

DE LA "PIRATERIE" BRÈVES REMARQUES SUR UNE MÉTAPHORE ENDORMIE

*Franck MACREZ**

La richesse et la dynamique du langage juridique font la passion du Droit. En perpétuelle évolution, l'adaptation aux transformations sociétales tend vers une sophistication de la science juridique, vue par certains comme un "progrès", comme une inutile complexification par d'autres. Fondamentalement, c'est la matière même qui est mouvante et « les variations de la langue juridique » permettent de découvrir « les traits les plus intimes du développement même du droit »¹. Le langage technique du droit révèle par nature une porosité avec le « langage ordinaire » dont la constante évolution est une manifestation de l'acuité de la perception de l'homme sur son environnement et sa propre condition. Ainsi la vie du droit est celle du moyen essentiel de construction de l'entendement, de son langage, ses mots, son verbe, de la verve du juriste. La rhétorique est omniprésente dans les débats qui forgent la matière, dans les enceintes parlementaires ou judiciaires. Pourtant, pendant longtemps, elle fut rarement étudiée comme telle², sans doute car ce qui intéresse la science juridique est le résultat produit (le langage normatif : le jugement, la loi) plutôt que les modes de persuasion utilisés pour y arriver. La logique formelle est alors la garantie d'une scientificité du Droit, pensée comme système autopoïétique ; l'on doit notamment à l'œuvre de Perelman le renouveau de l'étude de la rhétorique dans le champ juridique³.

« Le piratage nuit à la création artistique »⁴. La mention se situe au carrefour des sphères linguistiques : elle est destinée dans la loi (française) à imposer sa diffusion au « grand public » aux opérateurs de l'internet. La figure du "pirate" est omniprésente dans les débats contemporains relatifs à l'évolution des propriétés intellectuelles⁵. Mais c'est à notre connaissance la première fois (en tout cas en France) que le « piratage » était gravé dans le

* Maître de conférences au CEIPI, Université de Strasbourg, Avocat

¹ F. Génys, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, Sirey, 1914, p. 453.

² V. M.-A. Frison-Roche, « La rhétorique juridique », in *Argumentation et rhétorique (II)*, Hermès 16, Paris, CNRS éditions, 1995, p. 73 ; F. Martineau, *Petit traité d'argumentation judiciaire*, Paris, Dalloz, coll. « Praxis », 2008.

³ C. Perelman, *Logique juridique – Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1999 (1979). L'évolution de la pensée d'un auteur éminent est également caractéristique : N. McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* Oxford, Clarendon Press, 1978 ; *Rhetoric and The Rule of Law – A theory of legal reasoning*, Oxford University Press, 2005. V. également : M.-L. Izorche, *Le raisonnement juridique – Initiation à la logique et à l'argumentation*, Paris, PUF, 2001, p. 351 et s.

⁴ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, article 7.

⁵ P. Loughlan, "Pirates, Parasites, Reapers, Sowers, Fruits, Foxes... The Metaphors of Intellectual Property", *Sydney Law Review*, 2006, 28, p. 211.

marbre de la loi dans le champ de la propriété intellectuelle⁶. Et pour cause : la qualification relève « brigandage maritime »⁷... Ainsi, le questionnement sur l'emploi du terme dans la loi a pour enjeu de prendre la mesure de la relation, nécessaire ou superflue, du langage du droit au langage ordinaire. Il implique principalement de s'attacher au sens des mots qui encapsulent la qualification, mais également que ceux-ci soient analysés comme figures de discours. Car du « brigandage maritime » au « téléchargement » d'œuvres sur l'internet en passant par la revente d'objets de marques de luxe, il y a une distance. La réduction de cette distance, le lien réalisé par la transposition du mot d'un univers à l'autre, est celle de la métaphore, qui peut se décrire comme « une analogie condensée, résultant de la fusion d'un élément du phore avec un élément du thème »⁸. Le phénomène intéresse en premier lieu le champ de la rhétorique⁹, de l'herméneutique ou de la sémiotique ; mais il ne peut rester hors de l'attention du juriste.

La description empirique de l'utilisation de la métaphore du « pirate » serait fastidieuse tant elle inonde les débats publics et parlementaires, les *thesaurus* des éditeurs juridiques, les articles de doctrine... Chacun en est conscient et ce qui importe est une analyse de sa fonction cognitive. Mais il ne paraît pas inutile d'en rappeler la genèse : « Pyrate » fut utilisé en Angleterre dès le XVII^e siècle, c'est-à-dire avant le *Statute of Anne*, pour désigner les imprimeurs (la *Stationers' Company*) qui ne respectaient pas le privilège de l'Université¹⁰. Bien entendu, la rhétorique du « vol » est induite par la translation du bien matériel au bien immatériel. Sa résultante est l'utilisation indifférenciée du terme de « propriété », « d'abord utilisé pour sa force symbolique »¹¹, comme « une formule de combat »¹², qui se développe concomitamment¹³. Il faut avant tout en retenir que les métaphores sont

⁶ L'article 695-23 du Code pénal (L. n° 2004-204), relatif au mandat d'arrêt européen, vise la « contrefaçon et [le] piratage de produits ».

⁷ V. Piraterie in *Vocabulaire juridique*, par G. Cornu.

⁸ C. Perelman, *L'empire rhétorique*, Vrin, 1999, p. 535.

⁹ P. ex. : J. Logie, *Peers, pirates, & persuasion – Rhetoric in the peer-to-peer debates*, Parlor Press, West Lafayette (Indiana), 2006.

¹⁰ W. StClair, "Metaphors of Intellectual Property" in R. Deazley, M. Kretschmer et L. Bently (ed.), *Privilege and Property - Essays on the History of Copyright*, OpenBook Publishers, 2010, Cambridge, p. 369, spéc. p. 387 ; R. Deazley, *On the origin of the right to copy: charting the movement of copyright law in eighteenth-century Britain (1696–1775)*, Oxford, 2004, p. 18 ; C. Schweidler et S. Costanza-Chock, "Piracy", in A. Ambrosi, V. Peugeot et D. Pimienta (ed.), *Word Matters: multicultural perspectives on information societies*, C&F Éditions, 2005.

¹¹ A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 2012, p. 30.

¹² F. Génys, *Des droits sur les lettres missives*, Sirey, 1911, n° 135, cité par A. Lucas, *ibid.*

¹³ Mais on la retrouvait également dans les épigrammes de Martial (vers 40 – vers 104), « Au plagiaire Fidentinus » : « Il n'y a dans mes livres, Fidentinus, qu'une seule page de ta façon, mais si bien marquée de son cachet, qu'elle annonce hautement ta friponnerie. (...) Mes livres n'ont besoin ni qu'on les accuse, ni qu'on les défende ; la page s'élève contre toi, et te dit : "tu es un voleur" » (I, LIV). Et encore : « Tu te trompes, voleur avare de mes livres, si tu crois qu'il n'en coûte, pour devenir poète, que le prix d'un chétif volume et la peine de le faire copier » (I, LXVII). V. D. Nisard, *Stace, Martial, Manilius, Lucilius junior, Rutilius, Gratius Faliscus*,

précieuses pour leurs vertus cognitives (I). Mais l'analyse critique implique d'en mesurer l'impact dans le discours juridique, par un examen du trope, cette figure par laquelle un mot est utilisé dans un sens différent de celui qu'il a normalement, considéré comme tel : quel lien est noué, est-il objectivement justifié, est-il opportun dans son contexte de réception ? L'omniprésence de la figure et la sous-évaluation de sa puissance rhétorique conduisent à s'interroger sur la subversion introduite au sein des propriétés intellectuelles (II).

I. Fonctions cognitives

La métaphore recèle un paradoxe¹⁴. Sa fonction pédagogique, communicatrice, est une vertu : elle donne à voir plus facilement, par l'analogie qu'elle produit, une structure de pensée complexe ou enfouie (A). Mais le propre de l'analogie induite relève aussi du glissement sémantique car elle implique le choix d'un schème parmi d'autres, transposé dans un univers différent : il y a également modification de sens (B).

A. Vertus pédagogiques

La fonction pédagogique de la métaphore est essentielle et en justifie l'usage. Le terme de propriété lui-même fut déterminant dans la construction et l'acceptation sociale de ces nouveaux droits exclusifs : « l'œuvre intellectuelle est une propriété comme une terre, comme une maison »¹⁵. Car l'appréhension de l'immatériel comme objet de droit n'est pas *a priori* une idée saisissable intuitivement : le recours à un concept préexistant, la propriété, permet de saisir plus aisément l'idée de droit exclusif sur un bien intangible¹⁶. L'acceptabilité même de la protection est facilitée, mais

Némésianus et Calpurnius : œuvres complètes avec la traduction en français, Paris, 1865, Firmin Didot. Document en ligne sur le site de la BnF, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k282088n>.

¹⁴ H. Rottleuthner, « Les métaphores biologiques dans la pensée juridique », *Le système juridique*, *Archives de Philosophie du Droit* 1986, p. 215 : « L'attitude envers les métaphores (même dans le sens non-illustratif) paraît avoir été toujours ambivalente. Dans un certain sens, l'aspect indésirable et inadéquat de tout transfert est relevé, mais d'un autre côté la fertilité et l'originalité des métaphores sont appréciées [...] » ; T. Ross, "Metaphor and Paradox", *Georgia Law Review* 1989, 23, p. 1053.

¹⁵ Louis Napoléon, 1844, cité in M.-A. Hermitte, « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation - L'exemple des droits intellectuels », *RTD Com.* 1985, p. 331, spéc. p. 335.

¹⁶ Comp., à propos, précisément du droit de propriété : P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2005 (Sirey, 1951), n° 13, p. 118 : « il y aurait sans doute avantage à user d'une terminologie plus précise, et c'est une des graves difficultés de la technique juridique d'être souvent sous la dépendance de la langue des profanes, qui déforment au gré de leurs intérêts des notions anciennes en vue d'y comprendre des réalités différentes ».

également son renforcement¹⁷, y compris dans les négociations internationales entre États¹⁸.

De manière encore plus élaborée, la désormais fameuse image de Jean Foyer et Michel Vivant donne à voir immédiatement le statut des propriétés intellectuelles : « le brevet suggère de la sorte quelques images : celle d'un archipel où chaque droit privatif chacun constitué sur une création de l'esprit particulière émerge comme une île d'un océan soumis au régime de la liberté »¹⁹. Le trope est d'une grande richesse : sa charge cognitive est importante. En peu de mots, le contenu transmis est vaste. Le rapport abstrait entre principe et exception est clairement posé²⁰ grâce à une représentation que le destinataire du message conservera aisément en mémoire.

À propos de la "piraterie" utilisée pour désigner le téléchargement sur l'internet, un juge australien, Justice Cowdroy, résuma ainsi le fonctionnement du protocole d'échange de fichiers *BitTorrent* en filant la métaphore : « le fichier partagé dans l'essaim est le trésor, le client *BitTorrent* est le navire, le fichier *Torrent* est la carte au trésor. *The Pirate Bay* fournit des cartes au trésor gratuitement et le *tracker* est le vieux sage qui a besoin d'être consulté pour comprendre la carte au trésor »²¹.

Ainsi, la figure de style peut faciliter la compréhension de la nature de la propriété intellectuelle, ou du fonctionnement technique du plus populaire système d'échange de fichiers. En particulier dans le domaine du droit d'auteur, matière complexe qui souffre de vives contestations, la facilitation de son intelligibilité par le plus grand nombre est cruciale. Et l'image, la métaphore, a pour vertu de rendre le langage du droit plus compréhensible²². Cette pédagogie est aujourd'hui primordiale : pour que la propriété

¹⁷ P. ex. : P. K. Yu, "Digital Copyright and Confuzzling Rhetoric", *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, 2011, 13, p. 881.

¹⁸ V. D. Halbert, "Intellectual property piracy: the narrative construction of deviance", *International Journal for the Semiotics of Law* 1997, Vol. X n° 28, p. 55.

¹⁹ J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, PUF, coll. « Thémis », 1990, p. 9, proposant également une autre image « peut-être plus heureuse car préservant mieux un certain flou qu'on peut constater dans la réalité, d'une nébuleuse dans laquelle ces mêmes droits privatifs apparaîtraient comme autant de noyaux plus ou moins durs, interagissant parfois, perdus dans un nuage de poussières évoluant librement ».

²⁰ Comp., renversant ce rapport (et discutant ce renversement) : Ch. Geiger, « De la nature juridique des limites au droit d'auteur », *Propr. Intell.* octobre 2004, 13, p. 882, spéc. p. 887.

²¹ Federal Court of Australia, *Roadshow Films Pty Ltd v iiNet Limited* (No. 3) [2010] FCA 24, §70 (nous traduisons). Mais le magistrat avait auparavant pris soin de préciser qu'il s'agissait d'une « analogie très imparfaite ».

²² G. Cornu, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, coll. « Domat - Droit privé », 2005, p. 123 : « Ces figures de langage ont, dans le vocabulaire juridique, une extrême importance. D'abord elles l'enrichissent, car elles ont globalement pour avantage de porter remède à l'insuffisance, en nombre, des signifiants ordinaires par emprunt métaphorique d'autres signifiants. Elles ont aussi plus spécifiquement pour fonction de rendre le langage du droit plus compréhensible. Car la vertu propre de l'image est de lancer un message plus direct et souvent plus attrayant (par son pittoresque et sa couleur), globalement plus facile à percevoir et à retenir, et donc plus accessible à un plus grand nombre ».

intellectuelle soit acceptée, il faut avant tout qu'elle soit connue et comprise, et il n'est pas abusif de penser que c'est une condition de sa « survie »²³.

Mais l'avantage procuré n'est pas sans inconvénient : par nature, et traditionnellement, la métaphore est « un heureux changement de signification d'un mot ou d'une locution »²⁴. Pour heureux qu'il soit, le changement est présent.

B. Transformation sémantique

Par définition, la *μεταφορα* (*metaphora*) est un transport, une translation. Elle change « non seulement la forme des mots, mais aussi celle des pensées et de la composition »²⁵. La métaphore du pirate ne déroge pas à la règle, avec cette particularité du domaine juridique que les mots représentent des catégories. Ainsi, à proprement parler, la catégorie de la « piraterie » est maritime. Elle recouvre en droit positif des faits de « brigandage maritime consistant à commettre, à des fins privées, des actes de violence contre les personnes ou les biens »²⁶. Le Code pénal français punit de 20 ans d'emprisonnement « le fait de s'emparer ou de prendre le contrôle par violence ou menace de violence d'un aéronef, d'un navire ou de tout autre moyen de transport à bord desquels des personnes ont pris place » (art. 224-6), faits que la Cour d'assises de Paris a réprimés de peines de 4 à 10 ans de prison dans l'affaire du « Ponant » et des pirates somaliens²⁷. L'incrimination de « piraterie maritime », dans la loi française, est ancienne²⁸. Sa définition est présente également au niveau international²⁹.

Dès lors, dénommer des actes de contrefaçon par un terme employé pour une autre incrimination pénale ne peut être neutre d'un point de vue

²³ D. Vaver, "Intellectual Property Law: The State of the Art", *Law Quarterly Review* 2000, 116, p. 621.

²⁴ C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, Université de Bruxelles, coll. « UB lire Fondamentaux », 2008, p. 534.

²⁵ Quintilien vol. III, liv. VIII, chap. VI, « Des tropes », §1, ajoutant : « C'est pourquoi il me semble que c'est une erreur de croire que le trope consiste uniquement à mettre un mot à la place d'un autre ».

²⁶ V° Piraterie, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, par G. Cornu (sous la dir. de), Paris, PUF, 2003.

²⁷ L'inflation des actes de piraterie maritime dans la région de la corne d'Afrique conduira à une multiplication de ce type de procès.

²⁸ Ordonnance de la marine d'août 1681. La loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit avait modifié la loi du 10 avril 1825 pour la sûreté de la navigation et du commerce maritime, supprimant l'incrimination, réintroduite par la loi n° 2011-13 du 5 janvier 2011 « relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'État en mer ». V. p. ex. : M. Récio, « La France à l'abordage de la piraterie : la loi n° 2011-13 du 5 janvier 2011 relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'État en mer ou le renforcement de l'arsenal répressif », *Droit pénal*, 4, avril 2011, étude 5.

²⁹ Article 101 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, dite Convention de « Montego Bay ».

sémantique³⁰. D'un côté, la "piraterie" version propriété intellectuelle, utilisée pour désigner des situations diverses : si le "pirate" de l'internet téléchargeant illicitement des œuvres est le plus présent dans les esprits, la « biopiraterie » est désormais une thématique classique dans le domaine des brevets³¹ et le terme est aussi utilisé en matière de contrefaçon de marque. Par ailleurs, la qualification de « piraterie » existe bien dans le droit d'auteur de certains pays d'Afrique francophone : elle est une contrefaçon aggravée car réalisée à grande échelle et avec un but commercial³², ce qui est à l'opposé du « téléchargeur » de fichiers sans objectif lucratif. Le terme se retrouve, moins clairement, dans les accords sur les ADPIC³³. De l'autre côté, celui du droit applicable à la haute mer, le critère commun est celui de la violence avec laquelle la prise d'otage avec demande de rançon et le vol sont commis. Le glissement opéré par l'usage de la métaphore du "pirate" semble donc aller dans le sens d'une plus grande gravité³⁴. Le cas de la contrefaçon de brevet de médicaments mis à part, où effectivement des vies sont en jeu, il est aisé de constater qu'un "pirate" de l'internet téléchargeant la dernière série télévisée à la mode a peu de choses à voir avec un preneur d'otage sanguinaire en haute mer.

La contrefaçon est une catégorie hétérogène, incluant des atteintes diverses aux droits de propriété intellectuelle. La métaphore du "pirate" se superpose à la qualification de contrefaçon, ce qui peut en soi laisser à penser qu'elle est inutile³⁵ : sa force pédagogique ne semble pas de grande ampleur.

³⁰ Il faut également noter que la désignation de "piraterie" est bien souvent utilisée pour des faits dont la légalité n'est pas contestable (p. ex. : S. K. Sell et A. Prakash, "Using Ideas Strategically: The Contest Between Business and NGO Networks in Intellectual Property Rights", *International Studies Quarterly* 2004, 48, p. 143, p. 158 : « This evocative language highlighted wrongdoing, when in fact many of the activities condemned as "piracy" were perfectly legal in national and international laws »).

³¹ V. R. Weissman, "A Long, Strange Trips: The Pharmaceutical industry Drive to Harmonize Global intellectual Property Rules, and the Remaining WTO Legal Alternatives Available to Third World Countries", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 1996, 17, p. 1069, spéc. p. 1088 sur le rôle de la métaphore dans les débats internationaux.

³² Par exemple au Burkina Faso, une loi du 22 décembre 1999 (n° 032/99/AN) a pour la première fois distingué contrefaçon et piraterie. Aux termes de son article 109, « constitue un délit de piraterie, la contrefaçon d'œuvres littéraires et artistiques protégées faite à grande échelle et dans un but commercial ».

³³ Article 61: « Les Membres prévoient des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale ». Le « piratage » ne semble concerner que le droit d'auteur, puisque seule la « contrefaçon » est visée pour les marques (v. également les articles 51 – et la note infrapaginale – et 69).

³⁴ P. Loughlan, "Pirates, Parasites, Reapers, Sowers, Fruits, Foxes... The Metaphors of Intellectual Property", art. préc., spéc. p. 218 : « Although the term 'pirate' certainly conjures up connotations of utter lawlessness, it should be noted that in fact the use of the term in intellectual property discourse is not limited to instances of unlawful copying by the pirate. [...] it extends to instances where, despite the actions of the 'pirate' not being against the law, it is contrary to what the writer thinks ought to be the law, or contrary to the writer's view of what the 'natural rights' of the intellectual property owner in question are ».

³⁵ Comp. : Ch. Le Stanc, « Tout n'est pas clair », *Propr. Ind.* 2005, 9, Repère, 9 (« le terme de « contrefaçon », précis et juridique, se trouve aussi désormais fréquemment accolé à celui, vague

Elle laisse surtout un sentiment paradoxal : la comparaison qu'elle porte est lourde de sens car elle insuffle l'idée de violence physique, alors que dans le même temps son usage est très commun, sans doute en raison du manque de conscience véritable du sens sous-jacent. La portée de la modification introduite conduit à s'interroger sur l'acceptabilité d'une métaphore en particulier, voire des métaphores en général dans un discours juridique qui se voudrait rigoureux, voire scientifique. La dérive (pour filer la métaphore maritime) de sens doit être évaluée à l'aune d'une analyse critique aboutissant à sonder la locution elle-même mais aussi la démarche, consciente ou non, du locuteur. Car la figure est d'une étonnante résistance : un interlocuteur peut reconnaître explicitement le caractère inadéquat du terme, mais continuer par la suite à l'utiliser... C'est pourquoi il faut se demander si la métaphore du « pirate » n'est pas porteuse d'une véritable subversion de la propriété intellectuelle.

II. Répercussions subversives ?

La subversion conceptuelle induite par la métaphore est potentiellement profonde : sa puissance rhétorique nous paraît sous-estimée (A). Il s'ensuit que la déconstruction de l'analogie doit conduire à un strict cantonnement de l'emploi de la métaphore (B).

A. Puissance rhétorique

Le glissement sémantique constaté conduit à analyser plus avant sa mécanique afin d'évaluer les implications de la translation que réalise la métaphore. La fusion du phore et du thème, caractéristique de l'analogie condensée que constitue la métaphore³⁶ n'est pas immédiatement perceptible comme l'est par exemple « l'îlot de monopole dans un océan de liberté ». Le "pirate" est une métaphore « endormie », qui « n'est plus perçue comme une fusion, comme accolement de termes empruntés à des domaines différents, mais comme application d'un vocable à ce qu'il désigne normalement »³⁷. Autrement dit, l'acceptation usuelle du terme tend à faire oublier que celui-ci résulte d'une fusion analogique. D'un point de vue rhétorique, c'est « un outil très supérieur à la métaphore agissante parce qu'elle a perdu son contact avec l'idée primitive qu'elle dénotait »³⁸. La rhétorique qui en découle est d'autant plus puissante que le lien est inconscient : la comparaison est évidemment implicite³⁹. Le locuteur comme le récepteur l'utilisent et l'acceptent

et non juridique, de « piraterie ». Les mots sont-ils plus ou moins synonymes ? La « piraterie » serait-elle réservée, par métaphore, outre peut-être l'entrée indue dans des systèmes informatiques, à certaines formes de contrefaçon de droits d'auteur ? »).

³⁶ C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation, op. cit.*, p. 535.

³⁷ *Ibid.* p. 542 et s.

³⁸ C. Perelman, *L'empire rhétorique, op. cit.*, p. 543.

³⁹ M.-L. Mathieu-Izorche, « La pensée métaphorique », *Apprendre à douter - Etudes offertes à Claude Lombois*, Presses universitaires de Limoges, 2004, p. 113, spéc. p.124 : « La métaphore la plus efficace est donc celle qui, laissant le lecteur exercer sa liberté pour trouver le lien, ne lui

volontiers en raison d'une sorte de connivence provenant du plaisir que la figure produit⁴⁰ : elle révèle par nature une dimension esthétique voire ludique, réveille sans doute des images ancrées dans l'inconscient de chaque individu. Les exemples sont éminemment subjectifs mais relèvent aussi de la mémoire collective, du capitaine Crochet ennemi de Peter Pan aux personnages se sabordant à la vue d'Astérix et Obélix⁴¹, sans oublier l'œuvre de Stevenson, notamment *L'île au trésor*, qui a insufflé les stéréotypes du pirate à la jambe de bois, buvant du rhum et à l'œil borgne caché par un bandeau.

Lorsque nous posons la question du rapport d'analogie contenu dans le vocable de "pirate", la réponse est alors assez évidente. Le pirate des hautes mers est un détrousseur de navires, le contrefacteur un "voleur" de créations intellectuelles. L'analogie effectue un passage du monde des objets matériels à celui des créations immatérielles. Sans doute le mot de propriété, utilisé indifféremment pour l'un et l'autre, induit-il l'oubli du caractère analogique : il réalise lui-même, dès l'origine, la fusion. Mais la propriété intellectuelle n'est pas une propriété comme les autres. Elle peut elle-même être perçue comme le résultat d'une métaphore assimilant biens matériels et immatériels⁴². L'acceptation de la fusion analogique est critiquable notamment car l'on sait que les caractéristiques des deux types de biens divergent. Constat élémentaire pour l'économiste : dans l'immatériel, les biens sont non rivaux c'est-à-dire que plusieurs agents économiques peuvent utiliser un bien dans le même temps. En d'autres termes, lorsque le "pirate de l'internet" télécharge un fichier, il le duplique sans déposséder autrui. Le titulaire de droit subit éventuellement un manque à gagner, lequel doit être considéré très sérieusement ; il est sans doute gêné dans la jouissance de son bien immatériel, mais il n'est pas dépossédé. Il est en tout état de cause difficile d'accepter la comparaison avec le propriétaire d'un navire qui voit l'ensemble de ses biens et sa vie menacés en échange d'une rançon ! Il n'y a pas, dans la contrefaçon, violence, menace, destruction ni même dépossession de bien : immatérielle, la création reproduite demeure dans l'escarcelle du titulaire de droits. La translation de l'univers matériel à l'univers immatériel reste donc imparfaite. La confusion est compréhensible car il n'y a pas d'herméticité. L'internet n'existe évidemment pas sans infrastructure technique, dont la maîtrise est un enjeu stratégique. Il est basé

permet en réalité que de découvrir le lien voulu par l'auteur, et, parce qu'elle l'implique dans le processus d'établissement du lien, ne lui permet que difficilement de s'en dégager. » ; P. Moor, « "Le char de l'État navigue sur un volcan" ou brève note sur les métaphores, spécialement sur celles de l'État de droit », *Métaphores et analogies. Schèmes argumentatifs des sciences sociales, Revue européenne des sciences sociales* 2000, XXXVIII, n° 117, p. 95, spéc. p. 102.

⁴⁰ M. Le Guern, *Sémantique de la métaphore et de la métonymie*, Paris, Larousse, coll. « Langue et Langage », 1973.

⁴¹ L'auteur de ces lignes doit avouer un faible pour le « Oumpapah et les pirates » (Le Lombard / Dargaud, 1962) de Goscinny et Uderzo...

⁴² W. Patry, "Metaphors and Moral Panics in Copyright", *Intellectual Property Quarterly*, 2008, 1, p. 1.

sur les contingences du monde réel, gérées par les opérateurs de télécommunications. Une autonomie topologique, dont il faudra d'ailleurs un jour tirer les conséquences institutionnelles, est d'autant plus difficilement concevable que l'internet des objets est appelé à se développer. Pourtant, la rigueur impose de savoir distinguer les univers matériel et immatériel, et de se méfier des associations hâtives.

Au final, l'assimilation induite par l'utilisation du vocable de "pirate" conduit à porter le jugement hors de la sphère juridique : l'on se déplace sur le terrain moral⁴³ et un cantonnement est nécessaire.

B. Cantonnement nécessaire

Le nécessaire cantonnement de la figure du "pirate" est double : la métaphore paraît acceptable sur le terrain de la criminalité informatique. Au-delà, il convient simplement de borner l'emploi du vocable à l'univers de la rhétorique, c'est-à-dire de le nier comme appartenant au domaine du rationnel⁴⁴.

La qualification juridique pour laquelle la métaphore semble fonctionner recouvre les hypothèses de cybercriminalité, de la « piraterie » informatique portant atteinte aux systèmes informatiques, sanctionnée par le droit pénal⁴⁵. À se figurer les ordinateurs comme des navires grâce auxquels les hommes naviguent, il existe des pirates qui en prennent le contrôle pour en piller les données, notamment mots de passe et numéros bancaires, par exemple par la technique de l'hameçonnage (*phishing*) ou la diffusion de virus, vers et autres troyens (*trojans*, chevaux de Troie). Ils sont souvent confondus avec les *hackers*, se nommant eux-mêmes « pirates », dont le but

⁴³ *Ibid.* ; P. Loughlan, "Pirates, Parasites, Reapers, Sowers, Fruits, Foxes... The Metaphors of Intellectual Property", art. préc. ; P. Loughlan, "'You Wouldn't Steal a Car...': Intellectual Property and the Language of Theft", *EIPR* 2007, 29(10), p. 401, p. 405 : « The language of theft, in short, reduces a difficult policy debate, with significant economic and cultural consequences, to a crude and simplistic moral drama. "How do you tell the good guys from the bad guys"? The question is wrong. There are no bad-guy thieves and good-guy owners. There is simply a serious and complex political issue about the optimal balance to be struck between intellectual property rights and social freedoms » ; R. Weissman, "A Long, Strange Trips0: The Pharmaceutical industry Drive to Harmonize Global intellectual Property Rules, and the Remaining WTO Legal Alternatives Available to Third World Countries", art. préc., spéc. p. 1088 : « The piracy metaphor effectively changed a policy debate into an absolutist moral drama. Theft is simply wrong, and theft by violence is even worse. There is no room for a policy discussion about the merits of piracy, nor any space for compromise in the direction of pirates ».

⁴⁴ « Que l'on s'autorise de telles métaphores sans le moins du monde opérer de vérification de la validité d'une transposition d'un domaine à l'autre manifeste clairement qu'il s'agit seulement de montrer - et souvent à peine de suggérer... - et que l'objectif de la métaphore ainsi conçue comme figure est de donner à voir plutôt que de démontrer » : G. Timsit, « La métaphore dans le discours juridique », *Métaphores et analogies. Schèmes argumentatifs des sciences sociales, Revue européenne des sciences sociales* 2000, XXXVIII-117, p. 83.

⁴⁵ En France, article 323-1 et s. du Code pénal (issus de la Loi n° 88-19 du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique). V. p. ex. : J. Françillon, « De diverses variétés de piratage... », *Revue de science criminelle* 1998, chron., p. 138.

se cantonne à la mise en évidence de failles de sécurité sans les exploiter⁴⁶. D'autres agresseurs de machines informatiques et de leur contenu informationnel ne sont pas des pilleurs mais des adeptes du vandalisme gratuit : *crashers* (« tombeurs de site ») et autres *ankle-biters*, *packet monkeys*, *script kiddies*...

D'autres encore, grâce à des virus *ransomware*, peuvent prendre en otage les données d'un ordinateur et ne les rendre qu'après paiement d'une rançon ! La fusion du thème et du phore se comprend. La confusion entre pirate ainsi entendu et contrefacteur également. Par exemple la loi Hadopi a, en France, alimenté l'imbroglio par un « tour de passe-passe »⁴⁷, sorte de « bonneteau des qualifications »⁴⁸ : est sanctionné le défaut de sécurisation de l'accès à l'internet ayant servi à télécharger des fichiers contenant des œuvres protégées. La question de la sécurité technique est également associée avec la répression du contournement des mesures techniques de protection, le *cracker* du logiciel de protection permettant le « pillage » de l'œuvre encapsulée dans le fichier informatique. Si le lien peut, dans certains cas, être tenu, il faut conserver à l'esprit que les faits répréhensibles – téléchargement et atteinte à la sécurité informatique – sont distincts, les qualifications juridiques différenciées⁴⁹.

Le Politique est indissociablement lié à la métaphore. Il est dans son rôle de rhéteur lorsqu'il cherche à convaincre du bien-fondé des réformes qu'il souhaite voir votées, fût-ce grâce à des slogans alimentant la confusion (« Pirater les pirates »⁵⁰) : au contradictoire de refuser de se laisser enfermer dans un univers de discours par une assimilation trompeuse⁵¹. Le « Parti pirate » se nomme ainsi par ironie et dérision⁵², dont il ne nous semble pas

⁴⁶ C'est la démarche des *White hats*, partisans de la divulgation des vulnérabilités découvertes, par opposition aux *Black hats* utilisant les failles de manière mal intentionnée.

⁴⁷ Ch. Alleaume, « Le projet de loi « Création et Internet » du 18 juin 2008 », *Propr. Intell.* 2008, 29, Libre opinion, p. 388.

⁴⁸ F. Macrez et J. Gossa, « Surveillance et sécurisation : ce que l'Hadopi rate », *RLDI* 2009, 50, Étude 1659, p. 79.

⁴⁹ *Contra*, considérant que le terme de « piratage » est « adéquat » : D. Lefranc, « La contrefaçon en droit d'auteur. Naissance - extension - scission », *Propr. Intell.* janvier 2009, 30, p. 19.

⁵⁰ La formule était en écho au « terroriser les terroristes » de M. G. W. Bush (21 juin 2003), slogan qui avait déjà marqué l'opinion publique française dans les années quatre-vingt (M. Ch. Pasqua, mars 1986).

⁵¹ Voire de discuter une autre métaphore sans remettre en cause celle dont l'assimilation va dans son propre intérêt. Ainsi lorsqu'à propos du *peer-to-peer*, le terme de « pair » est qualifié de « métaphore valorisante », pour que soit regretté « que sous couvert de légaliser la piraterie [*sic* !] l'on détourne les mots pour finir par leur faire dire le contraire de leur signification » : A. Virenque, « À propos du peer-to-peer : détournement du vocabulaire et réalités », *CCE* 2006, 2, Alerte, 21.

⁵² Rubrique « Foire aux questions » du site français du parti pirate, www.partipirate.org (consulté le 1^{er} novembre 2012) : « Pourquoi avoir choisi de garder le nom de « Parti Pirate » ? - Ce nom, c'est d'abord une façon ironique de retourner la terminologie caricaturale et orientée par laquelle certains acteurs politiques ou industriels tentent de criminaliser une partie croissante de la population. En adoptant ce nom qui leur a été donné malgré eux, les citoyens du Parti Pirate affirment haut et fort leur intention de lutter contre cette façon de présenter au public un tableau

certain qu'elles soient bien comprises des citoyens, et en conséquence efficaces en termes de communication. Mais la doctrine juridique ne peut se contenter d'une telle approximation. Le cantonnement de l'emploi de la catachrèse doit donc, à notre avis, conduire à déconsidérer la rigueur prétendue du discours tenu. Et à la discréditer si ce discours émane d'une doctrine juridique prétendant suivre une démarche scientifique. Autrement dit, il faut éviter de voir le trope pour autre chose que ce qu'il est : une figure de rhétorique. Dans un jeu de rhéteurs, l'invalidité absolue de l'utilisation du terme comme désignant un contrefacteur doit être considérée. Ce constat a notamment incité le Parlement européen à rejeter l'appellation d'« Observatoire européen de la contrefaçon et du piratage » proposé par la Commission européenne pour finalement lui préférer, à raison, le nom d'« Observatoire européen des atteintes aux droits de propriété intellectuelle »⁵³. Le rejet, heureux, de l'inclusion de la métaphore au niveau institutionnel est plus important qu'il n'y paraît, car cela ne concerne pas uniquement le champ argumentatif – ce qui justifierait en soi une telle disqualification : elle porte le risque d'une confusion profonde des notions⁵⁴ et, partant, de l'ontologie même des propriétés intellectuelles.

simpliste, dans le but de présenter comme acceptable une politique de restriction des libertés civiques.

Si le terme doit faire naître des débats, c'est tant mieux : notre société gagnerait à voir plus de débats de cette nature. Au demeurant, les citoyens que nous rencontrons comprennent toujours à quoi nous faisons référence, et saisissent immédiatement le second degré ». V. aussi, faisant ce choix du second degré : F. Latrive, *Du bon usage de la piraterie*, Paris, Exils, 2004 (« Tous pirates ! »).

⁵³ Règlement (UE) n° 386/2012 du 19 avril 2012. V. p. ex., lors des débats au Parlement du 13 février 2012 sur la proposition de Règlement, l'intervention de M. Antonio Masip Hidalgo : « En este informe hemos superado, de una vez por todas, el término «piratería». Creemos que el término «piratería» es equívoco, pues no entendemos bien cuál es su relación con el abordaje de barcos en el mar ni con las míticas leyendas corsarias » (CRE 13/02/2012 – 15).

⁵⁴ C. Perelman, *L'empire rhétorique*, op. cit., p. 541-542 : « La métaphore n'exerce pas seulement son influence sur l'argumentation au vue de laquelle elle est créée. Elle peut contribuer notamment à la confusion des notions ».