Service, then you may send us a written notice to one of the addresses set forth in Section 7.1 above that includes all of the following:

- a. a legend or subject line that says: “Intellectual Property Infringement Notice”;*
- b. a description of the intellectual property that you claim has been infringed;*
- c. a description of where the material that you claim is infringing or is the subject of infringing activity is located that is reasonably sufficient to permit us to locate the material (please include the URL of the Website on which the material appears);*

- d. your full name, address, telephone number, and e-mail address;
- e. a statement by you that you have a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the owner of the intellectual property, its agent, or the law;
- f. a statement by you, made under penalty of perjury, that all the information in your notice is accurate, and that you are the owner of the intellectual property at issue (or, if you are not the owner, then your statement must indicate that you are authorized to act on the behalf of the owner of the intellectual property that is allegedly infringed); and,
- g. your physical signature or, if sent within an email (rather than in a physical document or a digital document attached to an email), your name typed followed by “//s//”, which will serve as your electronic signature.

We will act on such notices in our sole discretion. Any user of the Service that fails to respond satisfactorily to Linden Lab with regard to any such notice is subject to suspension or termination. We may send the information that you provide in your notice to the person who provided the allegedly infringing material.

7.4 Unsolicited Ideas and Materials Prohibited; No Confidential or Special Relationship with Linden Lab.

Linden Lab employs a staff of designers to develop new ideas and Linden Lab solicits and receives product idea submissions from professional inventors with whom it has business relationships.

Because of this, in your communications with Linden Lab, please keep in mind that Linden Lab does not accept or consider any unsolicited ideas or materials for products or services, or even improvements to products or services, (collectively, “Unsolicited Ideas and Materials”). Therefore, you must not send to Linden Lab (even within any of your User Content that we may request), in any form and by any means, any Unsolicited Ideas and Materials. Any Unsolicited Ideas and Materials you post on or send to us via the Service are deemed User Content and licensed to us as set forth above.

Except as otherwise specifically described in the Service’s Privacy Statement or any Additional Terms, your relationship with Linden Lab is not a confidential, fiduciary, or other type of special relationship and your Unsolicited Ideas and Materials, and anything else submitted by you will be treated as non-confidential and non-proprietary User Content – regardless of whether you mark them “confidential”, “proprietary”, or the like. Linden Lab will not assume any responsibility, obligation, or liability for the receipt or non-receipt of any of the foregoing. Therefore, your decision to submit any Unsolicited Ideas and Materials to Linden Lab does not place Linden Lab in a position that is any different from the position held by members of the general public with regard to your Unsolicited Ideas and Materials. Linden Lab’s receipt of your Unsolicited Ideas and Materials is not an admission by Linden Lab of their novelty, priority, or originality, and it does not impair Linden Lab’s right to contest existing or future intellectual property rights relating to your Unsolicited Ideas and Materials.

8. PRIVACY AND YOUR PERSONAL INFORMATION

Your privacy is important to us. Our Privacy Policy sets forth the conditions under which you provide personal and other information to us. You understand and agree that through your use of the Service you consent to the collection and use of your information in accordance with our

Privacy Policy. We encourage you to review our Privacy Policy, which describes our use and disclosure of information we collect on the Websites and the Service.

If you object to your information being used or disclosed as described therein, please do not use the Service.

9. RELEASES, DISCLAIMERS, LIABILITY LIMITS AND INDEMNIFICATION

9.1 Linden Lab is NOT liable for its users' actions, and you release Linden Lab from any claims relating to other users.

You agree not to hold Linden Lab liable for the Content, actions, or inactions of other users. As a condition of access to the Service, you release Linden Lab (and its officers, directors, shareholders, agents, subsidiaries and employees) from claims, demands, losses, liabilities and damages (actual and consequential) of every kind and nature, known and unknown, arising out of or in any way connected with any dispute you have or claim to have with one or more users, including whether or not Linden Lab becomes involved in any resolution or attempted resolution of the dispute.

If you are a California resident, you waive California Civil Code Section 1542, which says: "A general release does not extend to claims which the creditor does not know or suspect to exist in his favor at the time of executing the release, which if known by him must have materially affected his settlement with the debtor." If you are a resident of another jurisdiction, you waive any comparable statute or doctrine.

You agree and understand that Linden Lab does not control and is not responsible for information you provide to parties other than Linden Lab.

9.2 Linden Lab provides the Service on an "as is" basis, without express or implied warranties, and all Content, Linden Dollars and virtual goods have no guarantee or warranty of any compensable value.

LINDEN LAB PROVIDES THE SERVICE, INCLUDING WITHOUT LIMITATION THE LINDEN SOFTWARE, THE WEBSITES, THE SERVERS, THE CONTENT, THE VIRTUAL GOODS AND SERVICES, AND YOUR ACCOUNT, STRICTLY ON AN "AS IS" BASIS, AND HEREBY EXPRESSLY DISCLAIMS ALL WARRANTIES OR CONDITIONS OF ANY KIND, WRITTEN OR ORAL, EXPRESS, IMPLIED OR STATUTORY, INCLUDING WITHOUT LIMITATION ANY IMPLIED WARRANTY OF TITLE, NONINFRINGEMENT, MERCHANTABILITY OR FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE.

NO VALUE, EITHER EXPRESS OR IMPLIED, IS GUARANTEED OR WARRANTED WITH RESPECT TO ANY CONTENT, LINDEN DOLLARS, VIRTUAL TENDER OR VIRTUAL GOODS AND SERVICES. NOTWITHSTANDING ANY INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS YOU MAY HAVE IN YOUR CONTENT OR ANY EXPENDITURE ON YOUR PART, LINDEN LAB AND YOU EXPRESSLY DISCLAIM ANY COMPENSABLE VALUE RELATING TO OR ATTRIBUTABLE TO ANY DATA RELATING TO YOUR ACCOUNT RESIDING ON LINDEN LAB'S SERVERS. YOU ASSUME ALL RISK OF LOSS FROM USING THE SERVICE ON THIS BASIS.

Linden Lab does not ensure continuous, error-free, secure or virus-free operation of the Service,

the Linden Software, the Websites, the Servers, or your Account, and you understand that you shall not be entitled to refunds or other compensation based on Linden Lab's failure to provide any of the foregoing other than as explicitly provided in this Agreement. Some jurisdictions do not allow the disclaimer of implied warranties and, to that extent, the foregoing disclaimers may not apply to you.

9.3 Linden Lab's liability to you is expressly limited, to the extent allowable under applicable law.

IN NO EVENT SHALL LINDEN LAB OR ANY OF ITS DIRECTORS, OFFICERS, EMPLOYEES, SHAREHOLDERS, SUBSIDIARIES, AGENTS OR LICENSORS BE RESPONSIBLE OR LIABLE TO YOU OR TO ANY THIRD PARTY FOR ANY LOSS OR DAMAGES OF ANY KIND, INCLUDING FOR ANY DIRECT, INDIRECT, ECONOMIC, EXEMPLARY, INCIDENTAL, CONSEQUENTIAL, RELIANCE, SPECIAL, OR PUNITIVE LOSSES OR DAMAGES OR DISGORGEMENT OR COMPARABLE EQUITABLE REMEDY, FOR LOST DATA OR LOST PROFITS, ARISING (WHETHER IN CONTRACT, TORT, STRICT LIABILITY OR OTHERWISE) OUT OF OR IN CONNECTION WITH THE SERVICE (INCLUDING ITS MODIFICATION OR TERMINATION), THE LINDEN SOFTWARE, THE WEBSITES, THE SERVERS, YOUR ACCOUNT (INCLUDING ITS TERMINATION OR SUSPENSION) OR THIS AGREEMENT, WHETHER OR NOT LINDEN LAB MAY HAVE BEEN ADVISED THAT ANY SUCH DAMAGES MIGHT OR COULD OCCUR AND NOTWITHSTANDING THE FAILURE OF ESSENTIAL PURPOSE OF ANY REMEDY.

EXCEPT AS MAY BE PROVIDED IN ANY ADDITIONAL TERMS, TO THE FULLEST EXTENT PERMITTED BY APPLICABLE LAW, IN NO EVENT WILL LINDEN LAB'S CUMULATIVE LIABILITY TO YOU EXCEED THE GREATER OF (i) ONE HUNDRED DOLLARS (U.S. \$100.00); OR (ii) THE FEES, IF ANY, PAID BY YOU FOR USE OF THE SERVICE; PROVIDED, HOWEVER, THIS PROVISION WILL NOT APPLY IF A TRIBUNAL WITH APPLICABLE JURISDICTION FINDS SUCH TO BE UNCONSCIONABLE.

Some jurisdictions do not allow the foregoing limitations of liability, so to the extent that any such limitation is found to be impermissible, such limitation may not apply to you. In such jurisdictions, the liability of the Linden Lab parties to you is limited to the lowest amount permitted by applicable law.

9.4 You agree to indemnify Linden Lab from claims relating to your use of the Service.

At Linden Lab's request, you agree to defend, indemnify and hold harmless Linden Lab, its officers, directors, shareholders, employees, subsidiaries, and agents from all damages, liabilities, claims and expenses, including without limitation attorneys' fees and costs, arising from: (i) your User Content; (ii) your acts, omissions, or use of the Service, including without limitation your negligent, willful or illegal conduct; (iii) your breach or alleged breach by you of this Agreement, including without limitation your representations and warranties relating to your Content; (iv) your violation or anticipatory violation of any applicable law, rule or order in connection with your use of or activities in the Service; (v) information or material transmitted through your Internet Device that infringes or misappropriates any Intellectual Property Right; (vi) any misrepresentation made by you; (vii) Linden Lab's use of the information that you submit to us; (viii) your purported "ownership of any Usage Subscriptions

or virtual items; or (ix) the increase or decrease in “value” or loss of Usage Subscriptions or virtual items if Linden Lab deletes, terminates, or modifies them (all of the foregoing, “Claims and Losses”). We reserve the right to assume the exclusive defense and control of any matter otherwise subject to indemnification by you, and in such case, you agree to cooperate with our defense of such claim. You will not settle any Claims and Losses without, in each instance, the prior, written consent of an officer of Linden Lab.

9.5 You are not our employee, and you have no rights to compensation.

You acknowledge that your participation in the Service, including your creation or uploading of Content in the Service, does not make you a Linden Lab employee and that you do not expect to be, and will not be, compensated by Linden Lab for such activities, and you will make no claim inconsistent with these acknowledgements. In addition, no agency, partnership, joint venture or franchise relationship is intended or created by this Agreement.

10. DISPUTE RESOLUTION AND ARBITRATION

Certain portions of this Section are deemed to be a “written agreement to arbitrate” pursuant to the Federal Arbitration Act. You and Linden Lab agree that we intend that this Section 10 satisfies the “writing” requirement of the Federal Arbitration Act.

10.1 If a dispute arises between you and Linden Lab regarding a claim, we agree to alternative dispute resolution.

Our goal is to provide you with a neutral and cost-effective means of resolving the dispute quickly. If any controversy, allegation or claim arises out of or relates to the Service, the Website(s), the Content, your User Content, your Unsolicited Ideas and Materials, this Agreement, or any Additional Terms (collectively, “Dispute”), or to any of Linden Lab’s actual or alleged intellectual property rights (an “Excluded Dispute”), then you and we agree to send a written notice to the other providing a reasonable description of the Dispute or Excluded Dispute, along with a proposed resolution of it. Our notice to you will be sent to you based on the most recent contact information that you provide us. However, if no such information exists or if such information is not current, then we have no obligation under this section. Your notice to us must be sent to: Linden Research, Inc., 945 Battery Street, San Francisco, CA 94111, Attention: General Counsel. For a period of sixty (60) days from the date of receipt of notice from the other party, Linden and you will engage in a dialogue in order to attempt to resolve the Dispute or Excluded Dispute, though neither party is required to resolve such dispute on terms which each party, in its sole discretion, is uncomfortable.

If we cannot resolve a Dispute within sixty (60) days of receipt of such notice, then either you or we may submit the Dispute to formal arbitration as hereinafter described. If we cannot resolve an Excluded Dispute within sixty (60) days of receipt of such notice, then either you or we may submit the Excluded Dispute to formal arbitration only if you and Linden Lab consent, in a writing signed by you and Linden Lab’s General Counsel, to have that Excluded Dispute subject to arbitration. In such a case (and only in such a case), that Excluded Dispute will be deemed a “Dispute” for the remainder of this Section.

Upon expiration of the applicable sixty (60) day period and to the fullest extent permitted by applicable law, a Dispute will be resolved solely by binding arbitration in accordance with the

then-current Commercial Arbitration Rules of the American Arbitration Association (“AAA”). If the Dispute has a claimed value of not more than \$250,000, then the arbitration will be heard and determined by a single, neutral arbitrator who is a retired judge or a lawyer with not less than ten (10) years’ experience as a practicing member of the bar in the substantive practice area related to the Dispute, who will administer the proceedings in accordance with the AAA’s Supplementary Procedures for Consumer Related Disputes. If the Dispute has a claimed value of more than \$250,000, or if Linden Lab elects in its sole discretion to bear the costs of arbitration in excess of those that would occur for a proceeding before a single, neutral arbitrator, then the arbitration will be heard and determined by a three (3) member panel, with one member to be selected by each party and the third (who will chair the panel) selected by the two (2) party-appointed members or by the AAA in accordance with the Commercial Arbitration Rules. The arbitrator or arbitration panel, as the case may be, will apply applicable law and the provisions of this Agreement and any additional Terms, will determine any Dispute according to applicable law and facts based upon the record and no other basis, and will issue a reasoned award.

If you and Linden Lab do not both consent to the arbitration of an Excluded Dispute as set forth in the immediately preceding paragraph, then this paragraph and the remainder of this Section will not apply to the Excluded Dispute.

If a party properly submits the Dispute to the AAA for formal arbitration and the AAA is unwilling or unable to set a hearing date within sixty (60) days of the filing of a “demand for arbitration,” then either party can elect to have the arbitration administered by the Judicial Arbitration and Mediation Services Inc. (“JAMS”) using JAMS’ streamlined Arbitration Rules and Procedures, or by any other arbitration administration service that you and a legal officer of Linden Lab consent to in writing. The substantive practice area requirements for the arbitrator and the \$250,000 threshold for the number of arbitrators assigned to the Dispute set forth in the paragraph above will also apply to any such arbitration under JAMS or other arbitration service.

You can obtain AAA and JAMS procedures, rules, and fee information as follows:

AAA: 1.800.778.7879 or <http://www.adr.org/>

JAMS: 1.800.352.5267 or <http://www.jamsadr.com/>

In arbitration, as with a court, the arbitrator must honor the terms of this Agreement (and any Additional Terms) and can award the prevailing party damages and other relief (including attorneys’ fees). However, WITH ARBITRATION (A) THERE IS NO JUDGE OR JURY, (B) THE ARBITRATION PROCEEDINGS AND ARBITRATION OUTCOME ARE SUBJECT TO CERTAIN CONFIDENTIALITY RULES, AND (C) JUDICIAL REVIEW OF THE ARBITRATION OUTCOME IS LIMITED.

All parties to the arbitration will have the right, at their own expense, to be represented by an attorney or other advocate of their choosing. If an in-person arbitration hearing is required, then it will be conducted in the “metropolitan statistical area” (as defined by the U.S. Census Bureau) where you are a resident at the time the Dispute is submitted to arbitration. You and we will pay the administrative and arbitrator’s fees and other costs in accordance with the

applicable arbitration rules; but if applicable arbitration rules or laws require Linden Lab to pay a greater portion or all of such fees and costs in order for this arbitration provision to be enforceable, then Linden Lab will have the right to elect to pay the fees and costs and proceed to arbitration. Discovery will be permitted pursuant to the applicable arbitration rules. The arbitrator's decision must consist of a written statement stating the disposition of each claim of the Dispute, and must provide a statement of the essential findings and conclusions on which the decision and award (if any) may be entered in or by any court that has jurisdiction over the parties pursuant to Section 9 of the Federal Arbitration Act.

The foregoing provisions of this Section will not apply to any legal action taken by Linden Lab to seek an injunction or other equitable relief in connection with any loss, cost, or damage (or any potential loss, cost, or damage) relating to the Service, the Website(s), the Content, your User Content or Unsolicited Ideas and Materials and/or Linden Lab's Intellectual Property Rights (including such Linden Lab may claim that may be in dispute), Linden Lab's operations, and/or Linden Lab's products or services.

Disputes will be arbitrated only on an individual basis and will not be consolidated with any other arbitration or other proceedings that involve any claim or controversy of any other party. But if, for any reason, any court with competent jurisdiction or any arbitrator selected pursuant to this arbitration provision holds that this restriction is unenforceable, then our agreement above to arbitrate will not apply and the Dispute must be brought exclusively in court pursuant to Section 10.2 below.

10.2 The applicable law and venue is in San Francisco, California.

You agree that this Agreement and the relationship between you and Linden Lab shall be governed by the laws of the State of California without regard to conflict of law principles or the United Nations Convention on the International Sale of Goods. Further, you and Linden Lab agree to submit to the exclusive personal jurisdiction and venue of the courts located in the City and County of San Francisco, California, except as provided in Section 10 regarding arbitration.

10.3 No Equitable or Injunctive Relief.

IF YOU CLAIM THAT YOU HAVE INCURRED ANY LOSSES OR DAMAGES IN CONNECTION WITH YOUR USE OF THE SERVICE, THEN THE LOSSES AND DAMAGES WILL NOT BE IRREPARABLE OR SUFFICIENT TO ENTITLE YOU TO AN INJUNCTION OR OTHER EQUITABLE RELIEF OF ANY KIND. THIS MEANS THAT, IN CONNECTION WITH YOUR CLAIM, YOU AGREE THAT YOU WILL NOT SEEK AND THAT YOU WILL NOT BE PERMITTED TO OBTAIN ANY COURT OR OTHER ACTION THAT MAY INTERFERE WITH OR PREVENT THE DEVELOPMENT OR EXPLOITATION OF ANY WEBSITE, CONTENT, USER CONTENT, UNSOLICITED IDEAS AND MATERIALS, PRODUCT, SERVICE, OR OTHER INTELLECTUAL PROPERTY OWNED, LICENSED, OR CONTROLLED BY LINDEN LAB (INCLUDING YOUR LICENSED USER CONTENT) OR A LICENSOR OF LINDEN LAB.

10.4 Improperly Filed Claims are Subject to Attorneys' Fees and Costs.

All claims you bring against Linden Lab must be resolved in accordance with this Dispute Resolution and Arbitration Section. All claims filed or brought contrary to this Dispute Resolution Section shall be considered improperly filed and a breach of these Terms of Service. Should either party file a claim contrary to this Dispute Resolution Section, the other party may recover attorneys' fees and costs up to one thousand U.S. Dollars (\$1,000.00 USD), provided that such party seeking such fees has notified the other in writing of the improperly filed Claim, and the other has failed to promptly withdraw the Claim.

11. GENERAL PROVISIONS

11.1 The Service is a United States-based service.

Linden Lab controls and operates the Service from its offices in the United States. Linden Lab makes no representation that any aspect of the Service is appropriate or available for use outside of the United States. Those who access the Service from other locations are doing so on their own initiative and are responsible for compliance with applicable local laws regarding your online conduct and acceptable content, if and to the extent local laws apply. Subject to the terms of this Agreement, we reserve the right to limit the availability of, restrict access to, or discontinue the Service and/or any content, program, product, service or other feature described or available on the Service to any person, entity, geographic area, or jurisdiction, at any time and in our sole discretion, and to limit the quantities of any content, program, product, service, or other feature that we provide.

Software related to or made available by the Service may be subject to export controls of the United States. No software from the Service may be downloaded, exported, or re-exported (i) into (or to a national or resident of) any country or other jurisdiction to which the United States has embargoed goods, software, technology or services (which, as of the effective date of this User Agreement, includes Cuba, North Korea, Iran, Sudan and Syria), or (ii) to anyone on the U.S. Treasury Department's list of Specially Designated Nationals or the U.S. Commerce Department's Table of Deny Orders, or (iii) to anyone on the U.S. Department of Commerce's Bureau of Industry and Security Entities List as published in the Export Administration Regulations (including entities engaged in weapons of mass destruction proliferation in various countries and persons and entities that are suspected of diverting U.S. origin items to embargoed countries or terrorist end-uses). By downloading any software related to the Service, you represent and warrant that you are not located in, under the control of, or a national or resident of, any such country or on any such list.

11.2 You may not assign your Account; we may assign this Agreement.

You may not assign this Agreement or your Account without the prior written consent of Linden Lab. You may not transfer or sublicense any licenses granted by Linden Lab in this Agreement without the prior, written consent of Linden Lab, except solely to the extent this Agreement permits transfer of any applicable Linden Dollar Licenses. Linden Lab may assign this Agreement, in whole or in part, and all related rights, licenses, benefits and obligations, without restriction, including the right to sublicense any rights and licenses under this Agreement.

11.3 We agree to provide each other with notices in a specified manner.

Linden Lab may give notice to and obtain consent from you by one or more of the following means: through the Service or Website, by electronic mail to your e-mail address in our records,

or by written mail communication to the address on record for your Account. When you communicate with us electronically, such as via e-mail and text message, you consent to receive communications from us electronically. All notices given by you or required under this Agreement shall be faxed to Linden Lab Legal Department at: (415) 243-9045; or mailed to us at: Linden Lab Legal Department, 945 Battery Street, San Francisco, CA 94111.

With respect to any electronic commercial service on a Website, residents of California are entitled to the following specific consumer rights information: if you have a complaint, you may contact the Complaint Assistance Unit of the Division of Consumer Services of the Department of Consumer Affairs by mail at 1625 North Market Boulevard, Suite S-202, Sacramento, California 95834, or by telephone at 1.916.574.7950. See also <http://www.dca.ca.gov/>.

11.4 This Agreement and the referenced Policies are the entire understanding between us.

This Agreement, including the Additional Terms and policies referenced in this Agreement, sets forth the entire understanding and agreement between you and Linden Lab with respect to the subject matter hereof and supersedes any prior or contemporaneous agreements or understandings.

Linden Lab reserves the right to modify this Agreement and any Additional Terms, at any time without prior notice (“Updated Terms”). You agree that we may notify you of the Updated Terms by posting them on the Service, and that your use of the Service after we post the Updated Terms (or engaging in other such conduct as we may reasonably specify) constitutes your agreement to the Updated Terms. Therefore, you should review this Agreement and any Additional Terms on a regular and frequent basis. The Updated Terms will be effective as of the time that Linden Lab posts them or such later date as may be specified in them. Except for such Updated Terms, this Agreement may not be modified except by mutual written agreement between you and Linden Lab that is signed by hand (not electronically) by duly authorized representatives of both parties and expressly references amendment of this Agreement. You acknowledge that no other written, oral or electronic communications will serve to modify or supplement this Agreement, and you agree not to make any claims inconsistent with this understanding or in reliance on communications not part of this Agreement.

The section headings used herein, including descriptive summary sentences at the start of each section, are for convenience only and shall not affect the interpretation of this Agreement. As used in this Agreement, references to a determination made in Linden Lab's discretion means that the determination will be made by Linden Lab in accordance with its good faith business judgment. If any provision of this Agreement shall be held by a court of competent jurisdiction to be unlawful, void, or unenforceable, then in such jurisdiction that provision shall be deemed severable from these terms and shall not affect the validity and enforceability of the remaining provisions.

12. RELATED POLICIES

The following related policies are incorporated by reference in and made part of this Agreement, and provide Additional Terms, conditions and guidelines regarding the Service.

- [Linden Lab Privacy Policy](#)

- *Intellectual Property Policy*
- *Second Life Brand Center*
- *Second Life Trademark Guidelines*
- *Snapshot and Machinima Policy*
- *Second Life Fee Schedule*
- *Second Life Billing Policy*
- *Second Life Marketplace Fee and Listing Policies*
- *Community Standards*
- *Second Life Mainland Policies*
- *Gambling Policy*
- *Skill Gaming Policy*
- *Banking Policy*
- *Age Play Policy*
- *Maturity Ratings*
- *Policy on Third-Party Viewers*

Annexe 2.2-World of Warcraft- Terms of services of Battle.Net (Blizzard)

Source online: <http://us.blizzard.com/en-us/company/about/termsfuse.html> (last visit 2015-06-01)

(Last revised February, 26, 2015)

CAREFULLY READ THIS AGREEMENT (THE “AGREEMENT”) BEFORE INSTALLING THE BATTLE.NET CLIENT OR USING THE BATTLE.NET GAME PLATFORM. IF YOU DO NOT AGREE WITH ALL OF THE TERMS OF THIS AGREEMENT, YOU MAY NOT INSTALL THIS SOFTWARE PROGRAM.

Thank you for your interest in Blizzard Entertainment, Inc.’s (“Blizzard” or “we”) Battle.net® game platform (“Battle.net”) and Blizzard’s interactive games (“Games”). This Agreement sets forth the terms and conditions under which you are licensed to install and use the Battle.net client software (“Battle.net Client”) to obtain access to Battle.net, and use Games on Battle.net. IF YOU DO NOT AGREE TO THE TERMS OF THIS AGREEMENT, YOU ARE NOT PERMITTED TO INSTALL, COPY OR USE THE BATTLE.NET CLIENT OR ANY OF THE GAMES. IF YOU REJECT THE TERMS OF THIS AGREEMENT WITHIN FOURTEEN (14) DAYS AFTER YOUR PURCHASE OF A GAME FROM BLIZZARD, YOU MAY CONTACT BLIZZARD AT 1-800-592-5499 TO INQUIRE ABOUT A FULL REFUND OF THE PURCHASE PRICE OF THAT GAME. IF YOU PURCHASED A GAME AT RETAIL, YOUR RIGHT TO RETURN THE GAME IS SUBJECT TO THE RETAILER’S RETURN POLICY.

1. THE BATTLE.NET ACCOUNT.

A. Use of the Battle.net Account.

To use Battle.net, you must register, or have previously established, an account on Battle.net (an “Account”). Creation and use of Accounts are subject to the following terms and conditions:

- i. You may establish an Account only if: (i) you are a “natural person” and an adult in your country of residence (Corporations, Limited Liability Companies, partnerships and other legal or business entities may not establish an Account); and (ii) you are not an individual specifically prohibited by Blizzard from using Battle.net.
- ii. When you create or update an Account, you must provide Blizzard with accurate and up to date information that is personal to you, such as your name, address, phone number, and email address. Additionally, in order to play certain Games or use certain features offered on Battle.net, you may be also be required to provide Blizzard with payment information

(such as credit card information). Blizzard's retention of your personal information is subject to Blizzard's Privacy Policy, located at <http://us.blizzard.com/en-us/company/about/privacy.html>. Blizzard shall also have the right to obtain non personal data from your connection to Battle.net.

- iii. To play Games on Battle.net, You will need to add a Game license to an Account, which requires an authentication code generated by Blizzard. For Game licenses purchased at retail, the authentication code will be included in the packaging materials. If you purchase a Game digitally from Blizzard, the authentication code will be assigned to the Account when you purchase the Game.
- iv. When you create an Account, you will be required to select a unique username and password (collectively referred to hereunder as "Login Information"). You may not use your real name as the password for the Account, and you cannot share the Account or the Login Information with anyone, unless the terms of this Agreement allow it.
- v. Please take a few moments to review Blizzard's Battle.net Account Security information at <http://us.battle.net/en/security/>. You must maintain the confidentiality of the Login Information, as you are responsible for all uses of the Login Information and the Account, including purchases, whether or not authorized by you. If you become aware of or reasonably suspect any breach of security, including without limitation any loss, theft, or unauthorized disclosure of the Login Information, you must immediately notify Blizzard at [Battle.net Support](#).
- vi. Subject to the laws of your country of residence, minor children may utilize an Account established by their parent or legal guardian. In the event that you permit your minor child or legal ward (collectively, your "Child") to use an Account on Battle.net, you hereby agree to this Agreement on behalf of yourself and your Child, and you understand and agree that you will be responsible for all uses of the Account by your Child whether or not such uses were authorized by you.
- vii. Your use of Battle.net and Games to interact with Blizzard and other players is governed by Blizzard's In-Game Policies (the "In-game Policies"). The In-Game Policies are not meant to be exhaustive. The In-Game Policies are incorporated into this Agreement by this reference, and are available for your review in <https://us.battle.net/support/en/article/policy>.
- viii. You agree to pay all fees and applicable taxes incurred by you or anyone using your Account. If you choose a recurring subscription for a Game, you acknowledge that payments will be processed automatically (e.g., debited from your Battle.net Balance or charged to your credit card) until you cancel the subscription or the Account. Blizzard may revise the pricing for the goods and services offered through Battle.net at any time. YOU ACKNOWLEDGE THAT BLIZZARD IS NOT REQUIRED TO REFUND AMOUNTS YOU PAY TO

BLIZZARD FOR THE USE OF BATTLE.NET, OR FOR PURCHASES MADE THROUGH BATTLE.NET, FOR ANY REASON.

- ix. Blizzard shall have the right to monitor and/or record your communications when you use Battle.net, and you acknowledge and agree that when you use Battle.net, that you have no expectation that your communications will be private. Blizzard shall have the right to disclose your communications for any reason, including : (a) to satisfy any applicable law, regulation, legal process or governmental request; (b) to enforce the terms of this Agreement or any other Blizzard policy; (c) to protect Blizzard’s legal rights and remedies; (d) to protect the health or safety of anyone that Blizzard believe’s may be threatened; or (e) to report a crime or other offensive behavior.

B. Grant of License.

If you accept and comply with the terms of this Agreement, Blizzard will grant, and you will receive, a non-sub licensable, and non-exclusive license to use Battle.net and Games subject to the “License Limitations,” set forth in Section C below, as follows:

- i. You may install the Battle.net Client on one or more computers under your legitimate control to access and use Battle.net.
- ii. You may use Battle.net for your personal and non-commercial entertainment purposes only, unless specifically allowed under the terms of this Agreement.
- iii. You may make and distribute copies of the Battle.net Client free of charge for other potential users’ provided they agree to the terms of this Agreement.
- iv. You may not transfer your rights and obligations to use Battle.net.
- v. With regards to Games purchased from retailers on original media (e.g., on CD-ROM, DVD, etc.) you may permanently transfer all of your rights and obligations related to the use of a Game under this Agreement to another person who agrees to the terms of this Agreement by physically transferring the original media, original packaging, and all manuals or other documentation distributed with the Game provided that you permanently delete all copies and installations of the Game in your possession or control. You agree to be solely responsible for any taxes, fees, charges, duties, withholdings, assessments, and the like, together with any interest, penalties, and additions imposed in connection with such transfer. Other than as set forth above, Blizzard does not recognize any purported transfer of the Games; and
- vi. Some of the Games playable on Battle.net may be subject to specific license terms that may include the following:

1. Trial or 'Starter' versions of Games allow you to play a limited version of the Game before you will be required to purchase a Game license from Blizzard. Licenses to use the full version of these Games can be purchased through Battle.net.
2. In certain cases, the "full version," of Games can only be played after you purchase a license for the Game.
3. You may play the Game(s) you have licensed at publicly available cyber cafés or computer gaming centers on Battle.net through an Account registered to you.

C. License Limitations.

Blizzard may revoke your license to use Battle.net and/or the Games if you violate, or assist others in violating, the license limitations set forth below. You agree that you will not, in whole or in part or under any circumstances, do the following:

- i. Derivative Works: Copy or reproduce (except as provided in Section 1(B)), translate, reverse engineer, derive source code from, modify, disassemble, decompile, or create derivative works based on or related to the Battle.net Client or Games.
- ii. Cheating: Create, use, offer, advertise, make available and/or distribute the following or assist therein:
 1. **Cheats**; i.e. methods, not expressly authorized by Blizzard, influencing and/or facilitating the gameplay, including exploits of any in-game bugs, and thereby granting you and/or any other user an advantage over other players not using such methods;
 2. **Bots**; i.e. any code and/or software, not expressly authorized by Blizzard, that allows the automated control of a Game, Battle.net and/or any component or feature thereof, e.g. the automated control of a character in a Game;
 3. **Hacks**; i.e. accessing or modifying the software of a Game or Battle.net in a manner, not expressly authorized by Blizzard; and/or
 4. any code and/or software, not expressly authorized by Blizzard, that can be used in connection with the Battle.net client, Battle.net, a Game and/or any component or feature thereof which changes and/or facilitates the gameplay;
- iii. Prohibited Commercial Uses: Exploit, in their entirety or individual components, the Battle.net Client, Battle.net or the Game(s) for any purpose not expressly authorized by Blizzard, including, without limitation (i) playing the Game(s) at commercial establishments (subject to Section 1(B)(vi)(3)); (ii) gathering in-game currency, items, or resources for sale outside of Battle.net or the Game(s); (iii) performing in-game services, like power-leveling, in exchange for payment outside of Battle.net or the Game(s); or (iv) communicating or

facilitating (by text, live audio communications, or otherwise) any commercial advertisement, solicitation or offer through or within Battle.net or the Game(s).

- iv. Data Mining: Use third-party software that intercepts, collects, reads, or "mines" information generated or stored by the Battle.net Client or the Game(s); provided, however, that Blizzard may, at its sole and absolute discretion, allow the use of certain third-party user interfaces;
- v. Duplicated Items: Create, utilize or transact in any in-game item created or copied by exploiting a design flaw, undocumented problem, or program bug in Battle.net or the Game(s);
- vi. Matchmaking: Host, provide or develop matchmaking services for the Game(s), or intercept, emulate or redirect the communication protocols used by Blizzard in any way, for any purpose, including without limitation unauthorized play over the internet, network play (except as expressly authorized by Blizzard), or as part of content aggregation networks;
- vii. Unauthorized Connections: Facilitate, create or maintain any unauthorized connection to Battle.net or the Game(s) including without limitation (i) any connection to any unauthorized server that emulates, or attempts to emulate, Battle.net; and (ii) any connection using third-party programs or tools not expressly authorized by Blizzard;
- viii. Transfers: Attempt to sell, sublicense, rent, lease, grant a security interest in or otherwise transfer any copy of the Game(s) or your rights to the Game(s) to any other party in any way not expressly authorized herein;
- ix. Disruption: Disrupt or assist in the disruption of (i) any computer used to support Battle.net or any Game environment; or (ii) any other player's Game experience. ANY ATTEMPT BY YOU TO DISRUPT BATTLE.NET OR UNDERMINE THE LEGITIMATE OPERATION OF ANY GAME MAY BE A VIOLATION OF CRIMINAL AND CIVIL LAWS.
- x. Violation of Laws: Use a Game, or Battle.net, to violate any applicable law or regulation.

D. Game and Battle.net Features.

- i. Battle.net Features:
 - 1. **Global Play**: Certain Games feature "Global Play," which allows you to play with players who are outside of the region associated with the Account that you have registered. The Global Play feature requires that some or all of your personal information provided to Blizzard when you registered the Account be transferred to servers operated by Blizzard in the regions where you wish to play the Game. By agreeing to participate in Global Play, you agree that Blizzard can transfer your data to Blizzard's servers in each of the regions that you select to participate in using the Global Play feature.

For more information, please review Blizzard's Privacy Policy located at <http://us.blizzard.com/en-us/company/about/privacy.html>.

2. **Battle.net Balance:**

- a. As an active Account holder, you may participate in Blizzard's Battle.net Balance service ("Battle.net Balance"). Battle.net Balance can only be used to obtain certain products and services offered by Blizzard; it has no cash value. Blizzard grants you a limited license to acquire, use, and redeem Battle.net Balance pursuant to the terms of this Agreement. Regardless of how it is acquired, Battle.net Balance is non-transferable to another person or Account, does not accrue interest, is not insured by the Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC), and, unless otherwise required by law or permitted by this Agreement, is not redeemable or refundable for any sum of money or monetary value from Blizzard at any time. Battle.net Balance does not constitute a personal property right. Battle.net Balance is not a bank account. And, while you can register and play on multiple Accounts, you are not allowed to have more than three (3) Accounts with Battle.net Balance.
- b. To purchase Battle.net Balance, go to <https://us.battle.net/account/management/ebalance-purchase.html> and follow the instructions provided to you on that page. You may choose to purchase Battle.net Balance in different currencies (e.g., US Dollars, Mexican Pesos, Chilean Pesos, and Argentinean Pesos) in order to redeem your Battle.net Balance for certain products and/or services offered on Battle.net. It may take up to five (5) days before purchases of Battle.net Balance are made available for your use. Certain minimums may apply to purchases of Battle.net Balance, and the maximum balance of your Battle.net Balance at any time is limited to the equivalent of \$250.00 USD, and the maximum value of all transactions using Battle.net Balance is limited to \$2,000.00 USD per day. The balance of your Battle.net Balance shall be determined by converting the Battle.net Balance across all of the various currencies in your Battle.net Balance on all Accounts registered to you to the equivalent of US Dollars using the currency conversion formulas posted on http://online.wsj.com/mdc/public/page/2_3021-forex.html. Blizzard reserves the right to change the maximum and minimum amounts applicable to Battle.net Balances at any time by notifying you in accordance with Section 8 of this Agreement. Transactions to purchase Battle.net Balance, or redeem Battle.net Balance for certain goods and services from Blizzard, are governed by the terms of this Agreement and the Blizzard Terms of Sale, which can be viewed at <http://us.blizzard.com/en-us/company/about/termsofsale.html>. Purchases of Battle.net Balance are non-refundable, unless otherwise required by law. IN ORDER TO HAVE A BATTLE.NET BALANCE OF MORE THAN \$10.00 USD, YOU MUST ATTACH A BATTLE.NET AUTHENTICATOR TO YOUR ACCOUNT.

You can download the Battle.net Authenticator for mobile devices at <https://us.battle.net/account/support/mobile-auth-download.html>, or you can purchase a Battle.net Authenticator at <http://us.blizzard.com/store/browse.xml?f=c:6,c:29>.

- c. Blizzard will not send you a statement of itemized transactions for your Battle.net Balance. In order to check the balance of your Battle.net Balance or review your recent Battle.net Balance transactions, go to <https://us.battle.net/account/management/transaction-history.html>. You are solely responsible for verifying that the proper amount of Battle.net Balance has been added to or deducted from your Battle.net Balance.
 - d. Sales tax may apply to your redemption of Battle.net Balance for Blizzard products or services in some jurisdictions. The amount of tax charged depends upon many factors, including the type of product or service purchased.
 - e. Blizzard reserves the right to reduce, liquidate, deactivate, suspend or terminate your Battle.net Balance, or other Blizzard Games or Battle.net features if Blizzard determines in its sole discretion, after investigation, that you have misused Battle.net Balance or have otherwise used Battle.net Balance to conduct any fraudulent or illegal activity.
 - f. You are responsible for all uses of your Battle.net Balance. If you suspect that your Battle.net Balance has been compromised, you should contact Blizzard Customer Service at <http://www.battle.net/support> so that the matter can be investigated. Blizzard, in its sole discretion, may require additional information and/or documentation to verify your claim, and once Blizzard has the information that Blizzard deems necessary to verify your claim, Blizzard will take actions to freeze your Account until Blizzard has returned control of your Account to you. Regardless of any actions Blizzard may take on your behalf, you acknowledge and agree that Blizzard has sole and absolute discretion in determining whether or not your claim is valid and, if so, the appropriate remedy.
3. **Advertising:** Blizzard's Games and Battle.net may incorporate third-party technology that enables advertising on Battle.net and/or in certain Games playable on Battle.net, which may be downloaded temporarily to your personal computer and replaced during online game play. As part of this process, Blizzard and/or its authorized third party advertisers may collect standard information that is sent when your personal computer connects to the Internet including your Internet protocol (IP) address.
 4. **User Created or Uploaded Content:** Battle.net and certain Games may provide you an opportunity to upload and display content on Battle.net and/or as part of a Game, including the compilation, arrangement or display of such content (collectively, the "User Content"). User Content specifically does not include a Custom Game, as defined in Section 1(D)(ii)(1) below. You hereby grant Blizzard a perpetual, irrevocable, worldwide, fully paid up, non-exclusive right and license to exploit the User Content and all elements thereof, in any and

all media, formats and forms, known now or hereafter devised. Blizzard shall have the unlimited right to copy, reproduce, fix, modify, adapt, translate, reformat, prepare derivatives, add to and delete from, rearrange and transpose, manufacture, publish, distribute, sell, license, sublicense, transfer, rent, lease, transmit, publicly display, publicly perform, provide access to, broadcast, and practice the User Content as well as all modified and derivative works thereof and any and all elements contained therein, and use or incorporate a portion or portions of the User Content or the elements thereof in conjunction with or into any other material. Except to the extent that any such waiver is prohibited by law, you hereby waive the benefit of any provision of law known as “moral rights” or “droit moral” or any similar law in any country of the world. You represent and warrant that the User Content does not infringe upon the copyright, trademark, patent, trade secret or other intellectual property rights of any third party. To the extent permitted by applicable laws, you hereby waive any moral rights you may have in any User Content. You further represent and warrant that you will not use or contribute User Content that is unlawful, tortious, defamatory, obscene, invasive of the privacy of another person, threatening, harassing, abusive, hateful, racist or otherwise objectionable or inappropriate. Blizzard may remove any User Content and any related content or elements from Battle.net at its sole discretion.

5. **Real ID Feature and Identity Disclosure:** Battle.net allows you to disclose your identity to other users of Battle.net through the “Real ID Friends” feature. If you use the Real ID feature and opt-in to a request to be “Real ID Friends” with another user, that user will be able to see your real name and online status. Certain features, such as the Battle.net Voice Chat Client, are only available between users of Battle.net who have opted in to the Real ID feature. IF YOU OPT-IN TO THE REAL ID FEATURE, THOSE PEOPLE YOU DESIGNATE AS A “REAL ID FRIEND” WILL BE ABLE TO SEE THE NAMES OF YOUR OTHER “REAL ID FRIENDS,” AND YOUR NAME AND ONLINE STATUS WILL BE VISIBLE BY THOSE PEOPLE THAT YOUR “REAL ID FRIENDS” HAVE DESIGNATED USING THE SAME FEATURE. You may opt out of the Real ID feature at any time by deleting all Real ID Friends from your Account.

ii. Game Features:

1. **Game Editors:** Certain Games, such as “StarCraft® II: Wings of Liberty®”, and “StarCraft® II: Heart of the Swarm®”, include editing software (hereafter referred as “Game Editor(s)”) that will allow you to create custom games, levels, maps, scenarios or other content (“Custom Games”). For purposes of this Agreement and any agreements referenced herein, "Custom Games" includes all content created using the Game Editor(s), including but not limited to all digital files associated with such Custom Games, as well as (1) all content contained within such files, including but not limited to player and non-player characters, audio and video elements, environments, objects, items, skins, and textures, (2) all titles, trademarks, trade names, character names, or other names and phrases associated with or

included within the Custom Game, and (3) any other intellectual property rights contained within the Custom Game, including any and all content, game concepts, methods or ideas. A Custom Game may only be used with the Game's engine that is associated with a particular Game Editor. The manner in which Custom Games can be used or exploited is set forth in the Custom Game Acceptable Use Policy, the terms of which are incorporated into this Agreement by this reference, and which can be found at <http://blizzard.com/en-us/company/legal/acceptable-use.html>.

2. **Community Tournaments:** In order to support local e-sports tournament activities, Blizzard hereby grants you a limited, revocable license and right to organize and host small, community tournaments, or a series of tournaments utilizing certain Games ("Community Tournaments") subject to your compliance with the following conditions:
 - a. The total value of all prizes to be awarded during a Community Tournament must be less than Ten Thousand Dollars (\$10,000.00 USD) or the equivalent;
 - b. If you wish to broadcast a Community Tournament, you must comply with the broadcast requirements set forth at <http://us.blizzard.com/en-us/company/legal/tournament-guidelines.html>
 - c. You may not charge fees of any kind for spectators to watch the Community Tournament;
 - d. A Community Tournament cannot be sponsored by any companies that sell or promote any of the following products: Pornography (or extremely mature materials); alcohol; tobacco; firearms; competitive online computer games; gambling websites; or any company that is detrimental to Blizzard's business (hacking, gold services, account selling, key sellers);
 - e. Community Tournaments must comply with all applicable laws and regulations; and
 - f. The rules of the Community Tournament must promote fairness such that skill in playing the Game is what determines who will win or lose a match in the Community Tournament.

For a list of the Games that are eligible for Community Tournaments, or for more information or promotional materials please, visit Blizzard's Community Tournament website at <http://us.blizzard.com/en-us/company/legal/tournament-guidelines.html>. If you would like to host and/or organize a tournament with any conditions different than the conditions listed above, please contact Blizzard at <http://us.blizzard.com/en-us/company/legal/tournament-guidelines.html> for the necessary licenses.

3. **Beta Testing Pre-Release Versions of Games:** Certain pre-release versions of Games may be made available to you through Battle.net for testing ("Beta Testing"). Beta Testing through Battle.net will be governed by the following:

- a. **Eligibility:** In order to participate in a Beta Test, you must meet the following requirements:
 1. Blizzard must designate you as a Beta tester;
 2. You must be an adult in your country of residence;
 3. The Account that you will use to participate in the Beta Test must be in good standing;
 4. If the Game to be Beta Tested is an expansion to another Game, then the Account must be upgraded with all expansions to that particular Game;
 5. You must be an adult in your country of residence;
 6. You agree to allow Blizzard to obtain hardware and software information from the computer system that you will use to take part in the Beta Test (the "System") prior to registration for the Beta Test in order for Blizzard to determine if you are eligible to participate in the Beta; and
 7. The System must meet the specifications which Blizzard determines are required for the Beta Test.
- b. **Confidentiality:** If Blizzard announces that a Beta Test is confidential, the Beta Test invitation you will receive will include a notice that states that the Beta Test is confidential. During a confidential Beta Test, the existence of the Beta Test and all elements thereof is to be kept confidential, and you agree to keep everything related to the Beta Test secret from everyone who is not participating in the Beta Test until Blizzard informs you that the Beta Test is no longer confidential. For purposes of example and not limitation, you agree that you will not disclose the following during a confidential Beta Test:
 1. Information about the Beta Test, such as your role as a Beta Tester, the length of the Beta Test, the number of Beta Testers, how you became a Beta Tester, etc.
 2. Information related to the Game that you are Beta Testing, such as the Game's look and feel, playable races, classes, combat, magic, communication, grouping, questing, monetary systems, non-player character interaction, items, armor, weapons, stability of the Game, etc.
- c. **Beta Testing Real Money Features:** Certain Games may have features that will allow you to purchase licenses to use digital items or services through the Game's interface. If you purchase a license to use a digital item or service through the Game's interface during a Beta Test, all purchases are subject to the Terms of Sale. Blizzard will not provide you with a refund for your purchase of a digital item or service, and in some cases, items or services purchased during a Beta Test may not transition to the retail release version of a Game. In those cases, Blizzard will provide you with information that explains what, if any, credit you

would receive for your purchase of digital goods or services for real money during a Beta Test once after the Beta Test for that Game has concluded.

- d. **Feedback:** During and after the Beta Test, you may be provided with an opportunity to give Blizzard your comments, suggestions and impressions of the Game by using tools to supply feedback and bug reports, internal websites and forums, and other methods. The Game may also include a tool that will allow your computer system to forward system and driver information to Blizzard in the event of a crash. This tool will collect data from your computer system related to the crash, and allow you to forward a report to Blizzard via electronic mail.
- e. **Acknowledgments:** You acknowledge that:
 - 1. the Game being Beta Tested is a work in progress and may contain bugs which may cause loss of data and/or damage to your computer system;
 - 2. you have, or will, back-up your hard drive prior to installation of the Beta;
 - 3. you have the resources necessary to easily reinstall your operating system and restore any and all data that may be lost;
 - 4. Blizzard is not liable in any way for the loss of data or damage to the System, interruptions due to a lost connection to Battle.net, software or hardware failures, or loss of data or disruption of the player's ability to connect to Battle.net;
 - 5. Blizzard may monitor and record any and all communications, electronic or otherwise, pertaining to the Beta including, without limitation, packets, chat, email, message board postings, etc.;
 - 6. Blizzard may delete or modify the information stored by Battle.net or the Game being Beta Tested for any reason at any time during the duration of the Beta Test;
 - 7. Blizzard may transfer software program files to the System, including a program that will collect and send Blizzard CPU, RAM, operating system, video card, and sound card information from the System; and
 - 8. You may not sell, transfer or commercially exploit access to a Beta, including the distribution of Beta keys without Blizzard's express authorization.
- f. **Termination:** Blizzard can terminate a Beta Test at any time. When Blizzard terminates a Beta Test, you must delete the Beta and all documents and materials you received from Blizzard in connection with the Beta Test, and you may be asked by Blizzard to remove any elements of the Beta from any hard drives on which the Beta has been installed. You agree and acknowledge that Blizzard's termination of the Beta Test shall not be grounds for any

refunds of any kind, including, but not limited to, digital items, refunds for time purchased to access World of Warcraft, etc.

- g. **Sections of the Agreement Applicable to Beta Tests:** When participating in a Beta Test, the terms of this Section 1(D)(ii)(4) shall supersede and govern over any other Section of this Agreement which may be in conflict with the terms of this Section 1(D)(ii)(4). Additionally, Section 1(B)(v), and 1(B)(vi)(3) of the Agreement are specifically excluded from the use of a Beta.

2. BLIZZARD'S OWNERSHIP.

- A. Blizzard is the owner or licensee of all right, title, and interest in and to the Battle.net Client, Battle.net, the Games, Accounts, and all of the features and components thereof. Battle.net and the Games may contain materials licensed by third-parties to Blizzard, and these third-parties may enforce their ownership rights against you in the event that you violate this Agreement. The following components of Battle.net and/or the Games, are owned or licensed by Blizzard:
- i. All virtual content appearing within Battle.net or the Games, such as:
 1. **Visual Components:** Locations, artwork, structural or landscape designs, animations, and audio-visual effects;
 2. **Narrations:** Themes, concepts, stories, and storylines;
 3. **Characters:** The names, likenesses, inventories, and catch phrases of Game characters;
 4. **Items:** Virtual goods, currency, potions, wearable items, pets, mounts, etc.;
 - ii. All data and communications generated by, or occurring through, Battle.net or the Games;
 - iii. All sounds, musical compositions, recordings, and sound effects originating in Battle.net or the Games;
 - iv. All recordings, Game replays, or reenactments of in-game matches, battles, duels, etc.;
 - v. Computer code, including but not limited to "Applets" and source code;
 - vi. Titles, methods of operation, software, related documentation, and all other original works of authorship contained in Battle.net or the Games;
 - vii. All Accounts. Note that Blizzard owns all Accounts, and that all use of an Account shall inure to Blizzard's benefit. Blizzard does not recognize the transfer of Accounts. You may not purchase, sell, gift or trade any Account, or offer to purchase, sell, gift, or trade any

Account, and any such attempt shall be null and void and may result in the forfeiture of the Account;

- viii. All Moral Rights that relate to Battle.net or a Game, including Custom Games, such as the right of attribution, and the right to the integrity of certain original works of authorship; and
- ix. The right to create derivative works, and as part of this Agreement, you agree that you will not create any work based on Battle.net or the Games, except as expressly set forth in this Agreement or otherwise by Blizzard in certain contest rules, Blizzard's Fan Policies, or addendum to this Agreement.

3. PRE-LOADED SOFTWARE.

Battle.net may contain additional software that requires you to agree to additional terms prior to your use ("Additional Software").

- A. **Installation:** You agree that Blizzard may install Additional Software on your hard drive as part of the installation of the Battle.net Client, and from time to time during the term of this Agreement.
- B. **Use:** Unless Blizzard grants you a valid license and alphanumeric key to use and activate the Additional Software, you may not access, use, distribute, copy, display, reverse engineer, derive source code from, modify, disassemble, decompile or create derivative works based on the Additional Software. In the event that Blizzard grants to you a valid license and alphanumeric key to use and activate the Additional Software, all use of the Additional Software shall be subject to the terms of this Agreement.
- C. **Copies:** You may make one (1) copy of the Additional Software for archival purposes only.

4. CONSENT TO MONITOR.

WHEN RUNNING, A GAME MAY MONITOR YOUR COMPUTER'S RANDOM ACCESS MEMORY (RAM) FOR UNAUTHORIZED THIRD PARTY PROGRAMS RUNNING CONCURRENTLY WITH THE GAME. AN "UNAUTHORIZED THIRD PARTY PROGRAM" AS USED HEREIN SHALL BE DEFINED AS ANY THIRD PARTY SOFTWARE PROHIBITED BY SECTION 1(C)(ii) ABOVE. IN THE EVENT THAT THE GAME DETECTS AN UNAUTHORIZED THIRD PARTY PROGRAM, (a) THE GAME MAY COMMUNICATE INFORMATION BACK TO BLIZZARD, INCLUDING WITHOUT LIMITATION YOUR ACCOUNT NAME, DETAILS ABOUT THE UNAUTHORIZED THIRD PARTY PROGRAM DETECTED, AND THE TIME AND DATE; AND/OR (b) BLIZZARD MAY EXERCISE ANY OR ALL OF ITS RIGHTS UNDER THIS AGREEMENT, WITH OR WITHOUT PRIOR NOTICE TO THE USER. Additionally, certain Games include a tool that will allow your computer system to forward

information to Blizzard in the event that the Game crashes, including system and driver data, and consent to Blizzard being able to receive this data.

5. LIMITED WARRANTY.

BATTLE.NET, ACCOUNTS, BATTLE.NET CLIENT AND THE GAME(S) ARE PROVIDED ON AN “AS IS” AND “AS AVAILABLE,” BASIS FOR USE, WITHOUT WARRANTY OF ANY KIND, EITHER EXPRESS OR IMPLIED, INCLUDING WITHOUT LIMITATION ANY IMPLIED WARRANTIES OF CONDITION UNINTERRUPTED USE, MERCHANTABILITY, FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE, NONINFRINGEMENT, TITLE, AND THOSE ARISING FROM COURSE OF DEALING OR USAGE OF TRADE. The entire risk arising out of use or performance of Battle.net, Battle.net Client and the Game(s) remains with the user. Notwithstanding the foregoing, Blizzard warrants up to and including ninety (90) days from the date of your purchase of a license to the Game that the media on which the Game was distributed, if any, shall be free from defects in material and workmanship. In the event that such media proves to be defective during that time period, and upon presentation to Blizzard of proof of purchase of the defective media, Blizzard will at its option: (a) correct any defect, (b) provide you with a similar product of similar value, or (c) refund your money. THE FOREGOING IS YOUR SOLE AND EXCLUSIVE REMEDY FOR THE EXPRESS WARRANTY SET FORTH IN THIS SECTION. Some jurisdictions do not allow the exclusion or limitation of implied warranties so the above limitations may not apply to you.

If you are a resident of Australia, the benefits provided to you by this Limited Warranty are in addition to other rights or remedies you may have under local laws related to the goods to which the warranty applies. Our goods come with guarantees that cannot be excluded under the Australian Consumer Law. You are entitled to a replacement or refund for a major failure and compensation for any other reasonably foreseeable loss or damage. You are also entitled to have the goods repaired or replaced if the goods fail to be of acceptable quality and the failure does not amount to a major failure. The provisions of this clause containing the Limited Warranty and the clause containing the Limitation of Liability and Indemnity below apply only to the extent permitted by the Competition and Consumer Act 2010 (Cth). The entitlement to a replacement or a refund for a major failure is not subject to Blizzard’s option. To submit a warranty claim to Blizzard, please call 1800 041 378 or send to PO Box 544, Pyrmont NSW 2009 Australia. The user is responsible for the costs of returning media to Blizzard.

6. LIMITATIONS OF LIABILITY.

Blizzard, its parent, subsidiaries and affiliates shall not be liable for any loss or damage arising out of your use of, or inability to access or use, Battle.net, Battle.net Client, Accounts

or the Game(s). Blizzard's liability shall never exceed the total fees paid by you to Blizzard during the six (6) months prior to your making a claim against Blizzard.

7. INDEMNITY.

You hereby agree to defend and indemnify Blizzard against and from any third party claims, liabilities, losses, injuries, damages, costs or expenses incurred by Blizzard arising out of or from your use of Battle.net, Battle.net Client, Account or the Game(s), any specific services or features associated therewith, including but not limited to User Content, Custom Games, Game Editors, Battle.net Balance, and this Agreement. Because some jurisdictions do not allow the exclusion or limitation of consequential or incidental damages, Blizzard's liability shall be limited to the fullest extent permitted by law.

8. EQUITABLE REMEDIES.

You agree that Blizzard would be irreparably damaged if the terms of this Agreement were not specifically followed and enforced. In such an event, you agree that Blizzard shall be entitled, without bond, other security, or proof of damages, to appropriate equitable remedies when you breach this Agreement; and that the awarding of equitable remedies to Blizzard will not limit its ability to receive remedies that are otherwise available to Blizzard under applicable laws.

9. ALTERATIONS.

A. Alterations to the Agreement.

- i. Blizzard's Rights: Blizzard may create updated versions of this Agreement (each a "New Agreement") as Battle.net, the Games, and the law evolve.
- ii. New Agreements: This Agreement will terminate immediately upon the introduction of a New Agreement. New Agreements will not be applied retroactively. You will be given an opportunity to review the New Agreement before choosing to accept or reject its terms.
 1. *Acceptance*: If you accept the New Agreement, and if the Account registered to you remains in good standing, you will be able to continue using Battle.net, Battle.net Client, Account or the Game(s) subject to the terms of the New Agreement.
 2. *Rejection*: If you decline to accept the New Agreement, or if you cannot comply with the terms of the New Agreement, you will no longer be permitted to use Battle.net, the Battle.net Client, Accounts or the Game(s).

B. Alterations to Battle.net and the Games.

Blizzard may change, modify, suspend, or discontinue any aspect of Battle.net, Battle.net Client, Accounts or the Games at any time, including removing items, or revising the effectiveness of items in an effort to balance a Game. Blizzard may also impose limits on certain features or restrict your access to parts or all of Battle.net, Battle.net Client, Accounts or the Games without notice or liability.

10. TERM AND TERMINATION.

A. Term.

This Agreement is effective upon your creation of an Account, and shall remain in effect until for a reasonable period of time. In the event that Blizzard chooses to cease providing Battle.net, or license to a third party the right to provide Battle.net, Blizzard shall provide you with no less than three (3) months prior notice. Neither Battle.net nor Blizzard's agreement to provide access to Battle.net shall be considered a rental or lease of time on the capacity of Blizzard's servers or other technology.

B. Termination.

- i. You are entitled to terminate this Agreement at any time by notifying Blizzard by email at support@blizzard.com.
- ii. Blizzard reserves the right to terminate this Agreement at any time for any reason, or for no reason, with or without notice to you. For purposes of explanation and not limitation, most Account suspensions and terminations are the result of violations of this Agreement. In case of minor violations of these rules, Blizzard may provide you with a prior warning and/or suspend your use of the Account due to your non-compliance prior to terminating the Agreement or modifying or deleting an Account.
- iii. In the event of a termination of this Agreement, any right to any and all payments you may have made for pre-purchased game access to certain Games are forfeit, and you agree and acknowledge that you are not entitled to any refund for any amounts which were pre-paid on your Account prior to any termination of this Agreement, and you will not be able to use Battle.net to play Games.

11. DISPUTE RESOLUTION.

Any and all disputes between you and Blizzard which arose out of this Agreement will be resolved in accordance with the Blizzard Entertainment Dispute Resolution Policy, which is available for your review here: <http://us.blizzard.com/en-us/company/legal/dispute-resolution-policy.html>.

12. GOVERNING LAW.

- A. This Agreement shall be governed by, and will be construed under, the laws of the United States of America and the law of the State of Delaware, without regard to choice of law principles.
- B. The application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods to this Agreement is expressly excluded.
- C. If you are a (1) Canadian resident who has (2) purchased a license to a Game in Canada, other laws may apply if you choose not to agree to arbitrate as set forth above. Such laws shall affect this Agreement only to the extent required by such jurisdiction. If such laws apply, the terms and conditions of this Agreement shall be given their maximum effect.
- D. Users who access Battle.net from outside of the United States and Canada, are responsible for compliance with all applicable local laws.

13. GENERAL.

- A. The Game(s) may not be re-exported, downloaded or otherwise exported into (or to a national or resident of) any country to which the U.S. has embargoed goods, or to anyone on the U.S. Treasury Department's list of Specially Designated Nationals or the U.S. Commerce Department's Table of Denial Orders. You represent and warrant that you are not located in, under the control of, or a national or resident of any such country or on any such list.
- B. Blizzard may assign this Agreement, in whole or in part, to any person or entity at any time with or without your consent. You may not assign this Agreement without Blizzard's prior written consent. Your assignment of this Agreement without Blizzard's prior written consent shall be void.
- C. Blizzard's failure to enforce a provision of this Agreement shall not be construed as a (1) waiver of such provision, or (2) diminishment of any right to enforce such provisions. Blizzard may choose to waive a provision of this Agreement in regards to a particular instance; however, you are still obligate to comply with that waived provision in the future.

D. Notices:

- i. ***If to Blizzard.*** All notices given by you under this Agreement shall be in writing and addressed to: Blizzard Entertainment, 16215 Alton Parkway, Irvine, CA 92618, Attn: Law Department.
- ii. ***If to You.*** All notices given by Blizzard under this Agreement shall be given to you either through written notice, email, or website blog post. The form and instance in which Blizzard may notify you is specified in our Privacy Policy, which can be reviewed at <http://us.blizzard.com/en-us/company/about/privacy.html>.

- E. Blizzard shall not be liable for any delay or failure to perform resulting from causes outside the reasonable control of Blizzard, such as natural disasters, unforeseen intrusions into our cyberspace, war, terrorism, riots, embargoes, acts of civil or military authorities, fire, floods, accidents, strikes, or shortages of transportation facilities, fuel, energy, labor or materials.
- F. If any part of this Agreement is determined to be invalid or unenforceable, then that portion shall be severed, and the remainder of this Agreement shall be given full force and effect.
- G. This Agreement constitutes and contains the entire agreement between the parties with respect to the subject matter hereof and supersedes any prior oral or written agreements. The provisions of Sections 2, 5, 6, 7, 8, 11, 12, and 13 shall survive termination of this Agreement for any reason.