

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les licences Creative Commons

Dusollier, Séverine

Published in:
Propriétés Intellectuelles

Publication date:
2006

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Dusollier, S 2006, 'Les licences Creative Commons: les outils du maître à l'assaut de la maison du maître',
Propriétés Intellectuelles, numéro janvier 2006, pp. 10-21.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les licences Creative Commons les outils du maître à l'assaut de la maison du maître

SÉVERINE DUSOLLIER *

MAÎTRE DE CONFÉRENCE À L'UNIVERSITÉ DE NAMUR (BELGIQUE)

JEAN MONNET FELLOW À L'INSTITUT UNIVERSITAIRE EUROPÉEN DE FLORENCE

Le nom *Creative Commons* est devenu célèbre en droit d'auteur en l'espace de quelques mois seulement. Rares sont ceux qui ne connaissent pas encore ce projet américain, devenu projet international, d'appliquer à tout type d'œuvres la logique du logiciel libre, soit l'autorisation donnée au public de les reproduire, les distribuer et les modifier. C'est que la presse et le grand public ont fait grand cas de cette nouvelle composante du mouvement dit de *copyleft*¹, y voyant parfois la fin du droit d'auteur, en tout cas y décelant un affront à l'industrie traditionnelle de la propriété littéraire et artistique.

Je fus responsable de la traduction des licences *Creative Commons* en droit belge. Si je reconnais l'utilité de ces licences dans certaines situations et pour certains types de créations, j'ai pourtant plus de doute sur le discours qui les accompagne et qui vise à faire de *Creative Commons* l'avenir de la création artistique et de l'accès à la culture.

Cet article expose ce doute ; il cherche à dévoiler quelques effets inattendus du régime *Creative Commons* sur la culture et la création, effets qui ne sont certainement pas souhaités par les partisans de ce projet mais qui résultent néanmoins de l'idéologie confuse et ambiguë de celui-ci.

L'origine de *Creative Commons* est à trouver dans l'expression sans cesse croissante de critiques adressées au système du droit d'auteur, critiques qui, pour la première fois dans l'histoire, proviennent tout autant des utilisateurs et du public que de spécialistes de ce droit². Son objectif est double. À titre principal, *Creative Commons* ambitionne de fournir une alternative à la protection du droit d'auteur sur le contenu créatif, protection que les fondateurs du projet jugent excessive en raison de l'extension du droit quant à son objet, sa durée ou son étendue. Cette alternative repose sur un nouveau modèle de dissémination des œuvres, modèle emprunté au monde du logiciel libre, qui favorise le libre accès et la libre utilisation des œuvres, afin de transformer de nombreuses créations en *commons* ou bien communs, c'est-à-dire en ressources librement accessibles à tous. Plutôt que de s'efforcer de réduire les appétits des titulaires de droits ou d'influencer le législateur, *Creative Commons* cherche plus simplement à sti-

muler un autre exercice du droit d'auteur afin d'en offrir une image différente de celle qu'il a de plus en plus dans l'esprit du public, celle d'un système juridique qui restreint la création ou le bénéfice des œuvres.

La stratégie de *Creative Commons* a été de mettre sur pied un modèle de licences qui, au lieu d'interdire la plupart des utilisations de l'œuvre, vise à autoriser largement la reproduction et la communication de celle-ci tout en permettant à l'auteur de se réserver certains droits. Les moyens de cette stratégie sont à la fois juridiques et symboliques. L'outil juridique est constitué par le régime des licences proposées aux créateurs qui souhaitent partager leurs œuvres. L'outil symbolique consiste à promouvoir auprès des créateurs l'idéologie du partage des œuvres et de la constitution de biens communs littéraires et artistiques. Les artistes sont encouragés à adhérer à un nouveau mode d'exercice du droit d'auteur, en diffusant et en partageant librement et gratuitement leurs créations avec le public.

Cet article analyse la stratégie ainsi déployée par *Creative Commons* pour transformer le régime du droit



* Je souhaite remercier J. Ginsburg, N. Malevé, L. Rassel, pour leurs commentaires et suggestions sur une première version de ce texte, ainsi que les participants de la conférence ATRIP qui s'est tenue en juillet 2005 à Montréal et où ce texte a été présenté pour la première fois.

1. *Copyleft* est le terme généralement utilisé pour désigner les initiatives relatives au logiciel libre ou à l'art libre, soit aux projets qui encouragent les auteurs à autoriser une large utilisation de leurs œuvres. Le terme *copyleft* marque l'opposition avec celui de *copyright*, opposant la « gauche » et la « droite » du droit d'auteur, mais surtout distinguant le droit qu'exerce généralement l'auteur dans un système traditionnel de droit d'auteur (*copyright*) de la renonciation à l'exercice de ce droit qui découle de la distribution d'une œuvre dans une licence libre (*copyleft*). En réalité, le droit d'auteur n'est pas vraiment « laissé » ni « abandonné » par l'auteur dans un régime de *copyleft*, mais l'auteur accorde à l'utilisateur un droit d'utilisation de son œuvre fort étendu.

2. La critique du droit d'auteur a d'abord été américaine, mais certains auteurs français et européens ne se sont pas privés de dénoncer les excès récents de la protection. V. entre autres C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information – Approche de droit comparé*, Paris, Litec, IRPI, 2004 ; V.-L. Benabou, *Puise à la source du droit d'auteur : RIDA* avr. 2002, p. 3 sq. ; M. Buydens et S. Dusollier, *Les* (suite de la note page 11)

d'auteur. Mon approche est critique et s'intéresse surtout à l'articulation entre les objectifs poursuivis par ce nouveau projet du « libre » (la critique de l'extension rampante du droit d'auteur et le développement d'un important volume de biens communs culturels et informationnels) et les moyens employés (le régime de licences et la promotion de la libre culture). Le titre de cette contribution emprunte la qualification de cette relation à un écrit d'Audre Lorde, auteure et activiste féministe afro-américaine, écrit intitulé « Les outils du maître ne démantèleront jamais la maison du maître »³. Pour les partisans de *Creative Commons*, la maison du maître est le régime du droit d'auteur, ou plus exactement les développements qu'il a connus ces dernières années et qui ont amplifié la conception des œuvres comme des marchandises et le contrôle des ayants droit sur l'utilisation de celles-ci.

J'adhère personnellement à certaines de ces critiques et j'estime que le droit d'auteur a souvent été instrumentalisé pour augmenter le monopole de certaines industries de manière indue et au détriment des auteurs et du public. À l'aide de contrats très restrictifs, de dispositifs techniques invasifs et d'une influence excessive auprès des législateurs, certains titulaires de droits ont transformé le droit d'auteur en un régime de contrôle absolu de l'accès aux œuvres et de leur jouissance⁴. Mon intention n'est donc pas de discréditer le projet des *Creative Commons*, ni de fourbir les armes d'une éventuelle offensive lancée contre le mouvement du *copyleft*. Mon but est davantage d'offrir une vue critique des défauts et des risques du projet. Je reste persuadée que *Creative Commons* est une innovation utile au monde du droit d'auteur dans la mesure où il fournit des outils pratiques pour réinventer l'exercice de ce droit, à l'instar de ce que le logiciel libre fit pour l'environnement informatique. Cela n'empêche cependant pas d'examiner la stratégie déployée et les effets collatéraux que celle-ci pourrait avoir sur la création artistique. Tout mouvement politique, et *Creative Commons* en est certainement un, se doit de réfléchir tant aux buts qu'il poursuit qu'aux moyens qu'il met en place. Une telle réflexion, loin de ralentir ou de miner l'action politique, aide à contrecarrer les éventuelles critiques qu'il pourrait subir.

Je commencerai par expliquer le système *Creative Commons* (I) pour ensuite examiner la relation ambiguë que ce système entretient entre les outils qu'il propose et les objectifs qu'il poursuit. Le principe du recours à des contrats de licences sera particulièrement analysé (II) ainsi que l'effet subversif qu'un tel recours pourrait avoir en droit d'auteur (III). La conclusion de cette analyse ne sera toutefois pas entièrement positive, dans la mesure où l'admonestation en faveur d'une production culturelle « libre » trouve ses sources dans les besoins des utilisateurs des œuvres et non dans ceux des auteurs. Cette ambiguïté peut mener, à mon sens, à une aggravation des excès du droit d'auteur que *Creative Commons* dénonce par ailleurs (IV). L'article n'est pas une analyse juridique des licences *Creative Commons*, je laisse ce travail à d'autres. C'est une étude plus philosophique et sociologique du rapport entre le droit d'auteur, le *copyleft* et la création.

Les licences *Creative Commons*

A. L'objectif de *Creative Commons*

Le projet *Creative Commons* est né aux États-Unis en 2001 à l'initiative de Lawrence Lessig, Professeur de droit à Stanford et auteur de quelques ouvrages célèbres critiquant les excès du droit d'auteur et notamment la propension nouvelle de ce droit à s'étendre à toute utilisation des œuvres par le biais d'une combinaison de contrats et de dispositifs techniques⁵. L'objectif du projet est de fournir aux auteurs des licences, leur permettant d'autoriser largement la réutilisation de leurs œuvres, le partage de celles-ci, ainsi que la création d'œuvres dérivées⁶. Dans *The Future of Ideas*, Lawrence Lessig esquisse les bases du système *Creative Commons* en appelant à une transformation des œuvres protégées par le droit d'auteur en *commons*, ou biens communs, c'est-à-dire en contenus qui pourraient être utilisés par tous, utilisateurs finaux ou nouveaux créateurs.

On retrouve là l'idée du logiciel libre, soit l'emploi du droit d'auteur pour autoriser – et non pour interdire ou restreindre – la copie, la distribution, la modification des logiciels et des œuvres littéraires et artistiques. La stratégie est également similaire : plutôt que de revendiquer l'abolition du droit d'auteur ou la renonciation, par les auteurs, à leurs droits⁷, les licences proposées aux créateurs insistent sur la protection par le droit d'auteur de l'œuvre qui en fait l'objet mais visent à exercer ce droit d'une manière quelque peu inédite. Le régime de *Creative Commons* repose donc entièrement sur le système propriétaire qui caractérise le droit d'auteur et le détourne pour donner corps à la volonté des auteurs de favoriser la libre diffusion et le partage des créations. Les œuvres en *copyleft* ou en *Creative Commons* ne sont donc pas dans le domaine public.



exceptions au droit d'auteur : évolutions dangereuses : *Com. com. électr.* sept. 2001, p. 10 sq. ; B. Hugenholtz, *Why the Copyright Directive is Unimportant and Possibly Invalid* : *EIPR* 2000, p. 499 sq.

3. A. Lorde, *Sister Outsider*, The Crossing Press, 1984, p. 110 sq. (édition française parue aux éditions Mamamélis, 2003).

4. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique – Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Bruxelles, Larcier, 2005, *passim*.

5. L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999 ; L. Lessig, *The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World*, New York, Random House, 2001 (traduit en français aux Presses Universitaires de Lyon, pul 2005) ; L. Lessig, *Free Culture – How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, New York, The Penguin Press, 2004.

6. Pour plus d'information sur les *Creative Commons*, v. : < <http://creativecommons.org> >.

7. *Creative Commons* offre également une licence Domaine Public (*Public Domain Dedication License*) qui permet à l'auteur de renoncer complètement à son droit sur l'œuvre et de mettre son œuvre dans le domaine public. La légalité d'une telle licence n'est pas évidente dans certains pays et notamment en France où l'on peut se demander si l'auteur a le pouvoir de renoncer unilatéralement à son droit d'auteur.

B. Le contenu des licences

À l'instar de l'*open source* ou du logiciel libre, les licences *Creative Commons* ont pour but d'accorder aux licenciés certaines libertés : les droits de reproduire, communiquer ou distribuer l'œuvre sont ainsi donnés en licence gratuitement. Là où *Creative Commons* s'éloigne des licences libres relatives aux logiciels, c'est dans le choix qui est donné à l'auteur. Diverses licences lui sont en effet proposées selon qu'il souhaite autoriser ou non la modification de son œuvre, son utilisation à des fins commerciales et selon qu'il souhaite imposer ou non la diffusion des modifications éventuellement apportées à l'œuvre dans les mêmes conditions de liberté. Dans tous les cas, les licences *Creative Commons* requièrent que l'identité de l'auteur soit mentionnée sur l'œuvre. Cette multiplicité d'options donne naissance à six licences⁸ :

– La licence Paternité⁹ : cette licence, outre qu'elle impose à l'utilisateur de mentionner le nom de l'auteur original, autorise toute utilisation de l'œuvre, même commerciale, ainsi que sa modification.

– La licence Paternité – Partage des conditions initiales à l'identique¹⁰ : l'utilisateur doit mentionner le nom de l'auteur original lorsqu'il diffuse l'œuvre. Il peut modifier l'œuvre mais doit distribuer l'œuvre modifiée sous la même licence. Toute utilisation, commerciale ou non, est autorisée.

– La licence Paternité – Pas d'utilisation commerciale : au-delà de la mention de l'identité de l'auteur, l'utilisation de l'œuvre dans un but commercial n'est pas admise. L'œuvre peut toutefois être modifiée.

– La licence Paternité – Pas d'utilisation commerciale – Partage des Conditions initiales à l'identique : cette licence est identique à la précédente si ce n'est que toute modification de l'œuvre doit être distribuée au public dans le cadre d'une licence *Creative Commons* similaire.

– La licence Paternité – Pas de modification : le bénéficiaire de la licence doit mentionner le nom de l'auteur et n'est pas autorisé à modifier l'œuvre. Il peut toutefois reproduire et distribuer l'œuvre dans un but commercial.

– La licence Paternité – Pas d'utilisation commerciale – Pas de modification : cette licence est la plus restrictive : le nom de l'auteur original doit être indiqué lors de la distribution ou de la communication de l'œuvre, aucune modification de l'œuvre n'est admise pas plus qu'une utilisation à des fins commerciales.

Creative Commons a également développé d'autres licences destinées soit à des catégories particulières d'œuvres, soit à permettre à l'auteur de renoncer à ses droits, d'abandonner l'œuvre au domaine public ou d'en réduire la durée de protection¹¹. Je ne discuterai pas davantage de ces licences qui sont moins fréquemment utilisées et qui posent des problèmes spécifiques.

Lorsque l'auteur a effectué son choix entre ces différentes licences, le contrat final qui régira son œuvre lui est fourni en trois formats. Le premier est appelé le *Legal Code* ou Code juridique, dénomination qui cache mal une certaine appréhension des non-juristes à l'égard du jargon contractuel. C'est le contrat en tant que tel, qui contient l'entièreté des termes et conditions relatifs à l'utilisation de

l'œuvre. Cette licence est bien entendu accessible à l'utilisateur et à l'auteur¹² mais, afin de ne pas les noyer dans les détails juridiques de celle-ci, le système *Creative Commons* génère également une sorte de résumé du contrat, qui sera d'ailleurs le premier document qui apparaîtra tant à l'auteur qu'à l'utilisateur. Ce résumé s'intitule dans le lexique particulier de *Creative Commons* le *Commons Deeds* ou la *Human-Readable License* (ce qui fut traduit en français par Résumé Explicatif). Ce document reprend en une page les droits et obligations octroyés par la licence. C'est ici qu'intervient l'une des plus intéressantes inventions du projet : des icônes visualisent ces droits et obligations, ce qui permet à l'utilisateur, du moins à celui qui est habitué à l'icônergraphie propre à *Creative Commons*, de savoir en un instant quelle est la licence qui gouverne l'utilisation et la distribution de l'œuvre. Ces symboles sont les suivants :

	Paternité (ou Attribution)
	Pas d'utilisation commerciale
	Pas de modification
	Partage des Conditions initiales à l'identique

En conséquence, une œuvre diffusée sous la licence Paternité – Pas d'utilisation commerciale – Partage des conditions initiales à l'identique sera accompagnée des logos suivants :



8. Pour plus d'informations sur les différentes licences offertes par *Creative Commons*, v. : < <http://creativecommons.org/license> >.

9. Les noms des licences sont ceux des licences telles que traduites en droit français. Dans la version générique des licences le terme Attribution remplace celui de Paternité. Les licences belges ont fait le choix de conserver ce terme Attribution, plutôt que Paternité, afin de conserver un terme moins sexuellement déterminé.

10. La version générique de cette licence est la License Attribution – Share Alike. *Share Alike* a parfois été traduit en français plus simplement par « Partage à l'identique ».

11. Il s'agit de la *Public Domain Dedication License* (l'auteur renonce à ses droits), la *Founder's Copyright License* (l'auteur ne protège ses œuvres que pour une durée de protection de quatorze ans), la *Share Music License* (licence adaptée aux œuvres musicales), la *Developing Nations license* (qui accorde plus de droits aux pays en voie de développement) ainsi que diverses licences particulièrement adaptées au *sampling* musical (les *Licences Sampling*). Sur ces licences, v. : < <http://creativecommons.org> >.

12. En principe, ce code juridique doit être lu et approuvé par l'auteur et par l'utilisateur, qui sont les parties à ce contrat, à défaut de quoi le consentement d'une des parties est manquant et le contrat est réputé ne pas avoir été valablement conclu. On pourrait peut-être estimer que le consentement au résumé explicatif suffit à lier les parties à la licence dont les détails, explicités dans le code juridique, rentreraient dans le champ contractuel à titre d'usage. La condition d'une telle hypothèse serait que les licences *Creative Commons* et les symboles qu'elles utilisent aient acquis force d'usage sur Internet, ce qui est encore loin d'être évident. Les clauses du contrat pourraient également être qualifiées de conditions générales dont l'opposabilité serait admise en raison du résumé explicatif qui y renvoie explicitement.

Le dernier format des licences est technique. La licence est traduite par l'outil qui génère les licences en code digital qui contient les éléments nécessaires pour permettre d'apposer cette licence à l'œuvre lorsqu'elle est communiquée en ligne. Ce codage numérique de la licence sert également d'identification de l'œuvre qui peut dès lors être retrouvée par les moteurs de recherche qui seraient à la trace de contenus sous licence *Creative Commons*.

Un autre choix offert à l'auteur, donneur de la licence, concerne la loi régissant celle-ci. En dépit de l'origine américaine du projet, *Creative Commons* s'est lancé dans un vaste programme d'adaptation de ses licences aux droits nationaux¹³. Sous la supervision d'une équipe de juristes liée au projet, des groupes nationaux, dans plus d'une trentaine de pays¹⁴, ont effectué la traduction des licences à la fois pour les rendre compatibles au système juridique en vigueur dans leur pays et pour qu'elles soient rédigées dans la langue locale. La supervision du processus d'acclimatation des licences, centralisée au sein du projet *Creative Commons*, permet de garantir la compatibilité des textes nationaux entre eux et avec les licences génériques originales. La décentralisation même du système de licences offre par contre aux auteurs et aux utilisateurs une lisibilité accrue du langage de celles-ci et une garantie du respect de leur droit national¹⁵.

Toutes les licences accordent le droit de reproduire, communiquer et distribuer l'œuvre au public. La licence est mondiale, gratuite, non exclusive et perpétuelle. Selon le type de licence choisie, le preneur de licence dispose également du droit de créer des œuvres dérivées et/ou du droit d'utiliser l'œuvre à des fins commerciales. La licence précise que tous les droits qui ne sont pas expressément concédés par le donneur de licence sont réservés, à l'exception des prérogatives octroyées par les exceptions et limitations aux droits exclusifs. Les obligations de l'utilisateur sont d'inclure une copie de la licence à chaque exemplaire de l'œuvre qu'il distribue ou communique, de conserver intactes toutes les indications qui renvoient à la licence et à la clause de garantie et d'exonération de responsabilité qu'elle contient, de mentionner l'identité de l'auteur original et des auteurs des œuvres dérivées et de s'abstenir d'imposer des conditions d'utilisation de l'œuvre qui modifient ou restreignent les termes de la licence ou d'apposer sur l'œuvre des dispositifs techniques qui auraient le même effet.

L'absence de toute garantie quant à l'œuvre et l'exonération de toute responsabilité par le donneur de licence, qui sont caractéristiques des licences libres, surtout en matière de logiciels, se retrouvent également ici. La licence est dite perpétuelle, du moins pour la durée du droit d'auteur ou du droit voisin applicable à l'objet de la licence. Elle est aussi irrévocable, en dehors du cas de la violation d'une obligation contractuelle. Cette irrévocabilité de principe n'empêche toutefois pas l'auteur de diffuser son œuvre sous une autre licence ou à d'autres conditions, ni de cesser toute distribution publique de l'œuvre. Néanmoins, que l'auteur opte dans un deuxième temps pour l'application d'un autre

régime contractuel à son œuvre, ne mettra pas fin aux licences *Creative Commons* en cours, ni à la possibilité pour les bénéficiaires de celles-ci de reproduire l'œuvre et de la diffuser au public. J'y reviendrai.

C. Les raisons du recours aux licences *Creative Commons*

C'est un autre exercice des droits de propriété intellectuelle qui est revendiqué par le système *Creative Commons*, un exercice qui favoriserait le partage et la réutilisation des œuvres et non un contrôle absolu sur l'accès à celles-ci (telle qu'est souvent perçue la logique dominante actuelle en matière de droit d'auteur). Dans cette perspective, *Creative Commons* a développé toute une rhétorique encourageant les créateurs à adhérer à cette éthique du partage, de création par sédimentation et de liberté de jouissance des œuvres, transformées en biens communs. Le contrat de licence, outil généralement associé au contrôle de l'utilisation des œuvres, est certes utilisé par *Creative Commons* mais il incarne cette volonté de liberté que l'auteur souhaiterait accorder à son public, l'objectif final de *Creative Commons* étant de stimuler la collaboration entre les créateurs afin qu'un large répertoire de contenus culturels soit désormais accessible à tous, notamment aux futurs créateurs. De nombreux créateurs répondent favorablement à ce discours, soit parce qu'ils sont résolument opposés au droit d'auteur, soit parce qu'ils sont déjà dans une logique de partage et d'accès libre à leurs œuvres. Les auteurs scientifiques ou les enseignants sont des exemples de cette deuxième catégorie. Mais des artistes plus traditionnels sont également de plus en plus attirés par le modèle *Creative Commons* qu'ils jugent plus conforme à l'idée qu'ils se font de la culture et de la diffusion de leurs œuvres.

13. Pour les licences françaises, v. < <http://fr.creativecommons.org/> > ainsi que M. Clément-Fontaine, Les licences Creative Commons chez les Gaulois : RLDI janv. 2005, p. 33 sq.

14. La liste des pays impliqués dans ce processus est disponible sur < <http://creativecommons.org/worldwide/> >.

15. Il faut cependant admettre que la satisfaction du double objectif que constituent d'une part la compatibilité des licences avec un régime national particulier et d'autre part, la similarité de l'ensemble des versions nationales des licences, est forcément illusoire. Lors de l'adaptation des licences dans les droits nationaux, on a bien vu que l'existence de particularités d'un régime national de droit d'auteur pouvait requérir une adaptation spécifique de la licence et, partant, une dérogation par rapport aux termes génériques de départ. Dans certains cas, les personnes de *Creative Commons* en charge de ce processus international ont préféré la similitude des licences au strict respect de la loi nationale et ont rejeté la modification proposée, quitte à garder le problème à l'esprit pour une prochaine version des licences. Cela a été fait pour le droit moral qui ne peut faire l'objet d'une licence dans certains États et qui fait actuellement l'objet d'une discussion au sein de *Creative Commons* qui envisage une révision des licences pour en tenir compte. Dans d'autres cas, *Creative Commons* a admis une modification mineure des licences, souhaitable en vertu du droit national, même si la licence qui en résulte n'est plus strictement identique à la licence générique dans la lettre, si ce n'est dans l'esprit.

Lors du lancement des licences en Belgique, de nombreux projets y recourant ont été présentés : un réseau de radios libres et associatives s'échange des programmes sous de telles licences ; une chercheuse diffuse sur Internet un outil de recherche spécifique au domaine de la science et principalement destiné aux étudiants dans une licence *Creative Commons* ; un artiste collecte les impressions des visiteurs d'une exposition d'art contemporain et les fournit ensuite sous licence *Creative Commons*.

Tous ces créateurs avaient l'impression que le droit d'auteur classique ne leur permettait que de bloquer et contrôler l'accès au contenu, de réserver tous les droits relatifs à celui-ci¹⁶. Mais ils n'avaient pas plus envie de laisser leurs œuvres sans aucune protection ni d'en autoriser toute utilisation. *Creative Commons* leur fournit une solution intermédiaire : leurs droits sont protégés, le partage et la réutilisation sont permis mais seulement dans les limites choisies par l'auteur. Ce modèle convient à de nombreux créateurs, surtout en dehors de la sphère proprement artistique, créateurs qui ne sont généralement pas rémunérés pour les contenus qu'ils créent (ils sont généralement rémunérés d'une autre manière, par exemple en tant que salariés) et ont pour pratique usuelle de partager le contenu créé avec leurs pairs ou avec le public.

Creative Commons rappelle que le droit d'auteur n'est pas qu'un droit d'interdire la reproduction ou la communication d'une œuvre ou de ne l'autoriser que contre espèces sonnantes et trébuchantes. C'est un droit d'autoriser et d'interdire et l'ayant droit peut parfaitement décider d'autoriser très largement l'utilisation de son œuvre, le but même de la propriété littéraire et artistique étant d'offrir cette maîtrise et ce choix aux auteurs.

Alors que les titulaires de droits ont jusqu'ici développé de nombreux outils pour exercer leur droit d'interdire, contrats de licence, gestion collective, dispositifs techniques de gestion, il n'existait pas réellement de moyens formels d'encadrer une volonté d'autoriser de nombreuses utilisations de l'œuvre. La règle générale du droit d'auteur étant que ce qui n'est pas explicitement autorisé, par la loi ou par l'auteur, est interdit, l'abstention ou le silence de l'auteur ne présuppose pas une liberté d'utilisation, pas plus que la diffusion de l'œuvre sur Internet par exemple. Les licences *Creative Commons* formalisent cette volonté de liberté d'utilisation et d'exercice du droit d'autoriser, ce qui doit être salué. Ce faisant, *Creative Commons* ne démantèle pas la maison du droit d'auteur, mais use de certains de ses outils pour redonner forme à une partie de celle-ci.

Il faut également noter que cette déontologie du partage implique que le modèle économique mis en place par les licences est celui de la gratuité. Les utilisateurs des œuvres *Creative Commons*, du moins s'ils satisfont aux conditions de la licence, ne doivent pas rémunérer les auteurs en contrepartie de l'utilisation qu'ils font des œuvres. La fonction incitative du droit d'auteur apparaît dans ce cas dénuée d'une grande partie de son fondement, en tout cas si on limite l'incitation que fournit le droit intellectuel à une rémunération financière¹⁷.

En outre, la distribution des œuvres sous *Creative Commons* n'empêche aucunement l'auteur de les diffuser commercialement par ailleurs ou de conclure un contrat d'exploitation avec un éditeur ou un producteur. L'utilisation libre et gratuite conférée par la licence n'est pas exclusive d'autres utilisations ou licences que l'auteur pourrait octroyer relativement à son œuvre. Cependant, il ne faut pas être naïf : la circulation de l'œuvre sous une licence *Creative Commons* diminue certainement l'intérêt commercial de l'œuvre. En recourant à une licence *Creative Commons* « non commerciale », l'auteur se réserve la possibilité d'offrir son œuvre à un exploitant, mais ce dernier pourrait hésiter à investir de l'argent dans un produit qui est disponible librement sur Internet ou ailleurs. Dans la mesure où les licences *Creative Commons* sont dites irrévocables et perpétuelles, l'auteur peut certes décider de ne plus diffuser son œuvre sous la licence et sortir de ce système, mais il ne pourra empêcher quiconque ayant obtenu le droit d'utiliser l'œuvre en vertu de la licence de la reproduire et de la distribuer. L'auteur ne pourra pas plus retirer de la circulation les copies « libres » de son œuvre si ces dernières ont été réalisées conformément à ce qu'autorisait la licence.

En conclusion, si l'intérêt poursuivi par le créateur est l'espoir d'une rémunération, *Creative Commons* n'est sans doute pas un régime avantageux. Il en est tout autrement des créateurs qui ne souhaitent pas être payés pour ce qu'ils créent mais sont plus intéressés à voir leurs œuvres largement diffusées.

II. Les outils du maître à l'assaut de la maison du maître : la subversion du droit d'auteur par l'outil contractuel

A. Le contrat comme régulation privée des œuvres

C'est donc par contrat qu'un auteur qui endosse la casquette d'un *Creative Commoner* consent à renoncer à un



16. C'est ainsi que *Creative Commons* fait référence à l'exercice traditionnel du droit d'auteur, en parlant d'un schéma de « *all rights reserved* » ou « tous droits réservés », qualifiant par contre le système de licences proposé par l'expression « *some rights reserved* ». C'est bien entendu une impression fautive du droit d'auteur qui est aussi par bien des côtés un régime de « *some rights reserved* », dans la mesure où l'exercice du droit d'auteur vise généralement à accorder des autorisations d'utilisation, que le droit est limité et que des exceptions ou des licences légales permettent certaines utilisations.

17. D'autres éléments peuvent en effet jouer un rôle d'incitants. Par exemple la réputation que le créateur gagnerait suite à la dissémination de l'œuvre en *Creative Commons* ou la possibilité de recevoir des financements pour son travail ultérieur, parce qu'il a ainsi attiré l'attention des organismes de financement public, de producteurs ou d'employeurs. C'est un phénomène qui fut très courant en matière de logiciels libres, mais on peut imaginer que les artistes puissent également bénéficier de retombées secondaires suite à la distribution de leurs œuvres dans un modèle libre.

strict exercice de ses droits sur l'œuvre. Cet appui contractuel pourrait bien se révéler être le talon d'Achille de la stratégie de *Creative Commons*. Depuis quelques années en effet, la maîtrise exercée contractuellement par les ayants droit sur l'accès et l'utilisation de leurs œuvres a été considérée par beaucoup comme un contrôle de plus en plus excessif, bloquant indûment l'accès à la culture et à l'information. C'est surtout la propension de certains contrats de licences à interdire certains usages de l'œuvre, à dénier le bénéfice de certaines exceptions ou à en régler les conditions, à limiter la revente ou la disposition de l'œuvre (logicielle surtout) ou à protéger des éléments normalement non protégés par un droit exclusif qui fait l'objet des plus vives critiques. On a pu parler à cet égard, surtout lorsque de tels contrats sont associés à des moyens techniques qui en assurent une exécution immédiate, de régulation privée du droit d'auteur. Le terme utilisé par la doctrine anglo-saxonne est celui de *private ordering*, défini comme le phénomène par lequel l'utilisation de l'information est gouvernée par des modes de régulation dont l'étendue et les limites sont déterminées par des acteurs privés et non plus par le législateur¹⁸.

En un sens, on peut comprendre la stratégie de *Creative Commons* comme un mode privé de régulation du droit d'auteur. Dans un article récent¹⁹, N. Elkin-Koren critique le recours par *Creative Commons* à l'outil contractuel en usant de l'argument suivant : « Claiming property rights in creative works is therefore communicating a message that information is proprietary, that it always has an owner. It strengthens the perception of informational works as commodities which are subject to exclusive rights. It reinforces the perception that a license is always necessary, and that sharing is prohibited unless authorized²⁰ ».

Cette référence aux droits de propriété et au contrat reflète une logique d'exclusion qui contredit quelque peu la philosophie du partage promue par *Creative Commons* et semble admettre que le recours à l'outil de la licence est une stratégie légitime en droit d'auteur.

La citation de A. Lorde utilisée en exergue de cet article illustre parfaitement cette critique : les outils du maître, soit les moyens privés de réservation tels le contrat, ne pourront jamais démanteler la maison du maître ou le droit d'auteur tel qu'il est devenu suite à l'usage de contrats excédant les limites légales. En recourant à ce même outil contractuel pour exercer la volonté de l'auteur sur l'œuvre, *Creative Commons* accomplit exactement ce qu'il cherche à dénoncer dans le droit d'auteur actuel.

L'on pourra m'objecter que cette régulation so-disant privée de l'utilisation d'une œuvre n'est que l'exercice légitime du droit d'autoriser ou d'interdire que confère la propriété littéraire et artistique. Mais ce qui est surtout contesté, c'est l'appropriation du contrat pour outrepasser l'étendue du droit telle que définie par la loi et pour réguler de manière complètement unilatérale le périmètre du monopole sur l'œuvre.

B. Le contrat comme outil de marchandisation des œuvres

Ce n'est pas seulement une critique abstraite et idéologique. La construction contractuelle de *Creative Commons*, comme tout système de licences libres, requiert que sa validité et son opposabilité soient reconnues. Ces systèmes se caractérisent par le fait que chaque utilisateur de l'œuvre faisant l'objet de la licence est dit lié par les termes de cette dernière. C'est ce qu'on a appelé l'effet viral des licences libres ou *open source*²¹. Le contrat peut être qualifié de viral lorsqu'un produit, généralement sous forme digital, incorpore les termes du contrat qui le gouverne, à quelque étape de la chaîne de distribution que ce soit, ce qui a pour effet de lier quiconque a accès au produit ou entre en sa possession. Une telle définition s'applique tant aux licences des produits Microsoft, aux licences utilisées pour la musique en ligne et aux licences *Creative Commons*. Elle permet d'offrir un bien ou un service tout en imposant des conditions contractuelles, qu'elles soient restrictives dans le modèle dit propriétaire ou généreuses dans le modèle du libre, à tout utilisateur du produit ou service.

Les licences *Creative Commons* précisent qu'en exerçant des droits sur l'œuvre, tels que les droits de reproduction, de distribution ou de communication, l'utilisateur est censé accepter le contrat²². C'est également une manière d'obtenir le consentement du preneur de licence qui a été utilisée par l'industrie du logiciel, notamment dans son modèle de licences dites sous emballage ou *shrinkwrap*. Ce qui explique que cette industrie n'a pas toujours été hostile au développement du modèle libre qui, en définitive, repose sur une contractualisation automatique de chaque utilisation du logiciel²³. Si les cours et tribunaux reconnaissent la validité d'un tel mode de conclusion du contrat, qui fait de chaque utilisateur une partie à une licence sans que son consentement ne soit effectif ou informé, la propagation



18. V. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, op. cit., p. 207 sq. et les références citées.

19. N. Elkin-Koren, *What Contracts Can't Do : The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons*, Intervention lors du séminaire international *Governance, Regulations and Powers on the Internet*, Paris, 27-28 mai 2005, p. 21 (à paraître).

20. *Idem*, p. 34.

21. Sur l'effet viral de licences *open source*, v. Y. Cool, H. Haouideg, P. Laurent, F. de Patoul et D. Deroy, *Les aspects juridiques du logiciel libre*, Bruxelles, Bruylant, Cahier du CRID, n° 24, 2005.

22. V. le préambule de toutes les licences *Creative Commons*. Une telle disposition est contestable dans la mesure où la seule utilisation n'impliquera pas nécessairement un consentement aux termes du contrat. Toutefois cette règle apparaît également dans la licence GPL en matière de logiciel libre, licence qui a déjà été validée par une juridiction allemande. V. Landgericht München, 5 avr. 2004, disponible sur < http://www.internet-observatory.be/internet_observatory/pdf/legislation/jur/jur_de_2004-04-05.pdf >.

23. V. R. W. Gomulkiewicz, *How Copyleft Uses License Rights to Succeed in the Open Source Software Revolution and the Implications for Article 2B* : *Houston L. Rev.* 1999, vol. 36, p. 179 sq.

de licences de logiciels contenant des dispositions dérogatoires à la loi et dans certains cas excessives n'en sera que facilitée, alimentant encore les critiques faites à ce propos. N. Elkin-Koren met en garde contre les conséquences inattendues du modèle contractuel mis en place par *Creative Commons*, en prévenant que rendre opposables ces licences, en admettant que la seule utilisation d'une œuvre implique le consentement aux termes du contrat qui la gouverne, permettra à l'industrie du logiciel ou plus généralement des contenus digitaux d'imposer, par le même mécanisme, des conditions contractuelles autrement plus contraignantes²⁴.

M. Radin a développé une réflexion intéressante sur cette nouvelle forme de contrat qu'elle dénomme le « contrat-comme-produit »²⁵ : « the terms are part of the product, not a conceptually separate bargain ; physical product plus terms are a package deal »²⁶. On retrouve ce nouveau modèle de contrat dans les contrats d'adhésion, les contrats *click-wrap*, les contrats générés automatiquement par la machine, notamment dans certains systèmes de gestion électronique de droits, et surtout dans le contrat dit viral. Dans ce dernier cas, les termes du contrat accompagnent l'œuvre tout au long de sa dissémination et la licence est intégrée dans l'objet qu'elle régule. C'est particulièrement vrai dans les licences *Creative Commons* dans la mesure où le processus de création de la licence est entièrement automatisé et se présente dans un format digital prêt à être associé indissociablement à l'œuvre. Il n'y a pas de plus bel exemple d'une offre du produit que constitue la licence avec le produit que constitue l'œuvre. Une telle transformation de l'œuvre en un produit comprenant déjà ses conditions d'utilisation contribue à la marchandisation (ou *commodification* pour employer un anglicisme à la mode) grandissante dont souffre le droit d'auteur et qui nourrit justement les critiques dans lesquelles *Creative Commons* puise son origine.

Sur ces deux points, la technique de formation du contrat d'une part, et la vision d'une œuvre transformée en produit, objet d'échange sur le marché d'autre part, la maison du maître risque bien d'être solidifiée par l'intervention de *Creative Commons*.

III. Les outils du maître comme outil de subversion : le nouveau rôle de l'auteur en droit d'auteur

A. L'auteur au centre d'un nouveau mode d'exercice du droit d'auteur

Malgré cette critique préliminaire de la stratégie de *Creative Commons*, ne peut-on pas quand même admettre qu'elle puisse avoir un effet subversif ? Le recours à des outils décriés du droit d'auteur ne peut-il pas revêtir une fonction parodique qui pourrait en définitive brouiller le sens de ces outils ainsi que de l'ensemble du régime du droit d'auteur ? Le *laissez-faire* de *Creative Commons* est qu'en utilisant les licences, non pour contrôler et restreindre l'utilisation des œuvres, mais

pour élargir les libertés de l'utilisateur, l'on aboutirait à un changement des pratiques sociales relatives à la diffusion de la création et partant, à une altération de la signification du droit d'auteur.

Cet effet subversif ne doit pas être négligé ou sous-estimé. Exercer son droit d'auteur de manière antinomique à ce qui est devenu, du fait de l'industrie du contenu, la manière usuelle et presque normative d'exercer son droit exclusif, pourrait bien avoir pour effet de démontrer que la rhétorique du contrôle et de la rémunération que nombreux aujourd'hui assimilent au droit intellectuel n'est pas chose naturelle, mais est une construction. Que cette rhétorique soit réduite à un choix parmi d'autres, et l'impératif d'un droit d'auteur toujours plus étendu et donnant plus de pouvoir de contrôle (impératif qui tend à dominer toute modification législative), perdrait de sa force. En ce sens, l'on assisterait sans aucun doute à une re-signification de la propriété littéraire et artistique. La stratégie de *Creative Commons* aurait alors payé.

Mais le projet a un autre effet subversif. *Creative Commons* s'adresse aux créateurs eux-mêmes et vise à leur donner la possibilité de distribuer leurs œuvres aux conditions qu'ils souhaitent, ce qui remet l'auteur au centre du droit d'auteur²⁷. Or, l'on sait combien ces dernières années, le législateur a privilégié les intérêts économiques de l'industrie du droit d'auteur, poussé dans le dos par le législateur communautaire ou international, au point que certains n'ont pas hésité à dire que « le droit d'auteur est devenu un droit sans auteur »²⁸. Dans le régime des *Creative Commons*, l'auteur reprend une place centrale : il conserve ses droits et décide de ce qui peut être fait de son œuvre, sans qu'un intermédiaire lui dicte quel devrait être le mode d'exploitation de son œuvre. C'est sans doute une des raisons pour lesquelles nombreux sont les artistes qui sont séduits par le projet qui leur restitue en quelque sorte une autonomie de décision depuis longtemps perdue. En ce sens, *Creative Commons* donne forme à un *copyright* qui est un droit d'auteur, ce qui ne peut être que positif.



24. N. Elkin-Koren, *What Contracts Can't Do...*, *op. cit.*, p. 57.

25. M. Radin, *Incomplete Commodification in the Computerized World*, in N.-W. Netanel et N. Elkin-Koren, *The Commodification of Information*, Kluwer Law International, 2002, p. 3 *sq.* ; M. Radin, *Humans, Computers and Binding Commitment* : *Ind. L.J.* 2000, vol. 75, p. 1125.

26. M. Radin, *Humans, Computers and Binding Commitment*, *op. cit.*, p. 1125. Elle oppose ce modèle au contrat-comme-consentement dans lequel les parties doivent consentir aux conditions qui gouverneront le produit ou service faisant l'objet du contrat. Dans ce modèle traditionnel de contrat, il doit y avoir une rencontre des volontés et une possibilité de négociation.

27. N. Elkin-Koren, *What Contracts Can't Do...*, *op. cit.*, p. 17.

28. A. Berenboom, *Une nouvelle loi sur le droit d'auteur* : *Journal des Tribunaux* 1989, p. 117 ; C. Caron, *La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen* : *Com. com. électr.* mai 2001, chron. 13.

B. L'auteur comme « fondateur de discursivité »

Le nouveau rôle que *Creative Commons* prête aux auteurs diffère essentiellement de la position traditionnelle de l'auteur et peut même, dans une certaine mesure, éroder leur relation à l'œuvre. Dans un autre article²⁹, j'ai analysé combien la figure de l'auteur dans les mouvements libres, de l'*open source* au *Creative Commons*, dérogeait au concept d'auteur romantique traditionnellement associé au droit d'auteur. L'auteur « libre » (mais l'est-il vraiment ?) est plus proche de l'auteur postmoderne décrit par Barthes³⁰ ou Foucault³¹. Les licences libres contestent en effet l'idée d'un auteur génie qui serait le seul à décider du sens de ses œuvres et de la manière dont le public et d'autres créateurs doivent les comprendre, les lire, les utiliser. Auteur qui tracerait, en quelque sorte, la limite entre le permis et l'interdit, entre sa création originale et sa réutilisation, forcément contrefaisante. Dans les années 60, Barthes proclame la mort de l'auteur : « c'est le langage qui parle, ce n'est pas l'auteur »³². Émergent les notions d'« hypertexte » et d'« intertextualité » qui à la fois témoignent de la nature évolutive, modifiable et ouverte du texte s'opposant à la notion d'unité de l'œuvre et introduisent le lecteur, l'utilisateur de l'œuvre, dans le processus de production et de création. L'œuvre est partagée, la distance entre l'écriture et la lecture est abolie, liant l'écriture et la lecture dans une même pratique signifiante. Foucault, dans *Qu'est-ce qu'un auteur ?*³³, fait de l'auteur un « fondateur de discursivité », soit un auteur qui n'est qu'à l'origine d'un texte, d'une œuvre toujours en formation, qui se complète sans cesse des apports d'autres auteurs et qui ouvre un certain nombre de possibilités d'applications dans une chaîne de création qui procède par sédimentation.

La création dans un modèle libre a son postulat dans un paradigme similaire de discursivité, dans lequel l'auteur premier n'est que celui qui instaure l'acte de base du discours, celui qui fonde tous les possibles. C'est ce que *Creative Commons* cherche à encourager, que l'artiste ne considère plus son œuvre comme une propriété au sens définitif, marquée du sceau de sa seule personnalité, mais comme un matériau appropriable par d'autres dans un but d'énonciation d'un discours plus large. C'est une pratique discursive et interactive, un jeu entre le créateur et l'utilisateur, qui est promue par l'ensemble du mouvement du *copyleft*. Le pouvoir d'interdiction que représente normalement l'auteur disparaît ou presque³⁴ : il a perdu sa position dominante, comme source de la seule signification de l'œuvre. Alors que le droit de la propriété littéraire et artistique est resté jusqu'ici largement perméable à ces réflexions sur le rôle de l'auteur dans nos sociétés postmodernes – l'idée de l'auteur qui date du XVIII^e siècle imprègne tout le régime du droit d'auteur, de la notion d'originalité, définie comme l'empreinte personnelle de l'auteur et condition de la protection de l'œuvre par le droit d'auteur, au droit moral, protection de la personnalité de l'auteur dans

l'œuvre –, les mouvements dits libres expérimentent en droit d'auteur cette nouvelle vision du créateur. Si les auteurs adhèrent à la philosophie prédominante des *Creative Commons* et autorisent la modification de leurs œuvres et le partage à l'identique de cette œuvre toujours en devenir³⁵, le sens et la fonction de l'auteur, personnage crucial de la propriété littéraire et artistique, auront assurément été métamorphosés, ce qui ne sera pas sans conséquence sur la portée même du droit d'auteur. Un espace essentiel de la maison du droit d'auteur aura dès lors été modifié.

IV. Un nouveau maître dans la maison : la disparition de l'auteur au profit des utilisateurs

A. L'alibi de l'auteur dans l'idéologie de *Creative Commons*

Il faut toutefois nuancer cet optimisme quant à l'autonomie recouvrée de l'auteur. Car le projet *Creative Commons* s'accompagne d'une idéologie presque militante qui pousse les créateurs à laisser circuler librement leurs œuvres. L'action de *Creative Commons* n'est pas uniquement de développer un jeu de licences permissives mais également de convertir à la religion des « commons », des biens communs, et de la propager. Dans son livre le plus récent, *Free Culture*³⁶, L. Lessig s'efforce de convaincre que sa vision du partage des œuvres protégées par un droit d'auteur est la seule manière éthique d'exercer ce droit, multipliant les exemples d'abus par l'industrie de leurs droits et de projets créatifs abandonnés par suite d'un droit d'auteur d'autrui.

Free Culture prétend traduire le désir le plus profond des créateurs et la réalité de la création artistique. Mais, de tous les chapitres qui composent cet ouvrage, seul un chapitre porte le titre *Creators*. Et ce chapitre n'évoque que la difficulté que les créateurs peuvent ren-



29. S. Dusollier, *Open source et Copyleft : une remise en cause de la figure de l'auteur ?*, in A. Strowel (éd.), *Autour de la figure de l'auteur*, Bruxelles, Bruylant, à paraître.

30. R. Barthes, La mort de l'auteur, *Manteia*, n° 5, 4^e trimestre 1968, reproduit in *Oeuvres complètes*, t. 2, édition du Seuil, 1994, p. 491.

31. M. Foucault, Qu'est-ce qu'un auteur ? : *Bulletin de la société française de philosophie* juill.-sept. 1969, p. 73, reproduit in *Dits et Écrits*, I, 1954-1968, Gallimard, 1994, p. 789 sq.

32. R. Barthes, *op. cit.*

33. M. Foucault, *op. cit.*

34. Ainsi que J. Ginsburg me l'a fait justement remarquer, ce manque de contrainte sera limité lorsque l'auteur choisit de ne pas admettre la réalisation d'œuvres dérivées sous une des licences Pas d'œuvres dérivées. La possibilité d'une discursivité élargie entre l'auteur et son public est alors annulée et l'auteur continue à incarner la figure de l'auteur romantique.

35. V. la note précédente.

36. L. Lessig, *Free Culture*, *op. cit.*

anarchy, not freedom »³⁸. Il est évident que le but de *Creative Commons* n'est pas de dénier aux créateurs toute rémunération, mais les licences ne prévoient pas de paiement en contrepartie de l'utilisation des œuvres et un de leurs effets collatéraux pourrait bel et bien être l'affaiblissement de la position des artistes dans l'environnement culturel. La législation sur le droit d'auteur les laisse déjà trop souvent à la merci des pressions économiques des éditeurs et producteurs. L'emphase que le législateur a mise ces dernières années sur les intérêts économiques de l'industrie du droit d'auteur ne préjudicie pas seulement le public mais également les créateurs qui font de moins en moins confiance au pouvoir de protection du droit d'auteur.

Cette influence possible de *Creative Commons* sur les conditions de la création n'est pas uniquement théorique. Lors du lancement des licences en Belgique, fut évoqué l'exemple d'un important théâtre public qui exerçait des pressions sur les auteurs dramatiques pour qu'ils renoncent à leurs (maigres) 3 % de royalties. On peut imaginer que ce théâtre n'hésitera pas à inciter ces derniers à diffuser leur pièce sous une licence *Creative Commons*. Le fait que cette licence peut être restreinte aux utilisations non commerciales n'est pas forcément rassurant car cette notion n'est que vaguement définie dans les licences qui prévoient que dans ce cas les droits concédés ne peuvent être exercés « en ayant principalement l'intention ou en poursuivant l'objectif d'obtenir des avantages commerciaux ou une compensation financière personnelle ». Est-ce qu'un théâtre vivant de subventions publiques poursuit un objectif commercial ? Est-ce que les représentations théâtrales sont principalement données dans l'intention d'obtenir des avantages commerciaux ou une compensation financière ? Rien n'est moins sûr. Pourtant, pour les auteurs dramatiques, la représentation de leurs pièces dans cette catégorie de théâtres constituera probablement leur principale source de revenus³⁹.

Le don que *Creative Commons* promet doit être un don librement consenti par les artistes et ce consentement doit être réel et informé, mais il doit aussi être affranchi des règles d'une société qui, soudainement, déciderait que le travail artistique ne doit pas être rémunéré. Le statut de la création artistique est déjà dangereusement précaire dans nos sociétés : dans de nombreux pays européens, les artistes manquent d'une réelle protection sociale et la part des budgets et des politiques consacrés à la culture se réduit sans cesse. Les pouvoirs publics tendent à laisser le financement de la culture au marché. En recourant aux outils du marché pour promouvoir une culture libre, *Creative Commons* ne conteste pas cet abandon de la création aux forces du marché. Ne sera-t-il pas bientôt politiquement correct de diffuser son œuvre en *Creative Commons*, ou le choix du libre ne deviendra-t-il pas la posture par défaut de tout artiste qui sait qu'il ou elle ne doit rien espérer du financement public de la culture, en raison de son irrésistible diminution, ni de l'industrie privée, parce que son œuvre ne serait pas commercialement porteuse ?

L'idée d'un libre don à la société peut aussi avoir comme résultat de rendre plus invisible encore le travail de l'artiste, tout comme elle a rendu invisible le travail des femmes. Ce sont des risques que *Creative Commons* devrait prendre en compte en mettant davantage les créateurs et les conditions économiques et sociales de la création au cœur de son discours et de son projet⁴⁰.

C. Le libre partage ancré dans les besoins des utilisateurs

Parmi les utilisateurs dont les besoins justifient cette libre diffusion des œuvres, se trouve une part non négligeable de simples consommateurs. Un des objectifs de *Creative Commons* est en effet de faire en sorte que les utilisateurs finaux ne soient pas considérés comme des contrefacteurs lorsqu'ils utilisent des œuvres protégées et que le droit d'auteur n'entrave pas leur jouissance des œuvres et de la culture.

Il est pour le moins surprenant que l'assouplissement de l'exercice du droit d'auteur trouve ses racines dans les aspirations des consommateurs. Je serais la première à affirmer que le droit d'auteur ne doit pas traiter les utilisateurs finaux comme des pirates, un terme qui est à l'heure actuelle largement galvaudé et dont on abuse. Je dénonce également la manière dont le droit d'auteur est de plus en plus mis en œuvre à l'encontre de simples consommateurs : le droit d'auteur devrait contrôler l'exploitation publique des œuvres et non leur réception ou leur utilisation privée⁴¹. Néanmoins, mettre en avant les intérêts des consommateurs afin d'imposer une nouvelle norme du droit d'auteur sur les créateurs, n'est pas plus justifiable. Le consumérisme est une menace tout aussi réelle pour la propriété littéraire et artistique que la marchandisation galopante des œuvres, ce qui n'est pas étonnant si l'on considère que le premier n'est qu'un produit dérivé de la seconde dans nos sociétés modernes. Transformer les œuvres en simples marchandises a fait du public une masse de consommateurs indi-



38. L. Lessig, *Free Culture*, op. cit., p. XVI.

39. Si *Creative Commons* fournit, même intentionnellement, aux exploitants des œuvres les moyens de priver les créateurs de ce qu'ils pourraient gagner de la protection du droit d'auteur, cela donnerait certainement au maître le pouvoir de détruire, dans la maison du droit d'auteur, ce qui lui déplaisait, qui l'empêchait de s'y sentir complètement à l'aise, même s'il s'agissait aussi de ce qui faisait de cette maison un héritage précieux devant être préservé. Parfois, *Creative Commons* paraît oublier que le maître dans la maison du droit d'auteur est de plus en plus l'industrie de la culture et qu'en tant que maître, elle commande non seulement aux utilisateurs des œuvres, mais surtout aux artistes et aux auteurs originaux.

40. Le lancement de la version belge des licences *Creative Commons* a été suivi par deux jours de débat sur le mouvement du libre et la création artistique, à l'initiative d'une association dont l'objectif est de réfléchir sur la pratique artistique dans l'environnement digital. Un des thèmes soulevés était celui de l'économie du travail dans une société de *creative commons*. V. : < http://www.constantvzw.com/cn_core/vj8/events.php?id=24 >.

41. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, op. cit., p. 374 sq.

viduels et l'attention portée aux intérêts de ces derniers présuppose un régime du droit d'auteur qui conçoit les œuvres comme de simples produits échangeables sur un marché. Au-delà de *Creative Commons*, une grande part du discours régnant en droit d'auteur aujourd'hui oppose la protection de l'industrie aux demandes et droits des consommateurs, plutôt que de confronter la protection de l'auteur et l'accès du public aux œuvres. Ces derniers sont les termes dans lesquels il faut penser le droit d'auteur, les premiers n'étant que l'expression malencontreuse d'une économie de marchandises et non celle de la création artistique qui, si elle n'est pas la seule à être régie par le droit d'auteur, reste toutefois celle qui le justifie.

C'est en ce sens que la norme sociale exhortée par *Creative Commons* peut être dommageable. En basant sa proposition pour un régime alternatif du droit d'auteur, dans la culture et l'idéologie de la consommation, *Creative Commons* ne fait que répliquer une vision marchandisée et objectivée de la propriété littéraire et artistique et met les demandes des consommateurs pour un meilleur, et si possible, libre et gratuit accès aux œuvres, sur le même pied que la demande de l'industrie pour une plus grande protection de celles-ci. Loin de démanteler la maison du maître, cela ne ferait que substituer à l'industrie du droit d'auteur, les utilisateurs des œuvres, simples consommateurs ou exploitants, dans le rôle du maître.

Je reste persuadée que *Creative Commons* est une initiative utile lorsqu'il répond aux besoins propres des créateurs. Par exemple, parce ces créateurs sont des scientifiques qui veulent partager leurs connaissances avec leurs pairs, des enseignants qui veulent mettre leurs outils pédagogiques à la disposition de collègues, des projets non commerciaux qui veulent diffuser largement le contenu qu'ils créent, ou même des artistes qui incluent le partage, plus que la rémunération, dans leur processus artistique. Les licences *Creative Commons* constituent certainement un outil utile pour formaliser cette volonté de diffusion et de collaboration. Mais un vrai changement de la pratique sociale de l'exercice du droit d'auteur, vers moins de contrôle et d'excès, ne se fera pas sans une réflexion sur l'économie de la culture et les conditions de la pratique créative. *Creative Commons* devrait entamer cette réflexion sous peine de creuser encore plus le fossé entre les artistes et l'industrie des œuvres, résultat qui n'est certainement pas voulu par le projet. En assignant aux créateurs le rôle que les consommateurs et certaines industries exploitant les œuvres voudraient leur voir endosser, *Creative Commons* jouerait le jeu de ces nouveaux maîtres de la propriété intellectuelle.

Conclusion

Creative Commons n'apportera peut-être pas la révolution qu'il prédit. Certes, le projet n'est pas sans utilité lorsqu'il offre aux créateurs des outils pour encadrer les libertés qu'ils veulent octroyer au public de leurs œuvres, l'intérêt de ce régime étant précisément de recourir aux méthodes du droit d'auteur pour ce faire

et non de pousser les auteurs à renoncer à leurs droits. Toutefois, recourir ainsi aux mêmes outils qui ont fait du droit d'auteur un monopole de plus en plus étendu et controversé ne convainc pas entièrement. « Car les outils du maître ne démantèleront jamais la maison du maître » écrivait A. Lorde et elle ajoutait : « ils peuvent nous permettre provisoirement de le battre à son propre jeu, mais ils ne nous permettront jamais d'amener un véritable changement »⁴². En se reposant sur des contrats de licences et sur un jeu d'autorisation et d'interdiction, le système *Creative Commons* n'opère pas d'une manière sensiblement différente des industries du droit d'auteur qu'il dénonce par ailleurs. Les licences fournies aux auteurs prévoient que le simple usage de l'œuvre implique le consentement aux termes de celles-ci, ce qui contribue à une vision de l'œuvre comme un simple produit qui incorpore les règles qui en régissent l'échange et l'utilisation.

En outre, en envisageant le problème du droit d'auteur principalement du point de vue des utilisateurs des œuvres, en justifiant la réforme proposée sur leurs attentes et leurs besoins, *Creative Commons* oublie quelque peu l'auteur et favorise ainsi la régulation de la création par le marché même. J'ai écrit ailleurs qu'à l'origine, le droit d'auteur visait à réglementer la circulation des œuvres dans l'espace public, élément essentiel de la démocratie naissante, le marché n'étant qu'un élément incident, bien que nécessaire, à cette régulation⁴³. Le rôle de la propriété littéraire et artistique était d'associer la protection des créateurs à la nécessité d'un accès du public à la création, en d'autres termes de créer un dialogue entre les auteurs et le public⁴⁴. Aujourd'hui, le marché a pris une place plus significative dans le régime du droit d'auteur qui tient davantage compte des intérêts économiques des acteurs au point de faire en sorte que chaque utilisation de l'œuvre puisse faire l'objet d'un droit exclusif et donc d'une transaction sur le marché. Cette dérive ne pourra être atténuée qu'en remplaçant l'idée d'un dialogue social ou d'une sphère publique au cœur de la philosophie du droit d'auteur.

Je crains que *Creative Commons* ne s'occupe que de l'un des interlocuteurs du dialogue, le public, opportunément transformé en consommateurs, tandis que l'industrie du droit d'auteur ne s'intéresse qu'à l'autre interlocuteur, les exploitants des œuvres, qui se sont substitués aux auteurs. Seule une détermination adéquate et équilibrée de l'étendue du droit d'auteur est à même de prendre en considération les deux faces du débat et peut restaurer un dialogue entre l'auteur et son public, pour éviter une sujétion de l'un par l'autre.

Des projets tels que *Creative Commons* doivent impérativement intégrer cet aspect dans leur réflexion et son-



42. A. Lorde, *Sister Outsider*, op. cit., p. 112 (traduction libre).

43. Sur ce lien entre droit d'auteur et sphère publique, v. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres...*, op. cit., p. 220 sq.

44. N. Elkin-Koren, Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway : The Case Against Copyright Liability of Bulletin Board Operators, *Cardozo Arts & Ent L.J.*, 1993, vol. 13, p. 345.

ger aux conditions de la création artistique. Pour être réellement révolutionnaire, le choix vers le libre et le *copyleft* ne peut être l'effet d'une impossibilité résignée de rémunération du travail artistique, d'une invisibilité de la création et d'une logique imposée du don, au seul profit d'utilisateurs d'œuvres, individus ou exploitants, qui, figures postmodernes parfaites de consommateurs ou de concurrents, deviendraient triomphants. À l'inverse, ces mouvements dits libres doivent attribuer une valeur égale à la création et à la jouissance de celle-ci et accorder autant de liberté et d'autonomie aux créateurs et au public.

