

CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE –
COMMISSION SPECIALISEE

LA MISE A DISPOSITION
OUVERTE DES ŒUVRES DE
L'ESPRIT

Présidence : Valérie-Laure BENABOU et Joëlle FARCHY, Professeurs
des Universités.

Rapporteur : Damien BOTTEGHI, Auditeur au Conseil d'Etat.

INTRODUCTION.....	4
1.LA MISE A DISPOSITION OUVERTE : UN PHENOMENE POLYMORPHE.	5
1.1DES USAGES NOUVEAUX.	5
1.2DES LICENCES POUR DES LIBERTÉS CONSENTIES.....	6
1.2.1LA PHILOSOPHIE DU MOUVEMENT.....	6
1.2.2LES CARACTÉRISTIQUES DES LICENCES OUVERTES.	7
1.2.3DES MODÈLES DE LICENCES OUVERTES.....	8
1.2.3.1LE CAS DU LOGICIEL LIBRE.	9
1.2.3.2DES MODÈLES GÉNÉRALISTES, POUR DES UTILISATIONS NUMÉRIQUES OU NON NUMÉRIQUES.....	10
2.DES LOGIQUES ECONOMIQUES CONTRASTEES.....	13
2.1LES DOMAINES HISTORIQUES D'EXPANSION.	13
2.1.1LE MODÈLE DES LOGICIELS LIBRES : UNE ÉCONOMIE DE SERVICES ASSOCIÉS.	13
2.1.2L'ÉDUCATION ET LA RECHERCHE : UN FINANCEMENT PUBLIC DIRECT OU INDIRECT.	14
2.2LA PROPAGATION DANS LES SECTEURS CULTURELS.....	16
2.2.1DES MODÈLES COOPÉRATIFS.	16
2.2.2DES MODÈLES COMMERCIAUX.	17
2.3LES CONDITIONS DE LA PERTINENCE ÉCONOMIQUE.....	19
2.3.1UNE COMMUNAUTÉ SOUDÉE OU UNE « MARQUE » RECONNUE.....	19
2.3.2UN TRAVAIL COLLABORATIF ET ÉVOLUTIF.	20
2.3.3UNE ÉCONOMIE DE NOTORIÉTÉ.	20
3.DIAGNOSTIC.....	22
3.1 CONFORMITÉ DES FORMES DE MISE À DISPOSITION AVEC LE DROIT EXISTANT.	22
3.1.1 AU REGARD DU DROIT CIVIL.....	22
3.1.2 AU REGARD DU DROIT FISCAL.....	24
3.1.3 AU REGARD DU DROIT D'AUTEUR.....	25
3.1.3.1 LE RESPECT DU DROIT MORAL.	26
S'AGISSANT DU DROIT DE DIVULGATION.	27
S'AGISSANT DU DROIT DE RETRAIT ET DE REPENTIR.	28
S'AGISSANT DU DROIT DE PATERNITÉ.....	29
S'AGISSANT DU DROIT AU RESPECT DE L'INTÉGRITÉ DE L'ŒUVRE.....	29
3.1.3.2 L'ARTICULATION DES LICENCES OUVERTES AVEC LA GESTION COLLECTIVE.	29
3.2 LES DIFFICULTÉS LIÉES À LA MISE EN ŒUVRE DES LICENCES.....	33
3.2.1 LA COMPLEXITÉ DE LA CHAÎNE CONTRACTUELLE ET L'ABSENCE D'INTEROPÉRABILITÉ ENTRE LES LICENCES OUVERTES.	33
3.2.1.1 EXPRESSION DU CONSENTEMENT ET INFORMATION SUR LA PORTÉE DES CHOIX.....	33
3.2.1.2 LA MULTIPLICITÉ ET LA SEGMENTATION DES LICENCES DANS UN CONTEXTE INTERNATIONAL.....	34
3.2.1.3 LA DÉLICATE DÉTERMINATION DES USAGES COMMERCIAUX ET NON COMMERCIAUX.....	35
3.2.1.4 LES FACTEURS DE FRAGILITÉ JURIDIQUE SELON LES ACTEURS.....	36
POUR LES AUTEURS PRIMAIRES.	36
POUR LES TIERS UTILISATEURS.	37
POUR LES CRÉATEURS D'ŒUVRES DÉRIVÉES.	37

<u>3.2.2 LES DIFFICULTÉS LIÉES À L'ÉTABLISSEMENT DE LA PREUVE ET À L'EXÉCUTION.....</u>	<u>38</u>
<u>3.2.2.1 LA PREUVE.....</u>	<u>38</u>
<u>3.2.2.2 LE CONTRÔLE ET L'EXÉCUTION.</u>	<u>39</u>
<u>RELEVÉ DE CONCLUSIONS -</u>	<u>41</u>
<u>4.PROPOSITIONS.....</u>	<u>43</u>
<u>ANNEXES.....</u>	<u>45</u>
<u>ANNEXE N° 1 : LETTRE DE MISSION DU PRÉSIDENT DU CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE.....</u>	<u>45</u>
<u>.....</u>	<u>46</u>
<u>ANNEXE N° 2 : COMPOSITION DE LA COMMISSION.....</u>	<u>46</u>
<u>ANNEXE N° 3 : PERSONNALITÉS AUDITIONNÉES.....</u>	<u>47</u>

INTRODUCTION

La Commission spécialisée du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique relative à la mise à disposition ouverte des oeuvres de l'esprit s'est réunie d'octobre 2006 à avril 2007, sous la présidence de Mesdames Valérie-Laure Benabou et Joëlle Farchy, professeurs des Universités. Elle a rassemblé représentants des sociétés de gestion des droits d'auteur, des acteurs du monde du « libre » et des représentants de l'administration et chercheurs.

La réflexion de la Commission s'est fondée sur les éléments essentiels définis par la lettre de mission du 6 juillet 2006 du président du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, tout en se laissant la possibilité d'examiner les sujets qui apparaîtraient pertinents au fil de la réflexion.

Il a paru primordial, en première approche, de bien cerner le mouvement – encore nouveau et mal connu – de mise à disposition ouverte d'œuvres notamment par le biais de licences, avant d'analyser les difficultés que l'utilisation de ces mécanismes pouvait susciter et sur lesquelles une réflexion plus circonstanciée s'imposerait.

La Commission a choisi d'articuler ses séances autour des interventions de ses membres et d'auditions de personnes extérieures. Certaines des expériences décrites ont été retenues dans le rapport pour illustrer la démarche des personnes choisissant de mettre leurs œuvres à disposition d'autrui de manière ouverte. La Commission entendait non seulement aborder les questions juridiques mais encore les ressorts pratiques, économiques ou idéologiques qui sont essentiels à la compréhension du mouvement du « libre ».

L'organisation du rapport reflète cette méthode de travail.

1. Dans un premier temps, l'étude s'attache à cerner tout particulièrement les caractéristiques des diverses licences ouvertes qui sont apparues au cours des travaux comme les mécanismes les plus couramment utilisés pour octroyer des libertés d'utilisation des oeuvres ;
2. l'intérêt se porte ensuite sur les ressorts économiques et commerciaux des licences ouvertes, qui peuvent différer en fonction des secteurs concernés ;
3. une fois le phénomène approché dans ces deux dimensions, le rapport tente d'établir un diagnostic, d'une part, sur la compatibilité des licences ouvertes avec le droit existant (droit civil, fiscal, propriété intellectuelle) et, d'autre part, sur certaines faiblesses liées à l'organisation même des licences ouvertes ;
4. au terme des ces analyses, la Commission propose des actions qui lui paraissent opportunes.

1. LA MISE A DISPOSITION OUVERTE : UN PHENOMENE POLYMORPHE.

1.1 Des usages nouveaux.

1. Sous les termes de « libres », ouverts, libres de droits sont désignés **un ensemble de phénomènes très variés fondés autant sur la diffusion – et donc le partage – que sur la création collective**. Il est difficile de recenser précisément toutes les formes de partage car la mise à disposition ouverte est un mouvement puissant et large. Il emprunte les nouveaux outils du numérique et des réseaux mais ne se résume pas à ces techniques et couvre également, par exemple, des mises en présence d'œuvres graphiques et plastiques par le biais d'expositions ou d'événements interactifs avec le public. Par conséquent, sauf à réduire exagérément le phénomène, le vecteur utilisé pour la transmission de l'œuvre ne constitue pas un critère de détermination pertinent pour embrasser ce mouvement en son ensemble. On retiendra donc dans une première approche un **principe de neutralité technologique** pour appréhender les usages.

2. En inventoriant les différentes pratiques, la commission a identifié des **mécanismes qui s'apparentent à un exercice classique du droit d'auteur tout en utilisant le ressort de la gratuité** ; ainsi des licences *shareware*¹ – pour une utilisation gratuite et libre pendant une durée ou un nombre d'utilisations indiqués par l'auteur, permettant notamment de tester les fonctionnalités – ou des licences *freeware*², applicables à des logiciels propriétaires qui, comme les précédentes, sont mises gratuitement à disposition par leur créateur, tout en restant soumises à certaines contraintes quant à leur diffusion. A l'inverse, il existe de nombreux agents économiques – notamment à travers les techniques de communication et d'échanges utilisées sur les réseaux (sites web, usenet³, *peer to peer*) – qui s'exonèrent de toute autorisation de l'auteur et qui, partant, tombent dans le champ de la contrefaçon. Ce phénomène ne relève pas de la compétence de cette commission.

3. D'autres mécanismes mettent davantage l'accent sur la possibilité d'une réutilisation et d'une modification de l'œuvre en cascade et revendiquent parfois une logique d'inflexion par rapport aux usages traditionnels du droit d'auteur. Bien que la frontière entre ces pôles de continuité et d'inflexion ne soit pas toujours nette, la Commission a choisi de s'intéresser en priorité au mouvement organisant la mise à disposition ouverte par des figures contractuelles offrant certaines garanties pour l'auteur et les usagers, sans toutefois que celles que détient l'auteur ne puissent faire obstacle à la diffusion et à l'évolution de l'oeuvre.

Le travail de la Commission a ainsi essentiellement porté sur une dimension spécifique du phénomène de la mise à disposition ouverte, à savoir l'hypothèse d'une licence, c'est-à-dire de l'expression du consentement de l'auteur initial par le biais d'un contrat.

¹ On parle parfois aussi, en matière de logiciel, de partagiiciel.

² Ou gratuiciel.

³ Il s'agit d'un système en réseau de forums de discussion, inventé en 1979 et basé sur un protocole NNTP (*network news transfert protocol*).

1.2 Des licences pour des libertés consenties.

1.2.1 La philosophie du mouvement.

4. Les licences ouvertes constituent **les outils mis au point pour permettre l'ouverture et le partage des œuvres en respectant le consentement de l'auteur**. Leur élaboration a d'abord relevé de considérations pratiques face aux usages en mutation : il s'est agi de rechercher un instrument autorisant la diffusion et la ré-appropriation pour des œuvres évolutives – qui puisse, notamment, être adapté au monde numérique. Il en est résulté la rédaction de licences qui offrent diverses libertés. Leur réalisation ressort aussi du sentiment que le droit de la propriété intellectuelle n'a pas suivi les évolutions de certaines expressions artistiques contemporaines et qu'il est mal adapté aux œuvres évolutives ou impliquant une collectivité élargie d'auteurs. S'ajoute l'impression que l'utilisation actuelle du droit d'auteur protégerait trop les intermédiaires et ferait obstacle à la libre diffusion du savoir et des connaissances. Les licences ouvertes sont apparues comme celles qui, à la différence des licences propriétaires, permettraient l'ouverture dans le respect du consentement de l'auteur. Autrement dit, elles autoriseraient l'auteur à décider des droits qu'il entend garder ou céder – en conservant un contrôle de la diffusion – et permettraient simultanément une réutilisation très large de son œuvre.

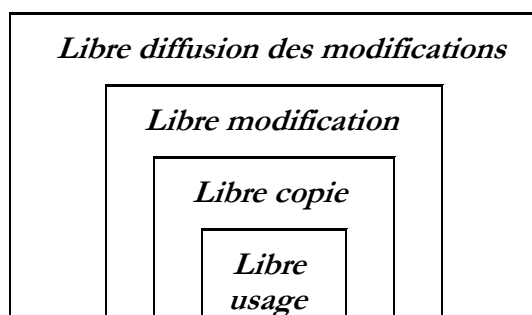
5. Au-delà des aspects pratiques du recours aux licences ouvertes, on peut relever une démarche idéologique, voire politique, qui n'est toutefois pas également partagée par tous les acteurs. Si certains désavouent le principe même du droit d'auteur en tant que statut légal, d'autres partisans des licences ouvertes entendent construire une troisième voie qui propose une utilisation différente du droit d'auteur, en refusant de choisir entre illégalité et approche classique. Les licences ouvertes reposent sur le primat du consentement de l'auteur, pour favoriser un autre exercice du droit, jugé trop restrictif et favorisant l'industrie culturelle aux dépens des créateurs. Le recours au contrat permet de fixer des conditions qui ne soient pas un obstacle à l'idée de jouissance et de création partagées que les auteurs ont de l'exercice de la création⁴. Par cette démarche est substitué un idéal de partage des œuvres, de traitement des créations en biens communs et en ressources accessibles à tous au service de nouvelles formes de coopération.

6. **Les œuvres sous licences ouvertes, qui sont souvent dites « libres », ne sont pas des œuvres libres de droits : si leur usage peut être ouvertement partagé, c'est selon des modalités dont chaque ayant droit détermine les contours**. Les licences ouvertes sont globalement compatibles avec le droit de la propriété intellectuelle dont les règles, qui reposent sur le choix de l'auteur, permettent que soient accordées des libertés d'usage. Pour autant, l'étendue des libertés conférées et l'abandon des revendications consenties par l'auteur sont susceptibles de contrarier les dispositions d'ordre public du droit d'auteur (cf. infra). Par ailleurs, comme le montreront des développements à venir du rapport, les licences ouvertes peuvent devenir des outils de valorisation de certaines œuvres, notamment numériques. **Aux motivations techniques, artistiques, idéologiques ou juridiques s'ajoutent donc des considérations économiques et commerciales**.

⁴ Cf. Séverine Dusollier, « *Les licences Creative Commons: les outils du maître à l'assaut de la maison du maître* », in *Propriétés Intellectuelles*, janvier 2006, n° 18, p. 19.

1.2.2 Les caractéristiques des licences ouvertes.

7. On peut schématiquement présenter les différents degrés de liberté octroyés par les licences de la manière suivante :



8. Sous l'appellation courante de « licences libres » est en fait regroupée une multitude de licences, plus ou moins formalisées, expression individuelle ou au contraire encadrée par un réseau, associatif ou institutionnel. Au vu d'usages désormais établis et à portée internationale, **la Commission a retenu que le terme de « licence libre » devrait être réservé aux licences qui respectent strictement quatre libertés : libertés d'utiliser/d'usage⁵, de copier, de modifier une oeuvre et de diffuser les modifications.** Par conséquent, **une licence permettant l'exercice d'au moins une de ces libertés mais non nécessairement des quatre sera qualifiée, dans le présent rapport, de licence ouverte** – terme qui sera utilisé de manière générique. L'identification des licences ouvertes peut s'opérer au regard de la réunion de caractères communs, certains valant également pour définir des licences traditionnelles.

D'une part, une licence ouverte est **volontaire** : il s'agit de l'expression d'une volonté non contrainte de l'auteur ; à la différence des licences obligatoires, aucune règle ne lui impose de conférer une autorisation d'usage des libertés proposées.

D'autre part, elle est **non exclusive** : l'auteur s'adresse à un très large public, et exerce ses droits dans le but qu'autrui fasse usage de son oeuvre sans appropriation personnelle. L'autorisation ainsi donnée l'est à quiconque, ce qui exclut toute concurrence dans l'usage de cette licence. On notera que si une oeuvre sous licence libre est nécessairement une oeuvre évolutive, cela n'est pas systématiquement le cas pour toutes les oeuvres sous licence ouverte.

9. Surtout, il faut d'emblée bien faire la **différence entre liberté et gratuité**, le terme de « free » utilisé en anglais étant ambigu sur ce point. Une licence mettant à disposition ouverte un contenu n'implique pas nécessairement la gratuité d'accès (cf. infra). Par ailleurs, l'existence d'une gratuité apparente pour l'utilisateur n'est pas nécessairement synonyme d'absence de modèles de financement de la mise à disposition.

10. **Il n'existe aucun standard unique de licence ouverte.** Chaque mise à disposition ouverte est soumise à un régime qui correspond aux choix faits par l'auteur. Ceux-ci peuvent répondre à des licences types qui ouvrent une gamme de choix (voir les licences Creative Commons, la licence Art Libre, la licence GPL, etc.), être définis par un document, élaboré dans le cadre d'une communauté ou de manière personnelle. Les classifications ne sont donc pas

⁵ On y inclut « l'étude », par exemple d'un logiciel au sens de la FSF (voir infra).

aisées. Il paraît possible, cependant, de chercher à identifier les formes de licences en fonction du degré de liberté, tant juridique que technique, qu'elles octroient aux usagers⁶.

. **Des licences offrant une liberté pérenne.** De telles licences s'appuient sur une vision de long terme, ne se limitant pas à l'octroi du droit d'utiliser, de modifier et de diffuser l'oeuvre : elles règlent la question du sort de l'oeuvre copiée, en garantissant que son usage demeure libre. Dès lors que sont combinés les éléments de l'oeuvre mise à disposition, l'oeuvre seconde devra obéir au même régime – ce que l'on appelle une clause *copyleft*⁷. Dans ce cadre, il existera un fonds commun d'oeuvres que l'on peut utiliser librement.

. **Des licences offrant une liberté fragile.** Ces licences ne s'intéressent pas au sort des modifications et à l'usage de l'oeuvre. Elles se caractérisent le plus souvent par trois clauses : l'une rappelle les libertés octroyées (dont un droit d'accès au code source pour les licences relatives aux logiciels) ; la seconde tend à ne pas permettre l'utilisation de l'oeuvre à titre promotionnel ; la troisième fixe une clause de non-garantie⁸. Par ce système, tout le monde peut créer des oeuvres dérivées pour lesquelles un monopole est envisageable.

. **Des licences offrant une liberté asymétrique.** Dans ce cadre, l'utilisateur peut faire usage de l'oeuvre mais l'auteur n'est pas contraint de la même manière que ce dernier. Les modifications apportées ne sont pas nécessairement sous la même licence que l'oeuvre initiale. Mais l'auteur peut aussi se réserver des utilités qu'il refuse à l'utilisateur et combiner une licence libre et une exploitation commerciale, lesquelles peuvent le cas échéant reprendre des modifications apportées par des utilisateurs de la chaîne.

11. En pratique, les combinaisons peuvent être très complexes. Il existe notamment des oeuvres mixtes, parallèlement sous licences libre et propriétaire – ou contenant des éléments sous licences libres et sous contrats propriétaires. Ces mécanismes de double licence créent souvent des difficultés, puisqu'une personne auteur au regard de l'une des licences peut être utilisateur au regard de l'autre, de sorte que la conciliation des stipulations des deux licences s'avère délicate.

1.2.3 Des modèles de licences ouvertes.

12. Si les licences ouvertes sont d'abord apparues dans le domaine du logiciel et que les premières réalisations ont eu lieu aux Etats-unis, elles se sont ensuite progressivement diffusées – chaque pays, dont la France, transcrivant et adaptant ces licences – et couvrent désormais tous les domaines, numériques ou non numériques. Au sein de l'infinie diversité des figures contractuelles, il existe toutefois des modèles plus institutionnels auxquels chacun peut décider de recourir. La Commission s'est penchée sur certains pour mieux comprendre les enjeux et les ressorts de ces nouvelles licences.

⁶ Cette typologie s'inspire des considérations présentées par Mme Mélanie Clément-Fontaine dans sa thèse « Les oeuvres libres » (sous la direction de M. Michel Vivant), soutenue en décembre 2006 à la Faculté de droit de Montpellier.

⁷ La notion de *copyleft* est un double jeu de mots faisant référence d'une part au copyright traditionnel (opposition *right* (droit, c'est-à-dire légal) et *left* (gauche)) et d'autre part à l'expression *copy left* (« copie laissée » ou « copie autorisée »). Il est parfois traduit de la même façon en français par *gauche d'auteur* en opposition à *droit d'auteur*. On désigne couramment par cette expression le fait pour un auteur de permettre d'exercer les libertés consenties sur une oeuvre, avec l'obligation pour l'utilisateur d'accorder des libertés identiques s'agissant des versions modifiées.

⁸ Exonération de garanties quant au fonctionnement de l'oeuvre, tels les vices cachés, etc... Ces clauses ne sont pas sans poser de difficultés du point de vue de leur compatibilité avec le droit civil.

1.2.3.1 Le cas du logiciel libre.

13. Les logiciels libres sont historiquement les premiers modèles de licences ouvertes.

Il existe un nombre très important de licences ouvertes de logiciels. Certains modèles ont une importance particulière en raison de leur popularité. Ainsi, les licences de la FSF (*Free Software Foundation*) ont acquis une grande notoriété. C'est une association à but non lucratif, fondée en 1985 par M. Richard Stallman pour assurer la structure logistique et le financement du projet GNU⁹, une base de système d'exploitation libre. Cette structure tire ses ressources de dons (particuliers, organismes gouvernementaux, fondations,...) mais aussi de ventes. Quatre libertés sont définies par la FSF : utiliser le logiciel pour tout type d'usage ; l'étudier ; le modifier (code source et code utilisable par l'utilisateur final) ; redistribuer des copies. Les mêmes libertés doivent être garanties à l'utilisateur suivant, selon des conditions non négociables. En cas de redistribution à un tiers, les clauses de la licence s'appliquent. Dans tous les cas, il s'agit d'un fonds commun sur lequel chacun peut rajouter, mais nul ne peut retrancher¹⁰.

14. On distingue trois modèles :

. La GPL (General Public License)¹¹ : c'est la licence la plus utilisée, 70% des projets de ce type étant protégés par ce contrat¹². Elle peut théoriquement être employée pour d'autres supports que le logiciel, mais est en pratique mal adaptée.

. La LGPL (Lesser GPL) : elle a été créée pour des raisons stratégiques, afin de lier les bibliothèques de fonctions avec des programmes propriétaires. Elle autorise ce type de liaisons.

. La NFDL (New Free Documentation Licence) : elle différencie entre des parties variantes que l'utilisateur peut modifier et des parties invariantes qui ne peuvent l'être (par exemple : la documentation technique).

15. Les licences de la FSF, rédigées en anglais, ont été élaborées dans le cadre du droit américain. Certaines institutions françaises ont donc cherché à élaborer des licences adaptées tant au droit français qu'à leurs besoins spécifiques, les licences disponibles d'origine étrangère créant à leurs yeux des incertitudes juridiques. Certains acteurs, comme les entreprises, avaient d'ailleurs des réticences à produire ou à utiliser de telles licences, d'autant plus qu'il existe des problèmes de compatibilité entre elles.

16. Ainsi, en France, l'INRIA¹³ a décidé de créer, avec le CNRS¹⁴ et le CEA¹⁵, la série de licences CeCILL¹⁶. Cet établissement a fait de l'utilisation des logiciels libres un des piliers tant de sa politique de transfert technologique (autorisant une diffusion immédiate de la connaissance, notamment grâce à la base de codes commune entre les centres de recherche et les industries) que de recherche. Il cherche la meilleure valorisation possible de son travail, trouvant dans ces

⁹ GNU est un acronyme récursif pour « GNU's Not Unix » (GNU n'est pas Unix).

¹⁰ Une décision judiciaire allemande (cour d'appel de Munich) a considéré qu'il n'y avait pas, par ces contrats, renonciation au droit moral et à la paternité. Une affaire est par ailleurs en cours aux Etats-Unis.

¹¹ La licence elle-même n'est pas sous GPL, elle est protégée au titre du droit d'auteur « classique », et aussi au titre du droit des marques.

¹² Les chiffres ne sont toutefois pas faciles à établir.

¹³ L'institut national de la recherche informatique et automatique, qui est un établissement public à caractère scientifique et technologique.

¹⁴ Centre national de la recherche scientifique.

¹⁵ Commissariat à l'énergie atomique.

¹⁶ Acronyme pour Ce(A)C(nrs)(INRIA)L(ogiciel)L(ibre). Cf. <http://www.cecill.info/>

logiciels un outil de partage de connaissance et un vecteur d'innovation, afin notamment de promouvoir des spécifications pouvant, à terme, devenir de nouvelles normes.

17. Les licences CeCILL ont pour spécificité de désigner le droit applicable et se veulent plus conformes à la législation française – surtout en terme de responsabilité¹⁷ et de respect du droit moral. Il y a trois formats de licences CeCILL, qui reconnaissent les standards de fait posés par les licences anglo-saxonnes (les licences GPL, LGPL et BSD). Elles sont rédigées en français et en anglais, les deux versions faisant également foi¹⁸, et prennent en compte trois types d'utilisation (juridique, information, transfert). Elles partagent l'essentiel de leur texte, ce qui assure leur compatibilité. Par ailleurs, elles organisent une compatibilité avec la licence GNU-GPL : théoriquement dans les deux sens, mais la licence GNU-GPL, à vocation mondiale et rédigée au début des années 1990, n'a prévu aucune clause de compatibilité. En pratique, la compatibilité s'exerce donc de manière unilatérale, d'une oeuvre sous licence CeCILL à une oeuvre sous licence GNU-GPL. Dès lors qu'un élément sous licence GPL est agrégé à un élément sous licence CeCILL, les développements ultérieurs obéissent à la seule licence GPL.

1.2.3.2 Des modèles généralistes, pour des utilisations numériques ou non numériques.

18. Parmi les licences ouvertes s'appliquant à des objets autres que logiciels, on distingue notamment, en terme de notoriété, les licences *Creative Commons*. Elles ont été mises au point par une association, d'abord hébergée à l'Université de Stanford et qui a désormais ses locaux à San Francisco et des antennes dans de nombreux pays (plus de trente). Les premiers contrats ont été lancés fin 2002 aux Etats-Unis, et fin 2004 en France. Ces licences permettent aux titulaires de droits de choisir les conditions d'utilisation de leurs oeuvres. **Il n'existe cependant pas un type unique de contrat, mais plusieurs définis en fonction des choix opérés par l'auteur à partir d'options.** Il existe d'abord un socle minimal : reconnaissance de la paternité de l'oeuvre originale et utilisation de cette oeuvre à des fins non commerciales. A cela se rajoutent des options : quant aux modifications (le titulaire de droits peut réserver la faculté de réaliser des oeuvres dérivées ou au contraire autoriser à l'avance les modifications) ; quant à la diffusion des modifications de l'oeuvre originale dans les mêmes conditions de liberté (*share alike*) ; quant à l'utilisation commerciale (par exemple, 88%¹⁹ des licences utilisées en France pour la version 2.0 ne prévoient pas d'utilisation commerciale possible pour les internautes ; seuls 12 % l'autorisent). Ces options sont représentées par des symboles qui accompagnent toute transmission d'une oeuvre couverte par un contrat *Creative Commons*. En outre, il existe un logo qui, dans sa forme électronique, comprend le lien vers le résumé du contrat. Les oeuvres hors ligne comportent une phrase et un lien ou le nom du contrat. Est aussi généré un résumé du contrat, qui sera le premier document à apparaître tant à l'auteur qu'à l'utilisateur. Il existe un lien vers le contrat – qui contient l'intégralité des termes et conditions relatifs à l'utilisation de l'oeuvre – et vers une version en métadonnées (en code informatique)²⁰.

19. On compte, en fonction des combinaisons, six licences différentes, valables pour toutes les oeuvres, même non numériques – toutefois, leur usage est fortement déconseillé pour les logiciels. Le principe de telles licences a été intégré à certains moteurs de recherche, tel *Google*, ce qui permet de connaître les conditions de mise à disposition d'une oeuvre.

¹⁷ Une exonération est prévue dans les licences GPL.

¹⁸ La licence est reconnue aux Etats-Unis, notamment par la *free software foundation* et par l'*Open source institution (OSI)*, une association qui s'est déclarée régulatrice du système du logiciel libre.

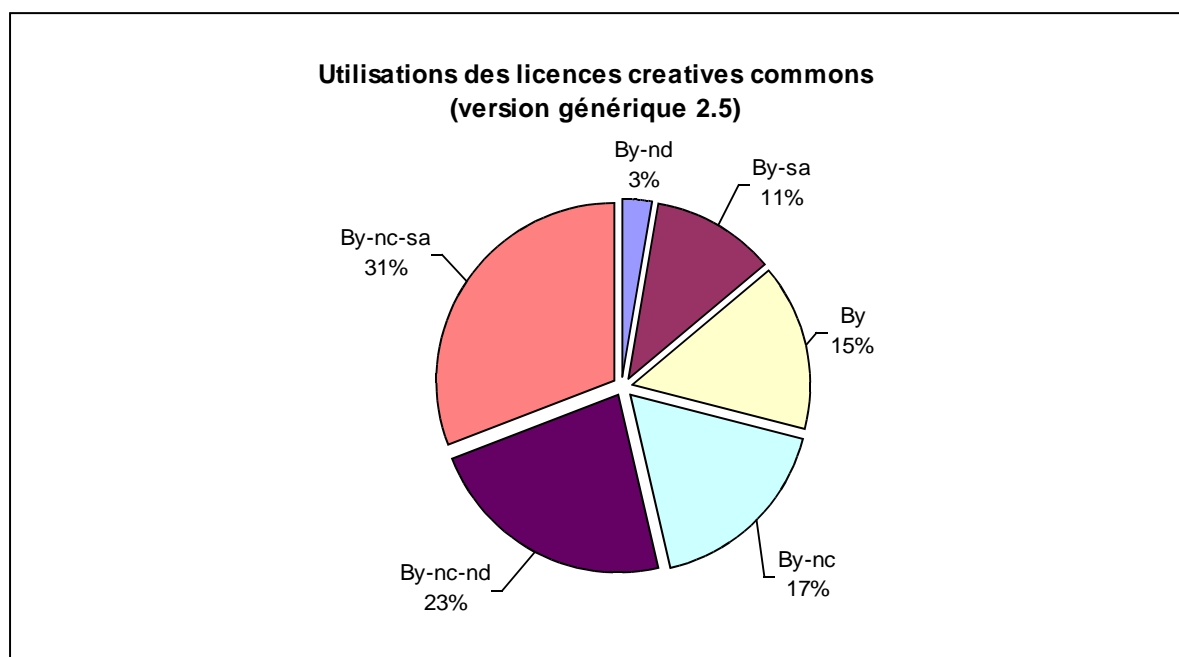
¹⁹ C'est-à-dire 7,39 + 33,99 + 46,9 ; ce sont celles mentionnées NC dans les schémas ci-dessous .

²⁰ Ainsi le système combine à la fois des contrats et des mesures techniques d'information.

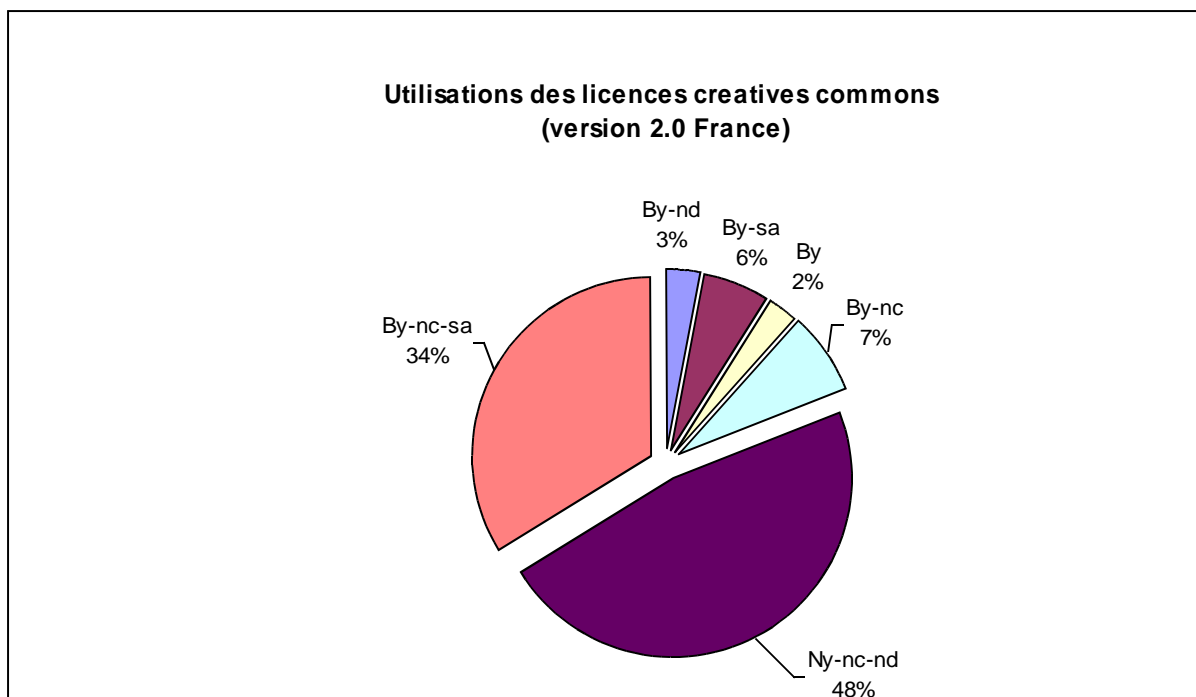
Les chiffres d'utilisation de ces licences ne sont pas aisés à établir. Il existe des statistiques fournies par *Creative Commons*, faites à partir de liens rétrogrades. Mais les moteurs de recherche ne lisent que les balises qui sont dans les pages *html*. De nombreuses oeuvres ne sont donc pas comptabilisées, notamment les images²¹, les fichiers musicaux, les documents word et certains documents PDF. Par ailleurs, si un site est entièrement sous licence *Creative Commons*, chaque page est comptée.

Ces statistiques donnent toutefois une idée de l'évolution dans le temps de l'utilisation des licences et peuvent servir de base à la répartition entre types de licences, le biais étant faible sur ce point (cf. le graphique ci-dessous). A ce titre, le choix des licences est de plus en plus ouvert avec le temps : si, **initialement, les licences les plus restrictives sont choisies**, leur proportion relative diminue avec l'habitude d'utilisation et la confiance qui s'installe. Toutefois **la majeure partie des licences choisies réserve l'utilisation commerciale à l'auteur**.

Les statistiques officielles comptent 974687 oeuvres sous licences version française et 12480788 oeuvres sous licence générique. Mais il existerait 100 millions de liens vers les licences. On compterait par exemple 25 millions de photos sous contrats *Creative Commons* sur le site de partage *flickr*, ce chiffre étant en augmentation mensuelle, si ce n'est journalière.



²¹ Ainsi compte pour 0 le site de partage *flickr*, qui recense quelques 30 millions d'objets (en juin 2006 : 5 millions, en août : 8 millions, en novembre : 20 millions).



by : paternité ; *nc* : utilisation non commerciale ; *sa* : diffusion à l'identique (*share alike*) ;
nd : pas de modification

20. Certaines licences relèvent de la même philosophie générale mais fonctionnent de manière quelque peu différente. Ainsi, la licence *Art Libre*, valable pour toutes les oeuvres (numériques ou non), constitue un format unique strictement sous *copyleft* et sans clause relative à la nature commerciale ou non de l'utilisation. Elle n'introduit aucune restriction des libertés accordées, mais pose une condition essentielle : toute distribution d'une oeuvre doit être accompagnée de la même licence, avec toute les références ; de même, toute version conséquente à la modification de l'oeuvre doit rester sous les mêmes conditions. Cette licence a été mise au point en juillet 2000, après une concertation dans les milieux de l'art, de l'informatique et avec l'aide de juristes. Une mise à jour a été faite en novembre 2004, sur des points de détails, mais aussi pour lever une ambiguïté relative à la possibilité d'intégrer une oeuvre sous licence Art Libre dans une oeuvre de collection, ou une anthologie. La licence débute par un préambule énonçant les objectifs et la portée des engagements. Elle a été rédigée directement en français, version qui fait foi, ses traductions n'ayant qu'une valeur indicative (traductions en 6 langues, le russe étant en préparation). Elle distingue l'oeuvre initiale qui peut être modifiée par des oeuvres conséquentes, et l'« oeuvre originale », qui correspond à un exemplaire daté qui ne peut pas être touché.

2. DES LOGIQUES ECONOMIQUES CONTRASTEES.

21. Les libertés que les licences ouvertes octroient ne signifient pas nécessairement gratuité ou absence de logiques économiques associées. Celles-ci ne se réduisent pas à un modèle unique mais recouvrent des réalités variées alliant, au gré des secteurs, idéologie du partage, ludisme technologique ou modèles d'affaires efficaces, en proposant des périmètres de libertés très inégaux.

2.1 Les domaines historiques d'expansion.

2.1.1 Le modèle des logiciels libres : une économie de services associés.

22. L'évolution du marché des logiciels libres a été, en vingt ans, remarquable : *Red hat* comptabilise 200 millions de ventes et 45 millions de dollars de chiffre d'affaires ; *SUSE* a été vendu pour 200 millions de dollars à *Novell* et 80% des sites internet sont sous logiciel libre (*Google* et *ebay* sont sous *linux*, comme le site de TF1...). Les services de l'Assemblée nationale se sont par exemple récemment dotés de postes de travail sous logiciels libres. La part de marché du libre est cependant extrêmement variable d'un segment à l'autre. 70 à 80% des serveurs web dans le monde fonctionnent grâce à des logiciels libres mais ceux-ci représentent à peine 3% du marché des systèmes d'exploitation des postes de travail personnels. L'Etat, qui peut avoir pour mission la recherche de la variété, a joué un rôle dans ce développement : si son rôle direct était à l'origine limité, sa position actuelle est plus engagée²².

23. La réussite technique des logiciels libres tient à la forte mobilisation de personnes physiques ou morales qui poursuivent un objectif commun, la réalisation d'un produit très performant (parce que régulièrement évalué par les pairs) dont le succès ne repose sur aucune stratégie marketing. Le logiciel, perfectible par nature, est revu par des personnes ayant des méthodes de travail très diverses, ce qui est un gage de plus grande performance. Le logiciel libre revêt de surcroît l'avantage d'être plus réactif à la demande d'utilisateurs, eux-mêmes concepteurs, et d'introduire une grande souplesse afin de s'adapter aux besoins spécifiques des entreprises.

24. Au-delà de la figure mythique mais quelque peu réductrice du programmeur uniquement mû par des rémunérations symboliques sans contrepartie monétaire directe, **les motivations des contributeurs (du bénévole au professionnel), l'organisation du travail et les statuts sont très hétérogènes**. La production des logiciels libres ne ressemble pas au « bazar » sans hiérarchie contraignante popularisé par E. Raymond²³ mais correspond à un modèle plus structuré. Elle relève en effet de contraintes de cohérence fortes entre les différentes contributions individuelles, ce qui a entraîné l'établissement progressif de différenciation des rôles et d'instances de régulation. Cette régulation connaît des formes diverses : elle passe par une personnalité ou un groupe leader, un groupe de personnes proches (communauté professionnelle), des groupes

²² Ainsi par exemple du RNTL, réseau national des technologies logicielles.

²³ Ce modèle de production, décentralisé et collaboratif, a été décrit par Eric Raymond pour montrer en quoi il s'oppose à la « cathédrale » du modèle économique classique (« The cathedral and the bazaar », *First Monday*, Volume 3, n°3, mars 1998).

hétérogènes et larges, voire des institutions (centre de recherche, université, fondations, entreprises).

25. Pour nombre d'entreprises en effet, **la participation à des logiciels libres leur permet de se positionner sur un marché²⁴, de rechercher une plus forte complémentarité²⁵, ainsi que de verrouiller ou « déverrouiller »²⁶ un marché.** Des entreprises comme IBM, emblèmes de modèles « propriétaires » ont apporté leur soutien à Linux à partir de la fin des années 1990, d'autres entreprises ont constitué une activité économique centrée sur le logiciel libre. Les libertés consenties par les licences impliquent la gratuité de fait des logiciels. Mais la gratuité n'étant qu'une conséquence de la liberté de copie et de diffusion et non une obligation, des entreprises privées peuvent, en toute légalité, construire une activité commerciale de services autour des logiciels libres. Ces modèles se retrouvent dans la production de logiciels non libres (verrouillage, biens et services complémentaires), pour lesquels les rendements croissants d'adoption sont importants. L'économie des logiciels libres s'insère donc dans l'économie générale des logiciels tout en présentant des particularités. Elle repose largement sur la fourniture de services notamment de maintenance autour des logiciels ou la création, plus embryonnaire, de logiciels sur mesure en utilisant des briques logicielles qui existent déjà. Les entreprises spécialisées ont centré leurs activités sur la valeur ajoutée en proposant des applications complémentaires, des formations, de l'assistance, etc.

2.1.2 L'éducation et la recherche : un financement public direct ou indirect.

26. Le domaine de l'éducation et de la recherche présente une particularité marquée. En effet, les personnes mettant leurs oeuvres sous licences ouvertes disposent bien souvent par ailleurs d'un travail rémunéré. L'utilisation de ces licences est alors **l'outil adéquat du partage de la connaissance et des savoirs**, sans qu'une rémunération tirée de l'usage de l'oeuvre mise sous licence ne soit recherchée. Il s'agit d'un secteur où le financement des activités se fait grâce à des fonds publics, indirectement au travers des salaires des enseignants ou enseignants chercheurs mais aussi, le cas échéant, de manière directe, certains projets étant initiés et gérés par l'administration ou aidés par des subventions.

27. Le ministère de l'éducation nationale a ainsi financé une licence ouverte spécifique afin de disposer plus aisément des oeuvres dans le cadre, notamment, d'espaces dédiés à la lutte contre la fracture numérique. Un programme a été lancé pour proposer un outil qui garantisse un partage des contenus en toute confiance : le projet 2PCL (Portail de partage de contenus en ligne). Il est notamment destiné à des publics ciblés (handicapés, personnes éloignées des circuits culturels). Le but est de partager des contenus – cours, mais aussi, à terme, images fixes et textes, vidéos ou oeuvres sonores²⁷ – à des fins pédagogiques et éducatives, sans les modifier.

28. Une expérience non subventionnée d'un groupe de professeurs illustre d'autres ressorts possibles du recours à une licence ouverte. En 1999 a été créée l'association *Sesamath* (www.sesamath.net ; 750 000 visites mensuelles, le million devant être dépassé courant 2007), qui réunit des professeurs de mathématiques. Ces derniers ont élaboré en commun un manuel : Sésamath 5^{ème}. Un ouvrage pour les élèves de 4^{ème} est prévu, et la mise au point d'un serveur de manuel en train d'être étudié. L'ouvrage a été créé à partir de contenus juxtaposés relevant de la

²⁴ Open Cascade, Dockéos.

²⁵ Red Hat, IBM, ACT et Gnat.

²⁶ IBM, Firefox, Open Cascade.

²⁷ De telles insertions posent difficulté, en partie en raison de l'existence de droits voisins.

mutualisation des travaux. Cinquante auteurs ont participé à la mise au point du manuel, avec une seule réunion physique, les modifications intervenant en ligne sur les versions successives. Les professeurs ont aussi trouvé dans ce travail coopératif un moyen d'assurer leur formation continue. Dans leur cas, le recours aux licences ouvertes (la licence SDL) a résulté d'une réflexion sur le travail coopératif, au terme d'une sensibilisation progressive. La diffusion en version papier, dans un marché très captif (treize éditeurs), a résulté de la même logique : un éditeur, spécialisé dans le CD-ROM éducatif, a accepté de diffuser le manuel, dont le contenu existe en ligne et peut y être modifié. Les professeurs ayant participé à la mise au point de l'ouvrage ont accepté de ne pas être rémunérés, et de reverser les gains²⁸ à l'association, qui les utilise pour acheter des livres à destination de certains établissements (hôpitaux, prisons) ou pour la coopération (notamment avec le Cameroun). Le prix de vente a été fixé à 10 euros, contre 19 euros en moyenne pour les autres manuels ; 70 000 exemplaires ont été vendus, soit 10% du marché. Ce projet a également servi la francophonie.

29. Dans les **milieux universitaires et de recherche**, la nécessité de mieux faire circuler la production scientifique est largement reconnue. La déclaration dite de Berlin²⁹, que toutes les grandes institutions françaises ont signée, prévoit un engagement à faciliter l'accès à la connaissance scientifique. Ainsi ont été initiées la *public library of science* (PLOS), revue mixte numérique et papier, *l'open archives initiative* (OAI), ou les projets *Biomedcentral* d'édition en accès libre. En France se sont développées plusieurs initiatives d'archives scientifiques ouvertes, notamment un mécanisme d'hyper-articles en ligne (HAL, cf. infra). Contrairement aux archives patrimoniales dont l'objectif premier est la conservation, les archives scientifiques ouvertes ont comme objectif prioritaire la diffusion et n'ont de sens que sous forme numérique.

30. La mise à disposition d'articles sur internet présente un avantage financier puisque la diffusion immatérielle se fait à coût marginal nul, tout en permettant un plus grand impact et une meilleure visibilité. La distribution de contenus numérisés sans passer par des intermédiaires puissants permet de faire baisser les coûts. La création par des chercheurs de revues académiques facilement accessibles en ligne vise précisément à contourner ces intermédiaires dans un contexte de relations tendues entre chercheurs et éditeurs.

31. Deux types de phénomènes doivent être distingués : l'édition en ligne, couplée ou non à une édition papier, au terme d'un processus d'évaluation scientifique et de validation par les pairs et les archives ouvertes qui relèvent de l'auto-archivage des chercheurs. Le dispositif HAL (Hyper-articles en ligne) d'archives ouvertes permet de déposer des contenus sur lesquels il n'y a pas de contrôle formalisé, le scientifique étant le seul juge de leur valeur. Il s'agit d'un dépôt, avec peu de garanties. Formellement, il n'existe d'ailleurs aucune licence, s'agissant seulement d'un outil technique. Les archives ouvertes peuvent servir à la datation de la production scientifique et à la constitution d'une mémoire ; l'enregistrement sert alors de preuve comme dans tout système d'archives publiques et tout enregistrement doit être définitif : il est possible de déposer une nouvelle version sur HAL mais jamais de supprimer la version précédente. A cette volonté d'archivage s'ajoute l'objectif prioritaire de diffusion des connaissances. Une même publication peut être déposée sur plusieurs archives construites pour être interopérables entre elles et pouvant être interrogées au travers d'une interface unique. Il ne s'agit pas d'une demande d'accès au savoir pour l'ensemble de la société mais seulement d'une mise à disposition au sein de la communauté scientifique. La liberté de copier et de modifier un article pour un autre membre de la communauté n'est cependant pas envisagée.

²⁸ 45 centimes sur 10 euros de vente.

²⁹ Déclaration de Berlin sur le Libre Accès à la Connaissance en Sciences exactes, Sciences de la vie, Sciences humaines et sociales en date du 22 octobre 2003, précédée de l'initiative de Budapest pour l'accès ouvert du 14 février 2002 et la déclaration de Bethesda du 11 avril 2003.

32. **L'articulation de cette logique de diffusion avec le droit d'auteur nécessite une réflexion approfondie**, étant noté que les oeuvres peuvent être protégées si des contrats d'édition existent par ailleurs. Il existe une difficulté pour les articles déjà publiés que les chercheurs souhaitent mettre à disposition sur HAL, notamment quant aux relations avec les éditeurs dont le pouvoir de négociation reste fort. Cependant, il faut garder à l'esprit que la préoccupation des chercheurs, lors des publications au sein d'archives ouvertes, est essentiellement tournée vers le respect de leurs droits moraux (paternité, intégrité de l'œuvre).

2.2 La propagation dans les secteurs culturels.

2.2.1 Des modèles coopératifs.

33. Il existe **des modèles économiques qui interviennent aux marges du modèle classique**, dans lequel les incitations à produire des biens d'information proviennent de revenus fondés sur l'*exclusivité*. Les licences ouvertes relèvent alors de situations d'innovation collective de la part de « consommateurs-producteurs » dont les contributions « granulaires » permettent à chacun d'apporter une contribution limitée à un coût modeste. Dans ce cas, la motivation de l'engagement des individus est dominée par le don et le contre-don, dans une configuration proche de celle qui prévaut dans les réseaux de commerce équitable. Il existe de plus un effet de compagnonnage grâce à une formation par les oeuvres permettant l'acquisition d'une compétence. Dans cette optique, il n'existe pas de rémunération directe : la rémunération relève uniquement d'une dynamique fondée sur l'émotion créée et sur une relation communautaire. Chaque utilisateur a l'impression d'avoir participé, dans une relation « donnant-donnant », plutôt que de n'avoir été que consommateur. Cette logique de co-création est bien illustrée par l'achat par *firefox* d'une double page de publicité dans le *New York Times* payée par les utilisateurs. Chaque personne pouvait aller chercher des bannières à mettre sur son site personnel, en faisant un don en échange, d'entre 10 et 30 dollars, afin de financer la publication de cette page (environ 100 000 \$). Le nom de chacun des contributeurs formait le logo de *Firefox* que constituait la publicité.

34. **En matière musicale**, des créateurs de plus en plus nombreux, notamment dans le domaine du *sample* et du *remix* – partout en Europe³⁰ – ont cherché à obtenir les moyens d'un encadrement plus souple des pratiques de création, en privilégiant le libre accès et l'usage d'un « bien commun » musical. Certains musiciens disposent à titre individuel d'un site afin de diffuser leurs créations, souvent sous licences *Creative Commons*. Cette diffusion directe par l'artiste répond à une demande d'interactivité, de contact direct entre l'artiste et son public.

35. S'est parallèlement développée une pratique des licences ouvertes, à compter de 2002 et surtout 2005, où leur usage par des micro labels de musique a explosé³¹. Ces licences permettent une collaboration entre musiciens et facilitent l'accès à des nouveaux marchés, notamment

³⁰ Divers projets de mise au point de licences ouvertes adaptées à la création musicale ont vu le jour en Europe. En Angleterre, deux petites entités ont préparé des licences (*Loca public licence*, *Ethymonics free public licence*) comme certains milieux allemands contestataires s'inspirant du mouvement « no copyright » (killerFisch). Ces entités sont passées aux *Creative Commons* lors de la publication de la version 2.0. Par ailleurs, une licence *Creative Commons sampling* a été créée en collaboration avec le collectif d'activistes américains *Negativeland* (dans la lignée du *Kopyright Liberation Front*).

³¹ Selon une recherche empirique opérée à partir des moteurs de recherche *yahoo* ou *google* : le nombre d'items sous contrats *Creative Commons* était de 45 millions en décembre 2005 ; ce chiffre était de 140 millions en juin 2006. En France, on peut estimer ce chiffre entre 500 et 700 000.

étrangers. Par exemple, dès 2000, ont été fondés une association et un site associé – musique-libre.org, désormais dogmazic.net. Le site doit servir de diffuseur ou de facilitateur pour les labels et les musiciens, en mettant en lien les intervenants. Mais il n'est pas besoin d'adhérer à l'association pour diffuser sur le site, qui regroupait, fin 2006, plus de 8000 morceaux répartis entre 900 artistes et 100 labels, dont 30 à 40 français et 30 de taille importante (80 à 100 musiciens). L'association fonctionne grâce à des dons³² et à certaines prestations de ses fondateurs, sans aucun modèle publicitaire, mais prévoit cependant de créer à terme une structure commerciale qui permette le financement des activités, notamment l'hébergement³³. Des projets existent de distribution de musique, ou de bornes d'écoute (sur le modèle, par exemple, d'un site espagnol : *platoniq*, qui permet l'écoute et le gravage). Ce site propose plusieurs modèles de licences en fonction des utilisations souhaitées, dont une licence dite « domaine public » par laquelle l'auteur renonce définitivement et sans condition à tous ses droits patrimoniaux³⁴. Les plus utilisées sont les licences *Creative Commons* avec une clause non-commerciale, ainsi que l'autorisation pour une utilisation commerciale et oeuvres dérivées³⁵. Il faut noter que 400 à 500 oeuvres sur les 7000 sont sous licence Art Libre. S'il s'agit majoritairement de musique électronique, il y a aussi des auteurs de *songwriting* : les premiers autorisent largement les œuvres dérivées, modifications et sampling, les seconds entendant davantage les maîtriser. L'essentiel des musiciens sont des « amateurs »³⁶.

2.2.2 Des modèles commerciaux.

36. Nombre de modèles d'affaires du « libre » sont en fait **des cas particuliers de modèles répandus dans le monde de l'économie numérique**. Il existe des *licences doubles*, permettant une utilisation gratuite jusqu'à une certaine limite, et payante ensuite³⁷. Ce modèle, qui permet de mieux valoriser des « biens d'expérience » (c'est à dire ceux dont le consommateur ne reconnaît la valeur qu'après consommation), n'est qu'un cas particulier de modèles économiques connus sans que des licences ouvertes ne soient utilisées ou mentionnées³⁸. Le recours à de telles licences peut alors sembler correspondre à une instrumentalisation marchande et promotionnelle : la mise initiale sous licence ouverte sert à attirer des internautes, le but restant une exploitation commerciale de l'oeuvre. On observe ainsi une certaine banalisation de l'usage des licences, par un glissement progressif de l'idée d'usage ouvert à la création d'objets économiques rentables. Un mouvement d'articulation entre gratuit et payant se développe dans de nombreux secteurs.

37. **En matière d'édition littéraire**, les « éditions de l'éclat », maison consacrée essentiellement aux sciences humaines, ont édité plusieurs ouvrages disponibles simultanément en ligne et en librairie, faisant ainsi le choix de la coexistence des supports numérique et papier. La diffusion de la première version est gratuite – mais protégée par le droit d'auteur –, la seconde payante. En avril 2000 a été créé un site (*lyber-eclat.net*), lors de la publication d'une anthologie appelée *Libres enfants du savoir numérique* (mars 2000)³⁹, qui explore le « territoire du libre » dans le domaine des logiciels et des expressions culturelles. Cette démarche s'est traduite par le projet

³² Une moyenne de 3,53 euros par jour.

³³ En s'inspirant du modèle de *magnatune*, développé plus bas.

³⁴ L'appellation « domaine public » est très discutable dans la mesure où ce vocable ne renvoie à aucune catégorie juridique actuellement reconnue par le droit de la propriété littéraire et artistique et peut porter à confusion.

³⁵ 40% pour NC ND, 30% pour NC SA.

³⁶ Ou dans la lignée du courant « pro-am » (« professionnel-amateur »).

³⁷ Par exemple : les sites *magnatune.com* et *beatpick.com*.

³⁸ Par exemple : le site *music.download.com*

³⁹ Préparée par Olivier Blondeau et Florent Latrive.

Lyber, à l'époque où le débat sur le « prêt payant » en bibliothèque était vif. Il avait semblé nécessaire au dirigeant de cette maison que l'édition prenne en compte l'arrivée de nouveaux supports et de nouvelles pratiques de lecture, et tente d'adapter le modèle du « libre » à un objet tel que le livre : la diffusion sur le réseau permet alors de faire connaître le livre et de toucher tant les lecteurs que les libraires. Actuellement, plus de 70 titres sont disponibles en ligne, sur un catalogue de 240 titres. Et, à l'expérience, lorsque la version intégrale et gratuite est disponible sur internet, les ventes des versions papiers sont meilleures. L'harmonisation entre les deux supports s'avère donc non seulement possible, mais économiquement viable et peut être une chance pour les maisons d'édition de petite taille.

38. C'est dans le domaine musical que les exemples sont les plus significatifs. On peut notamment citer *Magnatune*, un label musical qui utilise les licences *Creative Commons* dans un cadre commercial. Fondé en 2002 avec un budget de 1 million de dollars, il s'est spécialisé dans la musique classique, la *world music*, le jazz et divers genres contemporains – essentiellement des formes d'expression qui ont des difficultés à exister sur le marché actuel du disque⁴⁰. La création de ce label a notamment ressorti de la volonté de soutenir ces créations et d'encadrer la pratique du piratage afin de permettre une rémunération. Le site propose un catalogue d'oeuvres sous licence *Creative Commons*⁴¹, sélectionnées parmi les artistes proposant au site leurs créations⁴². Il s'agit d'un système mixte, mêlant gratuité et usage commercial : les utilisateurs peuvent écouter gratuitement l'album en ligne (de qualité de type radio ou MP3, inférieur à celle d'un CD), avec une voix intervenant à la fin pour expliquer ce qui a été écouté. En cas d'achat en ligne – auquel une personne sur 42 procède – il s'agit d'une copie exacte, de qualité identique à celle d'un compact disc.

39. *Magnatune* n'assortit pas ses ventes de mesures techniques de protection. Si les utilisateurs sont invités à ne pas redistribuer le produit, ils peuvent le copier pour trois amis, selon une stratégie dont *Magnatune* espère qu'elle attirera plus de gens sur son site et donnera à l'acheteur le sentiment de tirer un « bénéfice social » de son achat. Le prix de vente n'est pas fixe : l'utilisateur choisit le prix dans une fourchette comprise entre 5 et 18 dollars (4 à 15 euros) ; en moyenne, le versement est de 8,5 dollars, l'annonce que la moitié des sommes payées revient aux artistes incitant les acheteurs à une certaine générosité. Les dirigeants ont en outre développé une politique de licences en direction des entreprises, pour diffuser les oeuvres de leur répertoire (Harley-Davidson, Renault,...). Si les versions actuellement accessibles à titre gratuit et celles commercialisées en ligne sont sous licence *Creative Commons*, à terme les dirigeants souhaiteraient que les dernières soient sous contrat propriétaire. Le modèle de diffusion choisie par *Magnatune* pourrait aussi être adapté pour des vidéogrammes ainsi que le démontre l'activité de la compagnie américaine *Rever* qui en diffuse, avec de la publicité à la fin de chaque film.

Les statistiques de *Magnatune* révèlent que :

. 42% des ventes ont lieu hors Etats-Unis, surtout en Europe, 48% des artistes n'étant pas américains. 42% des oeuvres relèvent de la musique classique.
Magnatune a par ailleurs délivré plus de 1000 licences pour des films indépendants, et plus de 5000 licences pour d'autres utilisations. Un contrat a ainsi été récemment établi avec Renault : cette

⁴⁰ La musique classique, qui a pu constituer 20% des ventes de musique dans le monde, ne représente plus que 2% de ces ventes.

⁴¹ A savoir : reconnaissance de la paternité (By) et utilisation non commerciale (NC).

⁴² Environ 400 musiciens envoient leurs oeuvres par mois ; 10 (en moyenne) signent finalement un contrat.

entreprise a décidé d'équiper ses voitures de la gamme *Mégane* d'un lecteur MP3 avec 30 gb de musique, sans mesure technique de protection (soit 30 000 albums).

. Pour les artistes : 50% des coûts d'achat leur reviennent. 60% des auteurs touchent moins de 2 000 euros par an ; 30% plus de 2 000 euros ; 10% plus 10 000 euros.

. 20% des disques résultent d'un investissement dans la production. La plupart des artistes créent chez eux, sauf pour la musique classique, deux studios étant à disposition à Berkeley (EU) et à Londres.

40. Un autre exemple peut permettre de mieux comprendre la nature du modèle d'affaire créé autour de l'utilisation de licences ouvertes. La société *Pier Ledger* – qui gère le site *Jamendo* – est installée au technoport Schlassgoart⁴³ d'Esch sur Alzette (Luxembourg). Cette société a choisi d'utiliser les licences ouvertes (principalement des licences *Creative Commons*) pour vendre de la musique en ligne. Pour elle, de telles licences constituent le moyen d'offrir des options sans intermédiaire et de régler la question de la copie. Fondée par des informaticiens, la société est partie du constat du succès du logiciel libre, et de la circonstance qu'avec la dématérialisation il n'existait plus de seuil physique minimal de production. Le téléchargement est gratuit, chaque utilisateur choisissant l'outil qu'il souhaite, l'auteur devant toutefois autoriser le site à joindre de la publicité lors de la diffusion de ses oeuvres. Des versions du site existent en français (version initiale), en anglais, en espagnol, en allemand, en tchèque et en portugais, grâce à des traductions de membres de la communauté. La société, qui regroupe trois personnes, n'est pas encore rentable, dégageant de 2000 à 3000 euros de chiffre d'affaires mensuel. Elle vit avant tout de la publicité, et de participations volontaires.

Jamendo est pour l'instant la plus grande plate-forme européenne, avec 10 nouveaux albums par jour et quelques 60 000 utilisateurs enregistrés, qui organisent un filtrage. 9 millions de visiteurs ont été recensés depuis le début, pour une moyenne de 300 000 visiteurs simples par mois. 2 millions de chansons sont écoutés en *streaming* par mois, et 1 million d'albums téléchargés. Le site regroupe actuellement 800 artistes et plus de 2000 albums, cherchant encore à développer sa masse critique. Il ne distribue que des albums, avec un minimum de 4 chansons et l'existence d'une couverture.

2.3 Les conditions de la pertinence économique.

A la lumière de ces exemples, apparaissent, au delà de la diversité des pratiques, quelques caractéristiques récurrentes des situations dans lesquelles les licences ouvertes semblent trouver leur pertinence économique.

2.3.1 Une communauté soudée ou une « marque » reconnue.

41. Les programmeurs en informatique comme les enseignants ou les chercheurs forment des communautés relativement homogènes, partageant des valeurs communes et dans lesquelles les abus ou manquements à la règle communautaire sont sanctionnés par la mise à l'index avant même les sanctions éventuelles liées au cadre légal. La pression sociale d'une communauté de pairs est un élément important du respect des licences. Il n'est pourtant pas certain qu'elle suffise

⁴³ Une pépinière en partie financée par l'Etat luxembourgeois, regroupant une trentaine de sociétés innovantes.

au fur et à mesure que les licences ouvertes se banalisent et qu'elles s'adressent à des groupes beaucoup plus hétérogènes.

42. Reste à ces dernières communautés la possibilité de se rassembler derrière une marque, celle d'une licence, et d'y associer une clientèle. Nombre de licences ouvertes, parmi les plus couramment utilisées, ne sont pas elles-mêmes sous licences ouvertes. Elles sont protégées par un contrat propriétaire qui interdit toute modification et garantit contre les risques de contrefaçon. Différentes institutions, comme la *free software foundation*, produisent d'ailleurs une assistance juridique, les usagers étant invités à lui transférer leurs droits patrimoniaux pour que cette dernière soit habilitée, en tant que titulaire des droits, à mener des actions en justice en cas de non respect des licences en cause. Ces licences sont ainsi gérées de manière aussi institutionnelle qu'une entreprise exploitant la marque des produits qu'elle distribue.

2.3.2 Un travail collaboratif et évolutif.

43. Faire contribuer des tiers à l'évolution d'un logiciel, d'une encyclopédie en ligne – telle que *Wikipédia* – ou d'un manuel de mathématiques apporte une véritable valeur ajoutée au contributeur initial pour pérenniser et améliorer sa création : les licences ouvertes sont bien adaptées à ce genre d'œuvres, par nature perfectibles. Dans le domaine artistique, le droit d'auteur a été conçu pour des œuvres finies dans lesquelles s'affirme la personnalité d'un auteur et sans que le processus de création ne s'enrichisse particulièrement d'un travail collaboratif à grande échelle. Dans nombre de domaines, les pratiques actuelles de création restent centrées sur la fonction d'un auteur et la production communautaire n'apporte pas systématiquement une valeur ajoutée. Un tableau n'a pas nécessairement vocation à être amélioré par les générations futures : il existe en soi et ne prétend pas remplir une utilité autre qu'esthétique. La musique apparaît plus perméable à ces phénomènes d'incrémentation avec les pratiques répandues de *sampling*.

44. **Les licences ouvertes paraissent particulièrement bien adaptées à des œuvres évolutives, ou cumulatives** (la création finale dépend des créations précédentes) et associant le travail de contributeurs différents. Au-delà de la diffusion des œuvres dont le modèle de création est ancien, Internet favorise en effet l'émergence de formes de créations artistiques renouvelées où se multiplient les interactions entre les utilisateurs et les créateurs successifs. Dans le cas d'œuvres évolutives, l'approche « classique » du droit de la propriété intellectuelle crée en effet des difficultés : la multiplication des ayants droits et une protection trop forte en amont tendent à limiter la diffusion et à accroître le coût de la création en aval. A cette situation de sous-utilisation, la gestion collective est classiquement la première réponse : la gestion des droits est déléguée à un guichet unique, ce qui permet de réduire les coûts de transaction et de coordination de la rémunération entre les ayants droit. Les licences ouvertes constituent une autre réponse privilégiant une solution décentralisée, chacun fixant la part de libéralité par défaut. A certains égards, les licences ouvertes ne constituent cependant pas une réponse économique totalement efficace à la difficulté de gérer les œuvres évolutives, car si les coûts de gestion sont nuls, les coûts de recherche ne sont pas moins importants puisqu'il n'existe, pour l'heure, aucun guichet unique. Tous les problèmes liés à la multiplicité des ayants droits ne sont donc pas réglés.

2.3.3 Une économie de notoriété.

45. Les modes de financement fonctionnant majoritairement dans les secteurs du logiciel et de la recherche (services associés et financement public) sont peu transposables à la création

artistique. Le recours à des fondations (comme la FSF) ou à des formes de financement plus atypiques basées sur le volontariat apporte des compléments limités. Au-delà de la diversité des modèles et des modes de rémunération, les divers recours aux licences ouvertes ont en commun de s'intégrer dans une économie de la notoriété, de la construction d'une réputation, d'un « capital personnel », économie dans laquelle les rémunérations symboliques (réputation, fierté de participer à une œuvre collective, échanges au sein d'une communauté, reconnaissance par ses pairs) sont fortes.

46. Comment transformer cette notoriété en modèles économiques rémunérateurs pour les ayants droit ? Les réponses diffèrent. Les licences ouvertes se révèlent particulièrement adaptées à des non professionnels souhaitant faire découvrir leur travail sans attendre de rémunération ou à des créateurs aspirant à devenir professionnels. Dans ce cas, la diffusion d'une oeuvre sous licence ouverte sert de produit d'appel pour acquérir ou asseoir une notoriété et/ou s'insérer dans un circuit professionnel. Attirer l'attention de producteurs, d'employeurs, de financeurs publics pour financer des créations ultérieures devient essentiel dans une économie d'abondance de l'offre culturelle. Le choix d'une licence ouverte, en favorisant une large diffusion des oeuvres, permet en outre de forger une communauté de fidèles grâce à laquelle des modes de rémunération complémentaires sont possibles (concerts, ventes en ligne...). Mais l'usage des licences ouvertes paraît difficilement compatible, sur le long terme, avec un exercice professionnel des métiers artistiques, alors que la création nécessite des revenus propres et autonomes. Le mouvement historique tant de la gestion collective que du droit d'auteur a servi à institutionnaliser l'artiste, en définissant un statut avec des droits attachés. Les licences ouvertes présentent, à ce titre, un risque de fragiliser cette construction en renvoyant l'artiste à un état d'amateur non rémunéré.

3. DIAGNOSTIC.

3.1 Conformité des formes de mise à disposition avec le droit existant.

47. L'essentiel des formes licites de mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit se réalise grâce à des licences dont certaines sont standardisées. La plupart de ces licences – en tout cas les plus utilisées – ont été rédigées dans le cadre du droit américain. Leur adaptation à des droits de natures et d'histoires différentes est susceptible de poser difficulté. Il convient donc d'analyser la *compatibilité* de ces *mécanismes* avec les règles actuelles du droit français. Après avoir adopté cette démarche pour le droit civil (3.1.1.) et le droit fiscal (3.1.2.), le présent rapport discutera des points saillants du droit d'auteur (3.1.3.).

3.1.1 Au regard du droit civil.

48. Il ne s'agit pas d'envisager de manière exhaustive les rapports complexes que les licences ouvertes entretiennent avec le droit civil car cela dépasserait la compétence du conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique. Toutefois, **plusieurs questions, bien que non réduites aux seules licences ouvertes car également applicables à des licences propriétaires retiennent l'attention : la qualification de contrat et l'existence d'un consentement éclairé, l'irrévocabilité des engagements, ainsi que l'opposabilité aux tiers.** Par ailleurs, il est également apparu durant les travaux de la Commission que nombre de licences comportaient des clauses d'exonération de responsabilité, notamment en matière de logiciels : la validité et l'opposabilité de telles clauses sont assujetties à leur conformité avec les règles du droit civil français quand il est applicable.

49. Bien que le vocable de licence soit le plus couramment utilisé pour désigner les formes de mise à disposition, il est apparu que **la notion même de contrat peut prêter à discussion.** En effet, l'approche consensualiste du contrat développée par le droit français met l'accent sur l'accord des volontés. Or les conditions de la mise à disposition au public au travers d'un document le plus souvent standardisé et l'absence d'une acceptation formalisée sont de nature à fragiliser cette exigence.

50. Il est permis d'envisager la qualification d'acte unilatéral par lequel l'auteur met à disposition son œuvre selon des conditions précises mais sans que puisse être caractérisée la rencontre des consentements. Le mécanisme pourrait s'apparenter, au moins sur le principe, à celui d'une donation ou d'un legs. En sens inverse, il y aurait un autre acte unilatéral qui résulterait de l'acceptation par le bénéficiaire de la libéralité consentie. Toutefois, la réception de l'acte unilatéral par le droit civil est lacunaire et le régime se calque essentiellement sur le contrat.

51. Si on estime qu'il existe un véritable accord de volonté – bien que différé – entre l'auteur et le(les) acteur(s) aval(s), on se trouverait donc au mieux dans la figure d'un **contrat d'adhésion** que l'utilisateur doit accepter en bloc sans capacité de renégociation. D'ailleurs la possibilité de se prévaloir des logos ou marques employées par les entités proposant ces licences est subordonnée à la condition de ne pas modifier les termes des engagements ; la licence est donc également un contrat d'adhésion pour la personne qui met à disposition. Les mécanismes s'écartent des principes traditionnels du droit civil. Ainsi, dans un contrat, l'offre de contracter adressée à des

personnes indéterminées et stipulée sans délai est en principe révocable. Possible sur le plan théorique, cette révocation est tout à fait illusoire dans le cadre des licences ouvertes. La liberté contractuelle intervient en amont dans le choix d'emprunter ces contrats standard ou de développer sa propre figure contractuelle. Or l'effet de notoriété attaché à certaines licences ainsi que, sur le plan technique, les effets de réseaux contribuent à un phénomène de concentration sur quelques familles de licences.

52. Par ailleurs, comme dans d'autres contrats conclus à distance, l'existence d'un **consentement éclairé** peut également être discutée s'agissant des formes de l'acceptation, l'acceptation étant le plus souvent déduite de l'utilisation de l'œuvre mise à disposition. Il s'agit donc d'un consentement tacite résultant de l'exécution. Toutefois, s'agissant d'un contrat entre absents, le moment et le lieu du consentement demeurent relativement indéterminés. En outre, l'acceptation porte le plus souvent sur une forme allégée voire symbolique du contrat – logos, foire aux questions (FAQ). Il se peut donc que l'utilisateur ait consenti sans connaître l'essentiel des engagements qu'il souscrit. Enfin, la personne même des cocontractants est floue. En effet, lorsque l'œuvre circule dans des formes modifiées, celui qui utilise le dernier état de cet œuvre est-il présumé avoir contracté avec le seul dernier maillon de la chaîne ou avec l'ensemble des auteurs amont⁴⁴ ?

53. L'utilisation du terme de licence qui renvoie à la pratique contractuelle en matière de logiciels cadre imparfaitement avec les notions du droit français. Le code de la propriété intellectuelle ne parle de licences que pour les droits de propriété industrielle et ne connaît pas de contrat nommé pour le droit d'auteur. S'agissant du code civil, la notion de licence est généralement rattachée au contrat de louage. Les traits caractéristiques de ces contrats se retrouvent difficilement dans les licences ouvertes. En effet, selon le code civil, le bailleur s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps. Il est donc de l'essence du contrat de louage d'être temporaire or la plupart des licences sont stipulées à durée indéterminée et ne prévoient nulle « restitution de la chose ». Par ailleurs, les acteurs de la chaîne ne sont pas nécessairement limités à une simple jouissance de la chose mais peuvent réaliser à leur tour des actes d'aliénation. **Les figures contractuelles utilisées sont donc essentiellement des contrats innommés.** Leur diversité empêche qu'ils soient tous rattachés à une unique catégorie. L'intention libérale n'est pas une constante dans la mesure où les licences n'emportent pas les mêmes libertés pour les utilisateurs. La gratuité n'est pas non plus caractéristique des mécanismes de mise à disposition ouverte.

54. Les questions majeures posées au droit civil tiennent par ailleurs à la durée des engagements, aux possibilités de résiliation, à l'opposabilité aux acteurs de la chaîne des modifications intervenant sur les conditions de mise à disposition et à la validité des clauses limitatives de responsabilité. S'agissant de la durée des engagements, elle n'est le plus souvent pas stipulée dans les « licences », ce qui pose le problème de la prohibition des engagements perpétuels. A propos de la résiliation ou de la révocation, si elle est théoriquement possible, elle s'avère en pratique difficile, faute pour celui qui entend se retirer de connaître l'ensemble des cocontractants. Il est néanmoins envisageable de stipuler dans les contrats non seulement une durée limitée mais encore des causes de résiliation, lesquelles peuvent accompagner la circulation des œuvres par un système de mesures d'information sur le régime des droits. La sécurité juridique de l'ensemble des acteurs passant par une intangibilité des conditions de mise à disposition des auteurs amont, toute modification éventuelle posera le problème de son opposabilité aux tiers. Tout particulièrement, la question demeure posée s'agissant d'une œuvre par essence évolutive qui constitue un objet différent à chaque étape contractuelle. Au-delà du problème de la connaissance des éventuels changements dans les

⁴⁴ Voir infra.

termes de la mise à disposition d'un état de l'œuvre, le problème sera de décider si l'œuvre dans un état postérieur conserve encore suffisamment de ressemblances avec l'œuvre antérieure pour lier l'auteur aval au regard d'un ou des auteurs amont.

55. La question a également été soulevée du rôle des organisations proposant des modèles de licences standard quant à la validité des engagements souscrits par les utilisateurs de la licence.

3.1.2 Au regard du droit fiscal⁴⁵.

56. La Commission s'est aussi penchée sur la question de la compatibilité des licences ouvertes avec les règles du droit fiscal. A ce stade, il ne peut s'agir que d'une tentative d'évaluation des règles qui pourraient s'appliquer à ces licences, car il n'existe pour l'instant ni contentieux, ni réflexion en cours de la part de l'administration. L'application des dispositions de droit commun pour les créateurs – personnes physiques ou morales – peut toutefois éclairer la situation, faute de règle spéciale.

57. S'agissant des conditions relatives au **créateur d'une œuvre**, le code général des impôts (CGI) définit ce dernier comme une personne ayant une activité susceptible de générer un revenu. Cette définition vaut aussi pour la prise en charge par la sécurité sociale⁴⁶. Un auteur qui ne vit pas de son activité est soumis à un régime fiscal beaucoup moins avantageux que l'auteur exerçant de manière professionnelle. De même, il ne bénéficiera pas du régime spécifique de sécurité sociale – même si, dans ce dernier cas, les commissions compétentes font parfois des efforts pour maintenir un auteur dans le système. Il existe alors une difficulté pour entrer dans le régime. Par ailleurs, le mécanisme de l'article 92 du CGI⁴⁷ définit les bénéfices comme la « perception de produits de droit d'auteur », que la doctrine apprécie de manière souple à l'exclusion des produits provenant de l'exploitation des logiciels. Mais un créateur sous licence libre ne dispose que de charges et d'aucune recette – sauf à disposer de revenus issus de mécénat ou d'aides diverses – puisqu'il a renoncé à toute rémunération. Il ne pourra pourtant pas imputer ce déficit sur la totalité de son revenu (sur une période de cinq ans), puisque l'administration prend en considération le but lucratif de l'activité pour qu'un tel droit soit ouvert. Aussi un jeune auteur⁴⁸ ne pourra-t-il pas bénéficier des dispositifs en faveur de la création – par exemple, l'abattement pour jeunes auteurs artistes plasticiens (loi de finances rectificative pour 2005) ou, sur un plan différent, des crédits d'impôt (recherche, cinématographique, phonographique).

⁴⁵ Cette partie reprend, pour l'essentiel, les développements effectués par Stéphanie Maury lors de son audition par la Commission le 22 novembre 2006.

⁴⁶ Si l'auteur est indépendant, il existe un régime spécifique des auteurs rattaché au régime général. Sont exigés à la fois une activité de création artistique et un seuil minimum de perception de revenus (900 fois de SMIC horaire par an, soit environ 6000 euros).

⁴⁷ Ce dernier dispose, dans sa version résultant de la loi n° 2006-1294 du 23 octobre 2006 : « 1. Sont considérés comme provenant de l'exercice d'une profession non commerciale ou comme revenus assimilés aux bénéfices non commerciaux, les bénéfices des professions libérales, des charges et offices dont les titulaires n'ont pas la qualité de commerçants et de toutes occupations, exploitations lucratives et sources de profits ne se rattachant pas à une autre catégorie de bénéfices ou de revenus / 2. Ces bénéfices comprennent notamment : (...) 2° Les produits de droits d'auteurs perçus par les écrivains ou compositeurs et par leurs héritiers ou légataires ».

⁴⁸ Il faut noter que la définition de l'auteur dans le CGI n'est pas identique à celle du code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, le législateur fiscal a exclu les créateurs de logiciels personnes physiques (art. 96 quater du CGI) : tous les produits de cession de licences de logiciel sont soumis au régime des plus-values à long terme.

Point sur les libéralités : le Conseil d'Etat a estimé (Section, 30 octobre 2001, *Ministre de l'économie et des finances c/ R. Camus*, 221004, Rec. p. 520), dans le cas d'un auteur ayant été pensionnaire et boursier du centre national du livre sans obligation de produire un livre, que « *les sommes qu'une institution publique ou privée verse à une personne en vue de favoriser l'exercice par elle d'une activité lucrative au sens de l'article 92 du CGI constituent pour cette personne des bénéfices non commerciaux et non de pures libéralités, alors même que ce versement n'a pour contrepartie la fourniture d'aucune prestation ni même l'accomplissement d'aucun acte professionnel déterminé* ».

58. En ce qui concerne les **personnes morales**, la question est de savoir comment classer une oeuvre incorporelle dans le capital, notamment l'actif, de la société. Car si la diffusion d'une oeuvre sous licence ouverte s'opère à titre gratuit, celle-ci a toutefois une valeur, dont l'évaluation est renvoyée par le code général des impôts aux règles du plan comptable général. Ce dernier prend en considération un bien durable qui doit rester dans l'entreprise et qui est nécessaire à son activité. Le Conseil d'Etat a toutefois esquissé des critères plus restrictifs (21 août 1996, *S.A. Siffe*, 154488, Rec. p. 343) ; il a considéré que « *ne doivent suivre le régime fiscal des éléments incorporels de l'actif immobilisé de l'entreprise que les droits constituant une source régulière de profits, dotés d'une pérennité suffisante et susceptibles de faire l'objet d'une cession* ». En l'état, la seconde condition ne peut pas être remplie par des oeuvres couvertes par les licences ouvertes, puisque aucune règle n'est fixée quant à une cession (directe ou indirecte). Or, si l'oeuvre ne rentre pas à l'actif de l'entreprise, la société est en situation structurelle de déficit et ne peut ainsi pas profiter de plus-values en cas de cession.

59. Au final, la compatibilité du mécanisme des licences ouvertes avec le droit fiscal ne semble pas évidente, tant pour les personnes physiques que morales, car l'administration s'attache à la finalité lucrative de l'activité de création. Aussi la diffusion d'oeuvres sous licences ouvertes n'ayant pas pour but premier la création de profit, elle s'inscrit difficilement dans l'actuel cadre légal.

3.1.3 Au regard du droit d'auteur.

60. Ainsi qu'il a déjà été souligné, la mise à disposition ouverte des oeuvres de l'esprit ne pose pas de difficulté théorique majeure au regard du système du droit d'auteur français. En effet, la finalité de ce droit, centré sur la personne de l'auteur, est de permettre à ce dernier d'opérer un choix sur les formes de communication au public de son oeuvre au titre des prérogatives morales comme patrimoniales. Or le droit exclusif ne s'entend pas uniquement comme un droit d'interdire mais constitue également un droit d'autoriser, qui peut le cas échéant s'exercer à titre gratuit si telle est la volonté de l'auteur. Si besoin en était, la loi du 1^{er} août 2006 a d'ailleurs réaffirmé ce principe et inséré dans le code de la propriété intellectuelle un article L. 122-7-1 selon lequel « *L'auteur est libre de mettre ses oeuvres gratuitement à la disposition du public, sous réserve des droits des éventuels coauteurs et de ceux des tiers ainsi que dans le respect des conventions qu'il a conclues.* » Il faut donc rappeler que **les licences ouvertes, loin de se situer en marge du droit d'auteur, s'inscrivent essentiellement dans la logique du choix de l'auteur.**

61. Il va de soi que l'auteur ne peut donner plus de droits qu'il n'en a et qu'il doit, par conséquent, respecter les droits, notamment des coauteurs, cessionnaires et des sociétés de gestion collective. Il convient de s'assurer de l'articulation correcte de la volonté de l'auteur d'offrir son oeuvre au public avec des droits concurrents sur cette oeuvre. Si la combinaison des licences ouvertes avec les contrats de cession de droits n'a pas fait l'objet d'un examen par la Commission, c'est essentiellement en raison de l'impossibilité juridique d'aliéner par deux fois la même oeuvre selon des modalités qui seraient de surcroît économiquement incompatibles. Il a

donc semblé que ce point ne devait pas donner lieu à d'importants développements. Il est acquis par tous les membres de la Commission que la mise à disposition ouverte suppose qu'elle émane d'une personne autorisée, à savoir l'auteur quand il dispose encore de ses droits patrimoniaux. Lorsque la mise à disposition porte sur une œuvre à l'élaboration de laquelle plusieurs personnes ont participé, le consentement de l'ensemble des auteurs est nécessaire. L'élément saillant des travaux de la Commission sur cette question a été celui de l'articulation des licences ouvertes avec la gestion collective.

62. En outre, l'auteur en tant qu'il est une personne protégée par un statut légal dont certaines dispositions sont d'ordre public ne peut pas non plus pleinement renoncer à la protection qui lui est assurée par la loi. Lorsque la loi est impérative, un contrat ne peut y déroger. Il importe, par conséquent, de s'interroger sur la liberté de recourir à des formes contractuelles de mise à disposition au regard de la disponibilité ou de l'indisponibilité des droits.

63. La mise à disposition ouverte semble parfois mal se couler dans le moule du droit d'auteur quand elle repose sur le postulat d'une œuvre évolutive en constant devenir. En effet, le droit d'auteur français vise d'abord l'individu⁴⁹. Il en résulte que, fondamentalement, l'œuvre y est conçue comme créée par une personne, les œuvres de collaboration ou collective apparaissant plutôt comme des exceptions. Par ailleurs, l'œuvre est perçue comme une entité finie dont la forme interne est stable.

64. Lorsque la mise à disposition s'opère par des licences octroyant des libertés restreintes (liberté d'usage et de copie ou liberté de copier uniquement), il n'existe pas de rupture avec les règles du droit de la propriété intellectuelle : l'œuvre demeure figée et l'auteur identifié. En revanche, l'inadéquation des deux logiques surgit lorsqu'est autorisée une modification de l'œuvre (outre les autorisations de copier et de diffuser), car est alors concerné non plus un individu, mais une communauté. Cette dimension doit être prise en considération dans l'analyse des difficultés de mise en œuvre rencontrées par les licences ouvertes.

3.1.3.1 Le respect du droit moral.

65. Le droit moral (le code parle, précisément de « droits moraux ») est un ensemble de droits extrapatrimoniaux, lié à la personnalité de l'auteur. Il se caractérise par le principe, posé à l'article L. 121-1 du code de la propriété intellectuelle, selon lequel le droit moral est « perpétuel, inaliénable et imprescriptible », le caractère d'insaisissabilité étant souvent ajouté. Il comporte quatre prérogatives : le droit de divulgation, le droit de repentir et de retrait, le droit à la paternité et le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre.

66. Dans la conception française, le droit moral est d'ordre public – relevant plus précisément de l'ordre public dit de protection, c'est-à-dire que seul le titulaire peut invoquer en justice la violation de ce droit. **L'impérativité conférée à certaines prérogatives du droit moral fait non seulement qu'il est impossible de déroger à ses mécanismes par contrat mais encore que le dispositif légal s'applique en France, même en présence d'un élément d'extranéité**, ainsi qu'il a été jugé par la Cour de cassation dans l'affaire « *Asphalt Jungle* »⁵⁰ à propos du droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre. Le droit moral s'impose donc aux parties au contrat, comme à tout tiers utilisateur de l'œuvre, quelle que soit leur nationalité.

⁴⁹ En ce sens, voir les commentaires de madame Mélanie Clément-Fontaine dans sa thèse de doctorat consacrée aux œuvres libre.

⁵⁰ Civ. 1^{ère} 28 mai 1991 Grands Arrêts de la Propriété Intellectuelle D. 2004, comm. 11.

67. Toutefois, le droit moral connaît parfois des infléchissements pour certaines catégories d'œuvres (logiciel, œuvres d'agents publics, audiovisuel) et pour certaines formes d'utilisations. Ainsi, dans le domaine de l'audiovisuel, il est admis que les auteurs de l'œuvre adaptée ne peuvent pas faire entrave à l'exploitation du film tiré de leur œuvre alors qu'ils en avaient accepté le principe, et ce même si ils marquent leur désaccord avec le parti pris retenu lors de la réalisation⁵¹. En ce cas, les auteurs ont néanmoins la possibilité de faire retirer leur nom du générique. De façon générale, l'article L. 121-6 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « si l'un des auteurs refuse d'achever sa contribution à l'œuvre audiovisuelle ou se trouve dans l'impossibilité d'achever cette contribution par suite de force majeure, il ne pourra s'opposer à l'utilisation, en vue de l'achèvement de l'œuvre de la partie de cette contribution déjà réalisée. Il aura, pour cette contribution, la qualité d'auteur et jouira des droits qui en découlent. »

68. La jurisprudence française maintient une position restrictive à propos de l'éventuel exercice d'une renonciation au droit moral. Il en résulte que les différentes prérogatives du droit moral ne sont pas en principe disponibles, au sens où **le titulaire n'est lui-même pas autorisé par la loi à renoncer à la protection que celle-ci lui confère**. Au cas où cette renonciation serait par trop générale, l'auteur a toujours le loisir de revenir dessus, et ce y compris lorsqu'il avait pleinement autorisé l'adaptation et les modifications de son œuvre, dès lors qu'il considère *in concreto* que l'usage de l'œuvre est dénaturant⁵². Par ailleurs, le fait que la création ouverte fasse appel à un nombre indéterminé d'intervenants opérant de façon différée dans le temps pose le problème de la conjugaison des droits moraux sur des œuvres intrinsèquement évolutives. Dans la mesure où nombre de clauses des licences ouvertes comportent des dispositions relatives au droit moral, il importe d'analyser le destin de ces clauses, au regard de leur licéité intrinsèque et des droits des tiers.

- *S'agissant du droit de divulgation.*

La question doit s'envisager à deux stades différents selon qu'il s'agit de *l'auteur originaire* ou d'auteurs intervenant *en aval* dans une chaîne de création.

En ce qui concerne l'auteur originaire, le droit de divulgation ne pose pas de difficulté en soi car lorsque l'auteur décide de diffuser son œuvre sous licence ouverte ou d'en proposer unilatéralement la communication au public hors même de tout cadre contractuel, il exerce par la même son droit de divulgation. Encore faut-il, bien sûr, que son consentement soit pleinement éclairé.

La question est plus délicate à propos des auteurs « aval » qui viennent ajouter à l'œuvre « mère » une création personnelle qui a elle-même le statut d'œuvre. La difficulté surgit notamment lorsque l'auteur aval a eu accès à l'œuvre d'origine à travers une licence organisant une liberté pérenne, c'est-à-dire obligeant les contributeurs successifs à consentir sur les ajouts réalisés par eux les mêmes libertés que celles existant sur le noyau dur. Autrement dit, dans ce cas, les auteurs ultérieurs peuvent décider quand mais non comment ils divulguent l'œuvre. Il y a par conséquent une restriction à l'exercice du droit de divulgation de ces auteurs. Toutefois, en l'état actuel de la jurisprudence⁵³ et des débats doctrinaux (sur l'étendue du droit de divulgation) notamment sur les œuvres dérivées, l'acceptation d'une licence à effet

⁵¹ C. Cass. 1^{ère} Civ. 13 janvier 1959 (La Bergère et le Ramoneur).

⁵² C. Cass. 1^{ère} Civ. 28 janvier 2003 (On va fluncher) : « L'inaliénabilité du droit au respect de l'œuvre, principe d'ordre public, s'oppose à ce que l'auteur abandonne au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisations, diffusion, adaptation, retrait, adjonction et changement auxquels il plairait à ce dernier de procéder. »

viral ne semble pas devoir être qualifiée de renonciation au droit de divulgation, mais entre dans le champ de la liberté contractuelle de l'auteur originaire. Dans la mesure où l'effet de contamination est une condition de l'accès et de la réutilisation de l'œuvre source, il semble que l'acceptation de cette condition par les auteurs seconds soit conforme au droit moral, même si elle emporte une restriction des conditions de la divulgation des œuvres consécutives. Là encore, un consentement éclairé sur les conséquences attachées à la reprise de l'œuvre première semble *sine qua non*.

- *S'agissant du droit de retrait et de repentir.*

Bien que l'existence du **droit de retrait** ne soit pas juridiquement antinomique avec la mise à disposition ouverte de l'œuvre, il apparaît que l'exercice de cette prérogative se révèle en fait impossible. Théoriquement l'auteur ne peut renoncer valablement à son droit de retrait et d'ailleurs les licences ouvertes n'envisagent en principe pas un tel renoncement. Mais en pratique, la difficulté est double.

En premier lieu, l'hypothèse du retour des exemplaires commercialisés semble irréaliste dans le contexte d'une diffusion numérique. Ce point n'est toutefois pas spécifique aux licences ouvertes, même si l'ampleur de la diffusion contribue à exacerber les problèmes. En second lieu, il existe une contradiction essentielle entre le droit de retirer l'œuvre et l'autorisation donnée aux tiers d'utiliser, de modifier l'œuvre et de diffuser l'œuvre modifiée. Comment alors gérer la situation de ceux qui ont apporté, entre temps, des modifications à l'œuvre ? A supposer que la décision de l'auteur originaire puisse ainsi s'imposer aux auteurs seconds, il semble que les conditions d'exercice du droit de retrait supposeraient alors un dédommagement préalable de tous ceux qui subiraient un préjudice du fait de ce retrait si on leur reconnaît la qualité de cessionnaire des droits. L'ampleur de la tâche (coûts de transaction et paiement des dommages intérêts) est donc de nature à neutraliser tout exercice du droit de retrait. Par ailleurs si le retrait émane d'un auteur d'une œuvre seconde, il va de soi que ce retrait ne saurait avoir d'influence sur le destin des œuvres amont.

Quand au **droit de repentir**, il ne paraît pas poser autant de difficultés dans le contexte des œuvres ouvertes puisque le caractère évolutif de la création – rendu notamment possible par cette prérogative du droit moral – constitue l'essence même du système. Lorsque la licence prévoit un droit de modification, celui-ci s'applique non seulement aux intervenants subséquents mais aussi à l'auteur originaire qui peut, dès lors, exercer pleinement ce droit de repentir dans le cadre des licences consenties. Toutefois, on peut considérer que, même si la licence ne le prévoit pas, l'auteur peut toujours réaliser les modifications qu'il souhaite sur le fondement de ce droit de repentir, et ce même si les tiers n'ont pas cette même liberté. Il y a donc une dissymétrie entre ce que peut faire l'auteur initial et ceux qui ont seulement l'autorisation de ré-exploiter l'œuvre. La question demeure néanmoins posée de la portée de l'exercice de ce droit dans la mesure où les modifications opérées ne pourront pas en pratique se propager dans toutes les versions disponibles de l'œuvre. Le repentir, en pratique, ne pourra se faire que pour l'avenir et ne peut avoir de fonction d'effacement de la version antérieure.

⁵³ CA Paris 27 septembre 1996, D. 1997, jurispr. p. 357, note B. Edelman selon lequel « l'éventuel droit moral du metteur en scène sur sa mise en scène trouve sa limite dans le droit de l'auteur de l'œuvre préexistante ». ; Civ. 1^{ère} 22 novembre 1966 (Le dialogue des carmélites) : « une certaine liberté peut être reconnue à l'adaptateur cinématographique, dont le rôle consiste à trouver sans en dénaturer le caractère, une expression nouvelle de la substance de l'œuvre. »

- *S'agissant du droit de paternité.*

Même si la plupart des licences ouvertes le prévoient, certaines ne l'évoquent pas. L'essentiel des licences semblent cependant tout à fait entrer dans la logique de valorisation et de traçabilité de l'auteur qui habite le droit de paternité. La revendication de paternité des auteurs dans le système est d'autant plus forte que l'auteur abandonne ses prétentions patrimoniales mais souhaite bénéficier des gratifications symboliques attachées à son acte. Par ailleurs, il convient de rappeler que nombre de licences viennent de systèmes juridiques dans lesquels le droit moral est ou inexistant ou ignoré. En France, les licences sont superfétatoires pour faire valoir le droit de paternité qui est d'ordre public.

Le problème surgit essentiellement lorsque l'auteur choisit de rester anonyme ou de prendre un pseudonyme. Cet exercice négatif du droit peut entrer en contradiction éventuelle avec les licences dans lesquelles l'auteur est obligé d'identifier les éléments de sa création. Toute modification de l'oeuvre doit être précisée et attribuée (même si l'anonymat est possible sous réserve des questions de responsabilité) ; dans tous les cas, il s'agit de l'exercice du droit (positivement ou non) de paternité.

- *S'agissant du droit au respect de l'intégrité de l'oeuvre.*

Bien que la mise à disposition ouverte puisse être également considérée comme une manière positive d'exercer son droit moral, il existe sur ce point une difficulté sérieuse, car l'impossibilité de renoncer de manière générale⁵⁴ au droit à l'intégrité est ce qui entre le plus en contradiction avec le système de licences ouvertes lorsque les oeuvres sont mises à disposition avec la faculté pour les tiers de modifier. Encore faut-il noter qu'il existe deux sortes d'intégrité : physique (de l'oeuvre) et intellectuelle (quant à l'usage).

Sur le premier aspect, certaines licences tentent de parvenir à un équilibre par une dissociation théorique assurant la protection de l'intégrité physique de l'original de l'oeuvre et l'autorisation de modifier sa copie. De cette manière, elles estiment que l'intégrité est préservée dans la mesure où une version de l'oeuvre d'origine est maintenue. La forme originale demeure intacte en dépit du destin des oeuvres dérivées. Par ailleurs, la nécessité de « signer » toutes les modifications constitue également une garantie permettant d'empêcher qu'on impute à l'auteur une autre version de l'oeuvre. Ce double dispositif, même s'il ne garantit pas absolument les auteurs aval contre toute action des auteurs amont créé un cadre qui tend à réduire les risques de contestation, l'auteur initial ayant essentiellement consenti à toute modification.

S'agissant de la mise en oeuvre du droit moral pour violation de l'intégrité intellectuelle de l'oeuvre, la dénaturation ne suppose pas nécessairement l'existence d'une modification mais peut découler d'une simple diffusion. Il est alors plus délicat d'envisager une autorisation par anticipation de l'auteur à ce type d'atteinte.

3.1.3.2 L'articulation des licences ouvertes avec la gestion collective.

69. La première question qui se pose, pour la mise à disposition ouverte d'oeuvres, est celle de la disponibilité des droits, compte tenu des mécanismes de la gestion collective, notamment du fait que la prohibition de la cession globale des oeuvres futures ne s'applique pas à ces sociétés, ce

⁵⁴ Réaffirmée par la jurisprudence.

qui leur permet d'être investies des droits sur les œuvres des auteurs membres au fur et à mesure de leur création. Ainsi **la conciliation entre volonté individuelle de l'auteur de mettre à disposition ouverte tout ou partie de ses œuvres et la qualité de membre d'une société de gestion collective est problématique.**

70. Les sociétés de gestion collective ne contestent pas la faculté pour un auteur de diffuser librement ses œuvres, dès lors que ce dernier ne s'affranchit pas des principes de la propriété littéraire et artistique et des règles de la gestion collective. Les SPRD n'ont aucune raison de s'opposer au système des licences ouvertes lorsque l'auteur qui les souscrit n'est pas membre de leurs structures. En revanche, sur le plan théorique, elles réfutent la critique sociale faite au droit d'auteur selon laquelle la propriété littéraire bénéficierait avant tout aux exploitants, dans la mesure où la gestion collective a précisément pour objectif d'assurer que la mise en œuvre du droit d'auteur se fasse au profit des créateurs eux-mêmes. Les sociétés de gestion considèrent être au service de l'intérêt de l'auteur, à l'instar des licences ouvertes.

71. Les sociétés de gestion estiment dans l'ensemble que les systèmes de mise à disposition ouverte ne sont pas toujours compatibles avec leurs règles actuelles de fonctionnement. Toutefois, une grande diversité des modalités de gestion prévaut au sein des SPRD, ce qui obère toute tentative d'approche globale. Ainsi lorsque les sociétés de gestion collective autorisent leurs membres à conclure directement des accords avec les utilisateurs, soit en raison de la nature des apports, soit en vertu des marchés d'exploitation, il semble ne pas y avoir d'incompatibilité de principe avec les licences ouvertes. Toutefois, c'est alors directement vers l'auteur qu'il faut se tourner pour connaître les modalités d'exercice de l'autorisation, la société de gestion collective n'ayant pas vocation, et estimant ne pas pouvoir, supporter dans ce cas les coûts de gestion (de surcroît pour des exploitations faites à titre gratuit). À l'inverse, dans certaines sociétés de gestion, tout particulièrement pour couvrir les usages massifs d'œuvres, l'apport des droits est un apport en propriété qui se fait à titre exclusif. Cet apport cession est justifié par les SPRD le pratiquant par la considération selon laquelle, à défaut, la gestion collective serait considérablement plus complexe et coûteuse⁵⁵. Est par ailleurs mis en avant le risque que certains auteurs négocient individuellement des rémunérations à la baisse nuisant alors à leurs intérêts comme à ceux des autres membres en fragilisant les conditions générales d'accès au répertoire. Dans cette configuration, l'exclusivité ne permet pas que les auteurs membres aient la libre disposition de leurs droits. Ainsi toute autorisation donnée par les auteurs membres est inopposable à la société de gestion quand elle porte sur des œuvres et des droits dont elle assure exclusivement la gestion.

72. Par ailleurs dans la plupart des sociétés de gestion, les apports se font par « répertoire », c'est-à-dire que l'auteur n'a pas le choix de fragmenter œuvre par œuvre au sein de sa production présente et à venir. Cette fragmentation risquerait de distraire de la gestion collective les opérations les plus profitables et de complexifier les opérations de gestion; en effet, les coûts des sociétés de gestion collective doivent tenir compte à la fois des œuvres peu coûteuses et de celles plus lourdes à gérer selon un principe économique de mutualisation des répertoires. En cas de fragmentation des répertoires, on peut craindre que sortent de la gestion collective les œuvres les plus génératrices de droits, dont la gestion est la plus aisée et la moins coûteuse selon des mécanismes économiques classiques de « sélection adverse ». Là encore l'unité de régime prévu pour la gestion des droits d'un auteur est incompatible avec sa volonté de mettre seulement certaines de leurs œuvres à disposition ouverte. En revanche, il existe pour ces sociétés de gestion une

⁵⁵ À titre d'exemple, la SACEM a dans son répertoire au minimum 6 millions d'œuvres couramment exploitées, sur 25 millions au total. Elle compte actuellement 115 000 membres et gère 500 000 utilisateurs réguliers. S'agissant de la SPEDIDAM elle regroupe 27 500 artistes interprètes et 55 000 ayants droit.

possibilité de fractionnement par modalités d'exploitation en vertu de catégories statutaires⁵⁶. Les sociétés de gestion collective objectent que différencier plus avant entraînerait un coût substantiellement plus élevé, notamment si le répertoire « libre » comportait un grand nombre d'oeuvres, coût d'autant plus aléatoire à recouvrir que ces oeuvres seraient peu utilisées, et conduirait à revoir les mécanismes de mutualisation qui guident les systèmes de perception et de répartition. La question se pose alors de savoir qui supporterait le coût d'une gestion fine relative aux modalités d'exploitation – y compris ouvertes – œuvre par œuvre.

73. Les pratiques étrangères⁵⁷ contribuent à éclairer les relations multiples entre la gestion collective et le recours à des licences ouvertes. Ainsi, aux Etats-Unis, un auteur membre d'une société d'auteurs peut conserver la possibilité de délivrer des autorisations directes sur ses oeuvres. Il a ainsi théoriquement la possibilité de délivrer une autorisation dans le cadre d'une licence ouverte, sous réserve d'en informer la société à laquelle il appartient. Mais les sociétés d'auteurs américaines ne gèrent que le droit de représentation et non le droit de reproduction mécanique, cédé par l'auteur à son éditeur à titre exclusif. Or la délivrance d'une licence ouverte exige le plus souvent une autorisation au titre de ces deux droits. En matière musicale, par exemple, la publication d'une licence ouverte, qui soit compatible avec les règles américaines de la gestion collective, requiert préalablement l'accord de l'éditeur, ainsi d'ailleurs que de l'ensemble des tiers intéressés. Au plan international, il convient de rappeler que les accords de représentation réciproque entre sociétés d'auteur sont en principe non exclusifs et que, par conséquent, la faculté reconnue à un auteur d'accorder des autorisations directes selon les statuts de la société dont il est membre demeure opposable à la société mandataire et complice d'autant la gestion de cette dernière.

74. S'agissant des **droits voisins**, sur lesquels la commission n'a pas eu le loisir de se pencher de manière approfondie, il apparaît que les pratiques des sociétés de gestion collective sont extrêmement diversifiées selon les catégories d'ayants droit (artistes interprètes⁵⁸, producteurs). Certaines modalités d'exploitation continuent à être gérées individuellement par le titulaire à raison de l'organisation statutaire des sociétés de gestion collective. D'autres échappent au droit exclusif et obéissent à des régimes de licences légales.

75. Les sociétés de gestion collective adoptent donc à l'égard des licences ouvertes des attitudes différenciées. Certaines autorisent leurs membres à mettre à disposition les œuvres du répertoire mais dans des conditions limitées ; sur leur site personnel uniquement, sans lien vers un site exerçant une activité commerciale⁵⁹. D'autres envisagent, nonobstant les apports

⁵⁶ Ainsi qu'il résulte des décisions de la Commission européenne dans les affaires GEMA Décision GEMA du 2 juin 1971, J.O.C.E n° L 134 du 20 juin 1971, p. 15 ; Décision GEMA du 6 juillet 1972, J.O.C.E. n° L. 166 du 24 juillet 1972, p. 22 et *Daft Punk* Décision de la Commission du 12 août 2002 Comp/C2/37.219, pour le domaine musical et de la décision du Conseil de la Concurrence relative à la SACD pour les œuvres dramatiques et cinématographiques, Décision n° 05-D-16 du 26 avril 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la Société des auteurs et compositeurs dramatiques, obs. V-L. Benabou, Propriétés Intellectuelles, n° 18. Par ailleurs, cette possibilité de fractionnement a été élargie par les ayants droit à deux nouvelles catégories dans le secteur musical suite à la déclaration commune du GESAC et des éditeurs de musique de juin 2006.

⁵⁷ A titre d'exemple, L'Australian Performing Rights Association (APRA) prévoit la possibilité pour un de ses membres de demander à la société de lui délivrer une licence non exclusive pour une ou plusieurs de ses oeuvres afin que le membre concerné puisse délivrer directement une autorisation à un utilisateur. Mais cette faculté est encadrée de manière très précise dans les statuts de cette société.

⁵⁸ La SPEDIDAM, par exemple, compte 22 catégories de modalités de diffusion dont une catégorie intitulée « autres ».

⁵⁹ C'est la position actuelle de la SACEM.

effectués, de ne pas faire obstacle à ce que l'auteur utilise une licence ouverte pour une ou plusieurs de ses œuvres à la condition que les utilisations commerciales en soient exclues. Le système reposerait en fait sur une « tolérance », c'est-à-dire un engagement de la SPRD de ne pas se prévaloir de ses apports pour faire obstacle à cette forme de diffusion, aucune règle n'imposant à la société de faire un plein usage de ses apports.⁶⁰ Le mécanisme de tolérance s'accompagnerait d'un renforcement de l'information des membres de la société de gestion collective. Ainsi la SACD envisage de rappeler aux auteurs membres que le droit du tiers doit bien évidemment être respecté et que l'auteur doit être le seul créateur de l'œuvre ou avoir obtenu l'accord de tous les autres intervenants. Elle souhaite également informer ses adhérents sur la portée de leur éventuelle décision, en évoquant les avantages mais aussi les problèmes susceptibles d'être engendrés par cette forme de diffusion (définition des usages commerciaux floue – compatibilité entre les différentes licences – irrévocabilité de l'autorisation...) afin que cette décision soit prise en connaissance de cause. Enfin la société de gestion prévient ses membres qu'elle sera dans l'impossibilité de contrôler le respect des clauses de la licence ouverte souscrite, et ne pourra agir en cas de non respect.

76. De la part des utilisateurs des licences ouvertes, la volonté de complémentarité avec la gestion collective est forte, peu d'auteurs choisissant de mettre toutes leurs œuvres sous de telles licences. Certains estiment que la mise au point technique de procédures permettant d'assurer une gestion non exclusive des droits n'était pas aussi délicate que ce qui était suggéré⁶¹. Pour les utilisateurs, l'exclusion d'une œuvre du répertoire est concevable sur un plan purement technique, sans que l'exploitant ne soit confronté à une situation plus complexe. Cette solution paraît toutefois inenvisageable pour les représentants des sociétés de gestion collective, eu égard notamment à l'existence de multiples licences, parfois incompatibles entre elles. Ils rappellent que la fonction première de ces sociétés est de percevoir des redevances de droits d'auteur et que l'investissement dans un système permettant de différencier entre les œuvres ne correspond pas à leur mission⁶², même s'ils reconnaissent que leurs sociétés jouent un rôle dans la diffusion du savoir.

77. Les utilisateurs de licences ouvertes ont également évoqué la possibilité de dissocier au sein des sociétés de gestion collective les fonctions de collecte et de redistribution, des informations relatives aux droits détenues à raison des apports. Ils avancent l'idée qu'un accès à ces bases de données pourrait se réaliser indépendamment de la pleine gestion « financière » des droits par le biais d'une licence sur les informations traitées. Ils estiment ainsi qu'une forme de conciliation pourrait être réalisée, permettant de clarifier le régime des droits pour les utilisateurs de répertoire. Toutefois, la constitution d'une telle base de données pose notamment la question économique de la prise en charge des coûts d'un système d'information qui couvrirait des œuvres qui ne relèveraient pas du répertoire apporté à la société de gestion. Les sociétés de gestion collective s'interrogent sur la question de savoir si les utilisateurs de licences ouvertes seraient prêts à payer⁶³ pour ces services. En outre, les représentants des sociétés de gestion collective ont fait valoir que la gestion des bases de données d'œuvres entre bien dans leur mission et qu'elle est indissociable de la perception et de la répartition des droits au niveau national et international et qu'elles sont les seules à pouvoir l'assumer. Selon ces représentants, la mise en place d'une documentation opérationnelle tenant compte de tous les répertoires des sociétés d'auteurs mondiales est une question extrêmement complexe qui relève des sociétés concernées elles-mêmes. Par ailleurs, à la question de savoir si

⁶⁰ C'est la position actuelle de la SACD.

⁶¹ Même si la SACEM doit tenir compte de sa propre documentation mais aussi de celle des autres sociétés d'auteurs.

⁶² Ainsi la SACEM souligne qu'elle ne gère pas le droit d'adaptation des œuvres dans son répertoire.

⁶³ L'idée a été émise que des acteurs du logiciel libre pourraient mettre au point un outil de gestion.

les sociétés de gestion collective pourraient proposer un service commercial de gestion des œuvres mises sous licence ouverte, il a été répondu que la définition statutaire des sociétés de gestion collective, sociétés civiles, semble être en contradiction avec une telle activité purement commerciale.

3.2 Les difficultés liées à la mise en oeuvre des licences.

En marge de la compatibilité des formes de mise à disposition avec le droit, il est apparu lors des travaux de la Commission que les licences ouvertes existantes étaient susceptibles, en elles mêmes, de poser des difficultés relatives à la complexité de la chaîne contractuelle.

3.2.1 La complexité de la chaîne contractuelle et l'absence d'interopérabilité entre les licences ouvertes.

78. À l'étude il apparaît que la complexité de la plupart des licences contredit en partie la volonté de faire de ces licences des instruments de propriété intellectuelle à l'utilisation facilitée pour les formes de mise à disposition ouverte. L'indétermination de certaines notions et l'absence d'harmonisation des pratiques contribuent à créer certaines incertitudes juridiques.

3.2.1.1 Expression du consentement et information sur la portée des choix.

79. La question du consentement éclairé a semblé devoir être reposée pour les acteurs des licences ouvertes. Les licences ouvertes font preuve d'effort dans la simplification de leur usage par l'emploi de formules standardisées et par l'offre d'une assistance (FAQ, questions préalables au libellé, méta-données permettant le recensement par les moteurs de recherche). Mais, au delà des mécanismes intuitifs, via par exemple des logos, les clauses des contrats auxquelles il est renvoyé ne sont pas moins exigeantes à comprendre que des contrats de cession « classique » : on ne peut donc considérer qu'il existe, à cet égard, une véritable simplification du contenu des contrats par rapport aux contrats existants. L'adhésion des utilisateurs repose davantage sur un phénomène de confiance attaché à une communauté que sur l'efficacité du dispositif légal mis en place.

80. Le consentement est réduit à sa plus simple expression. Les **mécanismes de contrat à double pallier** – une forme simplifiée qui renvoie elle-même à une forme plus complexe – interrogent quant à la pleine information des utilisateurs de licences sur les conséquences de leurs engagements. Or il importe de s'assurer que l'auteur mettant à disposition a, par exemple, conscience de renoncer à toute rémunération pour une durée indéfinie ou à la possibilité de consentir une exclusivité a posteriori. Tout particulièrement, il est apparu que les licences actuelles n'insistaient pas suffisamment sur la nécessité pour celui qui met à disposition une œuvre de disposer de l'ensemble des droits y afférents. Par ailleurs, il n'existe pas, de la part des responsables éditoriaux des sites de mise à disposition d'œuvres sous licences ouverte de mécanisme de « sanction » associé à la violation de cette obligation, en dehors du droit commun de la contrefaçon.

3.2.1.2 La multiplicité et la segmentation des licences dans un contexte international.

81. L'extension de l'usage des licences ouvertes s'est parfois accompagnée d'un phénomène de traduction et d'adaptation aux principes et pratiques juridiques de chaque Etat. Ainsi, les licences *Creative Commons* suivent une logique nationale, même si la question de la loi applicable demeure discutée⁶⁴. Une version dite « générique » a toutefois été mise au point (version 3.0), rédigée non plus au visa de la loi américaine mais par référence aux traités internationaux. De même, la licence *Art libre* renvoie par défaut au droit français : le droit du contrat est la loi française, sous réserve des conventions internationales. Mais il n'existe pas de clause attributive de juridictions⁶⁵. On peut toutefois noter que la première version de la GPL n'était pas traduite, qu'elle était générique, se bornant à renvoyer à la convention de Vienne, évitant d'intégrer en son sein des mécanismes de rattachement à un système juridique particulier.

82. **Le mécanisme de localisation des licences**, louable en soi en ce qu'il les rend plus intelligibles et a priori plus conformes au droit sous l'égide duquel a lieu l'utilisation, **n'est cependant pas sans ajouter un degré de difficulté dans l'identification du régime applicable à l'acte de mise à disposition.**

83. Ce mouvement a conduit à la **multiplication des versions nationales de licences répondant parfois aux mêmes options symbolisées par des icônes**. Il en résulte une apparence d'uniformité au premier niveau de lecture masquant une profonde diversité des régimes juridiques. S'aiguise alors une tension fondamentale, entre le souci d'universalité des licences ouvertes – conçues pour être adaptées à un monde numérique qui ne connaît pas de frontière – et le cadre toujours national des contrats d'utilisation d'une oeuvre.

84. Notamment **la question de la loi applicable et de l'application en cascade des législations impératives** des Etats des auteurs amont est de celles qui illustrent la difficulté de s'accorder sur le contenu de la règle concrètement mise en oeuvre dans un cas particulier. Il n'existe pas encore, à la connaissance de la Commission, de décisions judiciaires qui se soient prononcées sur la *licéité* des licences, ou sur la loi applicable au contrat⁶⁶. Ainsi, par exemple, l'utilisation d'une oeuvre sous une autre licence ou la modification de cette oeuvre constituent des points d'achoppement pratiques dans la détermination de la loi applicable et de la compétence juridictionnelle. Certaines familles de licences déconseillent d'ailleurs les utilisateurs de changer de versions de licences en raison des variations induites par les lois applicables, même si les libellés des licences sont a priori compatibles.

85. Enfin, **la multiplication des types de contrat, ainsi que leur succès, nécessitent dorénavant d'assurer la combinaison des licences** – ou si l'on veut, leur « interopérabilité ». Or les systèmes se sont créés de manière séparée, et n'ont pas encore résolu la question de leur intégration aux autres dispositifs en dépit du développement de la réflexion sur ce point. Les licences ouvertes peuvent reposer sur des philosophies différentes, singulièrement quant au degré de protection de la liberté – la licence *Art Libre* suit le modèle du *copyleft*, c'est-à-dire qu'elle tend à

⁶⁴ L'application de la loi française n'est toutefois pas explicite dans les licences *Creative Commons*.

⁶⁵ En règle générale, et selon les termes de la convention de Rome, le droit applicable au contrat est, à défaut de choix des parties, celui de l'Etat dans lequel le débiteur de la prestation caractéristique a sa résidence habituelle. La détermination de ce qui relève de la prestation caractéristique dans ces contrats est susceptible de poser difficulté.

⁶⁶ Seul un contentieux où un utilisateur se prévaudrait du contenu de la licence pour justifier de son comportement permettrait au demeurant de statuer sur la licéité d'une licence.

faire entrer tous les usagers dans la logique du fonds commun, tandis que toutes les licences *Creative Commons*, n'ont pas cette clause⁶⁷.

86. Des tentatives de rapprochement sont en cours entre différentes licences mais le fait qu'elles obéissent à des logiques parfois radicalement différentes et procèdent de traditions juridiques éclatées rend l'exercice difficile⁶⁸. Par ailleurs, certaines licences ont un caractère « impérialiste » et évincent toute possibilité de concurrence de licences originaires d'autres écoles. Cela est d'autant plus regrettable lorsque cette éviction résulte essentiellement d'effets de « marque » alors que la compatibilité matérielle et philosophique des licences est possible. En dépit de ces difficultés, la convergence des licences semble devoir être favorisée afin de réduire les incertitudes qui frappent leurs combinaisons.

87. En complément des licences existantes, la création d'un statut légal optionnel des œuvres ouvertes aurait l'avantage de conférer une opposabilité erga omnes au choix réalisé par l'auteur. Cette hypothèse est toutefois apparue prématurée à la grande majorité des membres la Commission. Certains ont fait montre d'une défiance vis-à-vis d'une intervention législative dans un environnement dont le fondement philosophique repose sur le contrat. D'autres ont mis principalement l'accent sur le risque d'aggravation des pressions que des exploitants commerciaux exerceraient afin de contraindre les auteurs à opter pour un statut qui leur serait défavorable.

3.2.1.3 La délicate détermination des usages commerciaux et non commerciaux.

88. Lors des travaux de la Commission, il est apparu qu'une ligne de partage entre licences pourrait éventuellement se faire selon qu'elles réservaient ou non les usages commerciaux au donneur de licence. Bien qu'ils renoncent à l'exclusivité qui est souvent la condition essentielle d'une exploitation commerciale, certains utilisateurs des licences souhaitent en effet exclure du périmètre de l'autorisation la possibilité de réaliser une exploitation commerciale afin de se réserver les éventuelles opportunités de rémunération y afférentes.

89. Si l'autorisation ne couvre pas les usages commerciaux, les licences apparaissent davantage comme des moyens de réaliser une promotion autour de l'œuvre que comme révélatrices d'une volonté de précipiter l'œuvre dans un fonds commun. La démarche est donc fondamentalement différente et pourrait justifier un traitement juridique distinct.

90. Pourtant, à l'examen, la notion d'utilisation commerciale s'avère imprécise. Il n'en existe pas véritablement de définition légale. La définition des usages commerciaux est extrêmement floue, prenant parfois en compte l'« intention ou l'objectif d'obtenir ... », sans qu'existe de notion générique. Une écoute musicale dans un bar constitue-t-elle un usage commercial ? En dépit même de grilles de lecture proposées par les licences *Creative Commons*, il n'est pas permis de répondre aisément à cette question pour ce type de licences. En outre, les utilisateurs des licences libres ne sont pas tous d'accord sur la définition des usages commerciaux. Qu'en est-il en cas d'usages promotionnels, politiques, professionnels ? Ici encore aucune définition ne permet de répondre – par exemple : la BBC, utilisatrice de licences libres, considère que tout usage professionnel relève d'un usage commercial.

⁶⁷ Pour reprendre l'expression d'un membre de la commission : *Art libre* a fait le choix du libre ; *Creative Commons* a fait celui du libre choix.

⁶⁸ Pour autant, il y a un effort pour assurer, en raison de la viralité des usages, une certaine compatibilité entre licences : ainsi une version 1.3 de la licence *Art Libre* est en cours de rédaction. L'interopérabilité n'est toutefois pas encore optimale.

91. *Creative Commons*, réfléchit à la question et développe un projet de ligne d'interprétation pour définir ce qui relève des utilisations commerciales ou non. Une réflexion sur ce point pourrait également être menée à partir des conditions de la mise à disposition gratuite (cf. critères de l'ancien article L. 121-3, devenu L. 121-7 § 2 du CPI), bien que les termes de gratuit et de libre ne soient pas synonymes. Les représentants de la licence *Art libre* font d'ailleurs remarquer que la mise à disposition gratuite ne correspond pas forcément à la philosophie du libre qui suppose partage et réutilisation⁶⁹.

92. Ainsi **au sein même des différentes licences il n'existe pas de consensus sur la définition de l'usage commercial**, notion que le droit lui-même peine à appréhender. Dans la mesure où cette notion est susceptible de devenir un critère, il pourrait être important de la cerner. Toutefois, certains membres de la Commission ont manifesté leur scepticisme quant à la possibilité d'entreprendre un exercice de qualification. Ils estiment que la distinction commercial ou non n'a pas de fondement dans le contexte actuel ; qu'elle n'a pas de vertu particulière et en outre qu'elle ne recoupe pas les lignes de forces du droit d'auteur qui s'appuient essentiellement sur les notions de public et de privé.

3.2.1.4 Les facteurs de fragilité juridique selon les acteurs.

93. En raison des questions évoquées plus haut, il est loisible de distinguer certaines inadaptations des licences ouvertes pour différentes catégories d'acteurs au regard des objectifs même qu'elles poursuivent.

- *Pour les auteurs primaires.*

94. Rien ne s'oppose à ce qu'un créateur diffuse ses œuvres sous licences ouvertes dès lors qu'il a décidé de conserver la libre disposition de ses droits à cette fin et qu'il a été pleinement informé des conséquences de son choix.

95. Toutefois **le fait que la plupart des licences standard s'apparentent à des contrats d'adhésion laisse peu de marge de manœuvre à l'ayant droit**. Une fois la licence choisie, il est en fait difficile de sortir du système sollicité. Il peut être objecté à cette critique que dans nombre de cas l'auteur ou l'artiste interprète se retrouvent également dans une relation d'adhésion vis-à-vis des cessionnaires dans le cadre traditionnel d'exercice du droit d'auteur et que le créateur demeure libre en amont de se lier ou non par un type de convention. Mais cette liberté est plus virtuelle que réelle car le plus souvent, ce dernier préférera jouer de l'effet de réseau attaché à la marque de la licence et bénéficier d'un certain niveau d'expertise juridique ainsi que des systèmes d'identification développés par certaines familles de licences plutôt que de mettre à disposition son œuvre par ses propres moyens à travers une figure contractuelle sur mesure. Partant, l'adhésion à une communauté de pensée ou à un mouvement peut conduire certains auteurs à faire des choix sans pouvoir en évaluer les conséquences à long terme lorsqu'ils souhaiteront intégrer des circuits professionnels nécessitant de pouvoir assurer à l'exploitant une certaine forme d'exclusivité⁷⁰. Tout particulièrement la difficulté pratique de révocation de

⁶⁹ Par exemple, 6 millions et 1/2 de photos sont disponibles pour des usages commerciaux sous licences Creative Commons sur *www.flickr.com* (en comparaison, l'agence Corbis rassemble plusieurs centaines de millions de photos) Or, au moins un tiers des photographes sont spécialisés dans la photographie d'illustration générale. On note aussi le développement d'appels d'offre de collectivités territoriales, avec une obligation de mise sous licences de libre diffusion.

⁷⁰ Par exemple, en matière d'exploitation phonographique, la durée de l'exclusivité est très variable, pouvant aller de 1 titre à 4 albums sur sept ou huit ans. Le contrat d'exclusivité est qualifié de « contrat de

l'engagement souscrit et la conclusion d'engagements à durée indéterminée⁷¹ figent le choix opéré en dépit des changements intervenus ultérieurement.

96. Une autre difficulté vient de ce que certaines institutions obligent les auteurs à mettre les œuvres à disposition ouverte sous certaines marques de licences en contrepartie du paiement de la prestation de service de création. Cette pression à conclure de telles licences illustre de façon paradoxale, au regard du modèle défendu, que le recours à ces mécanismes peut également contribuer à la perte de contrôle de l'auteur sur l'organisation de la diffusion de ses œuvres. La liaison entre contrat d'entreprise et licences ouvertes peut ainsi fragiliser la position de l'auteur dans sa négociation avec le maître d'ouvrage.

- *Pour les tiers utilisateurs.*

97. La circonstance que les licences ouvertes ne prévoient pas explicitement de garantie d'éviction⁷² est de nature à introduire une certaine insécurité juridique car elle laisse à penser que les garanties légales sont évincées. Ainsi, il a déjà été souligné que nombre de mises à disposition sont réalisées sans avoir recueilli l'accord de l'ensemble des ayants droit sur l'œuvre – coauteurs ou auteurs primaires, artistes interprètes, producteurs... Or, certaines licences sont assorties de clause d'exonération qui incite l'utilisateur à conclure « à ses risques et périls ». Une telle précarité de l'autorisation est non seulement discutable du point de vue du droit civil mais place l'utilisateur dans une situation de risque juridique accru, celui-ci étant dans l'incertitude quant à une possibilité d'appel en garantie en cas de condamnation en contrefaçon.

- *Pour les créateurs d'œuvres dérivées.*

98. En premier lieu, il faut souligner qu'en raison de l'insuffisance des règles juridiques, la notion d'œuvre dérivée est variable, alors qu'elle fonde une partie du mécanisme. Chaque licence compte sa propre définition – plus ou moins large⁷³ et précise, quand elle n'est pas absente – souvent en fonction de l'état de la technologie, ce qui crée des confusions et contribue également à la difficile interopérabilité des systèmes contractuels. A cet égard, il faut soigneusement distinguer entre la circonstance d'être acteur de la chaîne contractuelle et la qualité d'auteur, laquelle s'acquiert non pas par la simple adhésion au contrat ou par toute modification technique opérée sur l'œuvre mais bien par un véritable fait de création originale au sens du Code de la Propriété Intellectuelle.

99. Par ailleurs, l'existence dans certaines licences de clauses conférant aux obligations un effet translatif – *copyleft* ou *share alike* – constitue un facteur de complexité. En effet, la soumission des œuvres dérivées aux clauses de la licence de l'œuvre initiale entraîne une construction juridique fragile et difficilement lisible. Si un contrat de la « chaîne » se révèle non valable, le système perd alors toute assise juridique. Le risque est d'autant plus fort que les effets de contagion éventuelle de l'œuvre modifiée dépendent des termes de chaque licence. Les formes de mise à disposition des œuvres dérivées se situent donc parfois dans la dépendance de celles des œuvres utilisées. Il se peut que la concurrence entre licences conduise l'auteur à renoncer à

travail » par la loi ; il s'agit en fait d'un CDD d'usage spécifique, non limité à 18 mois, plusieurs pouvant s'enchaîner sans délais de carence.

⁷¹ Les licences *Creative Commons* prévoient explicitement la possibilité de cesser l'exploitation ou d'exploiter autrement.

⁷² La garantie d'éviction permet au cessionnaire de se retourner contre le cédant si un tiers vient contester sa jouissance paisible de l'œuvre. Il va de soi que dans le contexte des licences ouvertes, cette jouissance n'est jamais exclusive.

⁷³ La GPL a une approche particulièrement large.

reprendre plusieurs œuvres dans la sienne alors même que l'usage est présumé à chaque fois ouvert. En ce cas, il faudra au mieux repasser par la voie de l'autorisation individuelle des auteurs, s'ils conservent leur capacité individuelle à négocier en dépit de la mise à disposition ouverte déjà réalisée.

3.2.2 Les difficultés liées à l'établissement de la preuve et à l'exécution.

100. Les difficultés recensées par la Commission à propos de la preuve et des procédures de mise en œuvre n'apparaissent pas spécifiques aux licences ouvertes mais résultent des modalités de diffusion numérique des œuvres. Le phénomène s'avère seulement plus aigu en raison de l'éclatement des usages dans le temps et dans l'espace.

3.2.2.1 La preuve.

101. En matière de preuve, la notion clé, s'agissant de la circulation des obligations réside dans la **traçabilité de l'œuvre**. Il est ainsi possible de garder une trace numérique grâce à une métadonnée, inscrite dans les fichiers. Elle indique, le cas échéant, toute information d'un changement. Dans le cas des licences *Creative Commons* est proposé ce type de dispositif même si l'œuvre ne doit pas obligatoirement contenir de telles métadonnées⁷⁴. Leur insertion n'est pas systématique, le mécanisme reposant sur la volonté de chaque auteur. Pour la licence *Art libre*, il existe une obligation de s'inscrire dans une chaîne d'auteurs, soit sur le fichier qui accompagne l'œuvre, soit sur l'œuvre même. Cela permet de garder trace de l'évolution : ceux qui modifient une œuvre sont contractuellement obligés d'indiquer la date de modification, et leur identité. Une telle disposition n'existe pas pour les licences *Creative Commons*.

102. Certaines initiatives doivent toutefois être notées. Par exemple, *CCpublisher* est un outil qui permet d'intégrer les métadonnées et de télécharger les données sur archive.org. Il garde trace de la date d'enregistrement et fournit une estampille par date et métadonnée. Par ailleurs, en Autriche a été mis en place un système où la signature du fichier est conservée. Or la probabilité que deux fichiers aient la même signature est très faible, même si elle n'est pas nulle. Il faut enregistrer son fichier sur un site pour obtenir la signature. Toute modification, même minime, nécessite par conséquent l'obtention d'une nouvelle signature. Enfin, il faut noter que le logiciel *CChost*, utilisé par le site *CCmixter* (remix de fichiers musicaux) permet l'indication des fichiers qui ont été mixés, si l'auteur le désire.

103. Pour l'heure, les pratiques ne sont pas harmonisées entre licences. Par ailleurs l'utilisation des outils de traçabilité demeure souvent facultative au sein même des licences qui en proposent. Une aspiration à une rationalisation des procédures techniques d'information sur le régime des droits a toutefois été dégagée parmi plusieurs membres de la Commission, relevant qu'un tel système était particulièrement utile pour les licences ouvertes qui n'exigent pas un contact direct avec l'ensemble de la chaîne des ayants droit. Il est apparu qu'une amélioration de l'accès à telles informations contribuerait, par conséquent, à accroître la sécurité juridique. A ce titre, il a été suggéré de tendre vers une définition standardisée des métadonnées relatives au régime des droits, de veiller à leur sécurisation et de créer ou d'étendre des outils permettant le référencement de ces informations par les moteurs de recherche. Ces métadonnées juridiques

⁷⁴ En raison des risques de détournement, il est prudent de croiser les différentes métadonnées pour valider telle ou telle utilisation

auraient vocation à être intégrées dans les oeuvres numérisées et à suivre leur destin. Le système pourrait également contribuer à la création d'une base de données d'informations sur le régime des droits.

3.2.2.2 Le contrôle et l'exécution.

104. Une des questions majeures posées par les licences ouvertes est celle du contrôle du respect des conditions d'usage par des utilisateurs soit ex ante par un instrument permettant d'assurer la veille, soit ex post par la mise en œuvre de sanctions judiciaires.

105. La fonction de contrôle ex ante est susceptible d'emprunter plusieurs voies. Il faut ainsi souligner l'existence d'une régulation intrinsèque aux familles de licences. En raison de l'appartenance à une communauté, les membres partagent une conception commune ; tendent à s'accorder sur les usages et à s'aligner sur le respect des prescriptions de la licence. Le cas échéant, un contact pris avec la personne qui serait dans une situation méconnaissant certaines stipulations d'une licence permet au contrevenant de revenir à un usage conforme.

106. Il peut également exister **des procédures d'aide de la part des entités produisant les licences ouvertes.** Mais les organisations développent des degrés d'implication très variables dans la défense des usages découlant des licences qu'elles préconisent. Le premier accompagnement résulte de systèmes d'information sur le fonctionnement des licences sur les sites promoteurs (FAQ...). De manière générale, il existe une assistance qui permet de donner une caution morale et de fixer l'interprétation qui doit être faite de la licence. Pour l'utilisation de la GPL, une adresse internet est accessible pour que les responsables puissent être alertés en cas de violation. En revanche, pour les licences *Creative Commons*, il n'existe pas de réseaux formels d'assistance. Celle-ci se fait au cas par cas. Pour d'autres licences, la défense des droits revient à chaque auteur, sans aide de l'organisation (ainsi pour la licence *Art libre*). D'autres mécanismes d'assistance sont plus formalisés, notamment pour le logiciel libre. Ainsi la FSF (*Free Software Foundation*) incite les auteurs qui créent un logiciel à lui céder leurs droits pour faire respecter en leur nom les prescriptions de la licence. Il s'agit d'une cession « classique » de droits d'auteur qui permet de suppléer à la difficulté du morcellement de la titularité des droits. Ce type de mécanisme n'est pas sans rappeler l'apport cession effectué auprès des sociétés de gestion collective.

107. La mise en œuvre de sanctions judiciaires se heurte, ainsi que déjà dit plus haut, aux mêmes problèmes que les autres formes de mise à disposition des œuvres et résulte du caractère essentiellement international du contentieux. Toutefois, les inquiétudes relatives à l'application effective des licences peuvent être tempérées, pour l'heure, par le constat d'un contentieux quasi inexistant. On recense essentiellement deux cas en Europe dans les lesquels des tribunaux ont eu à connaître de licences ouvertes (en Espagne, février 2006, tribunal de première instance de Badajoz, n° 15/2006 et aux Pays-Bas, 9 mars 2006, Cour du district d'Amsterdam). En Espagne, il s'agissait d'un litige entre une société de gestion collective et un bar. La cour a estimé que le bar diffusant la musique n'avait pas à s'acquitter de droits auprès de la société, cette musique étant uniquement régie par des licences *Creative Commons*. Plus précisément, il a été jugé que la société de gestion collective n'apportait pas la preuve que son répertoire avait été utilisé. Aux Pays-Bas, le contentieux concernait un auteur de blog et un magazine ayant diffusé une photo prise sur le site *Flickr*. Le tribunal a considéré que la licence *Creative Commons* qui couvrait la photo n'autorisait pas l'utilisation qui avait été faite par le magazine, qui était commerciale. Il faut noter qu'un litige en France entre un musicien (non membre de la SACEM) et une chaîne de télévision, s'est résolu par un arrangement à l'amiable. En l'espèce, l'oeuvre était régie par une licence *Creative Commons*

avec les options relatives à un usage non commercial et à l'interdiction des modifications. Or elle avait été coupée et synchronisée, donc modifiée, et utilisée. La portée de ces litiges est, à vrai dire, limitée⁷⁵. Les jugements reposent surtout sur l'étendue du consentement de l'auteur.

⁷⁵ Par ailleurs, pour les logiciels libres, quelques cas sont venus devant les tribunaux, notamment en Allemagne, mais sous l'angle du droit des marques.

RELEVÉ DE CONCLUSIONS -

La Commission a relevé les points suivants :

1. La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit revêt des formes extrêmement variées. Parmi elles, les licences ouvertes constituent l'un des outils, de nature contractuelle, permettant l'ouverture et le partage d'œuvres dans le respect du consentement de l'auteur.
2. Bien que l'objectif essentiel poursuivi soit, en première approche, d'assurer la diffusion de l'œuvre au plus grand nombre, les motivations des partisans des licences ouvertes se relèvent à l'examen très diverses, à la fois techniques, idéologiques, artistiques et économiques.
3. Un certain flou terminologique se fait jour, notamment à raison de l'origine étrangère de nombreuses licences. Plusieurs confusions sont à éviter. Ainsi, le terme libre ne s'apparente pas à celui de « gratuit » (free en anglais dans les deux cas), bien que les formes de mise à disposition ouverte soient souvent réalisées à titre gratuit, elles n'impliquent pas la gratuité systématique. Par ailleurs, les œuvres « libres » ne sont pas des œuvres libres de droit : leur usage est défini par les conditions que la licence prévoit. Il existe une infinie diversité de licences, puisqu'elles ressortissent de figures contractuelles choisies par les parties. En l'absence de standard unique, une tentative d'identification peut être entreprise à l'aide de plusieurs critères et des usages. Une licence dite « libre » permet l'exercice de quatre libertés : utiliser/usage, copier, modifier et diffuser les modifications. Une licence « ouverte » désigne dans le présent rapport celle qui permet seulement une au moins de ces libertés.
4. Il est possible de repérer plusieurs modèles de licences ouvertes parmi les plus utilisés, pour le logiciel ou pour les autres œuvres. Il s'agit notamment des licences de la FSF (Free software fondation), des licences *Creative Commons*, les plus répandues dans le monde, ou d'Art libre, en France. Leurs philosophies sont proches, mais leurs fonctionnements diffèrent. Les licences *Creative Commons* se singularisent notamment par la possibilité de choisir entre plusieurs options.
5. Ces licences connaissent un succès croissant et le nombre d'œuvres mises à disposition par ce biais augmente de manière exponentielle. Toutefois, les logiques économiques varient en fonction des secteurs concernés. En matière de logiciels libres, le marché le plus ancien, l'économie est essentiellement fondée sur les services associés. Dans le domaine de l'éducation ou de la recherche, le financement est essentiellement public, par des voies directes ou indirectes. Dans les secteurs culturels, il existe à côté de modèles coopératifs, innovants et non exclusifs, des modèles commerciaux plus classiques répandus dans l'économie numérique.
6. Au-delà de pratiques diverses, plusieurs caractéristiques récurrentes des situations où le recours à des licences ouvertes paraît pertinent sont identifiables : l'existence d'une communauté soudée ou d'une marque reconnue ; un travail collaboratif et évolutif ; la construction d'une notoriété individuelle ou collective. La mise en place de ces licences contribue notamment à l'émergence d'œuvres multi-auteurs, décentralisées et évolutives.

7. Des questions de qualification des licences ouvertes au regard du droit civil se posent. Plus encore, des difficultés apparaissent en termes de durée des engagements, de possibilités de résiliation, d'opposabilité aux acteurs de la chaîne des modifications intervenant sur les conditions de la mise à disposition, ainsi que de validité des clauses limitatives de responsabilité.
8. La compatibilité des licences ouvertes avec les règles actuelles du droit fiscal, tant pour les personnes morales que physiques, n'est pas évidente car l'administration s'attache à la finalité lucrative de l'activité de création, qui est absente pour ces licences.
9. Les licences ouvertes ne s'inscrivent pas en rupture théorique avec le droit d'auteur. Elles n'ont pas d'ailleurs donné lieu à contentieux probant sur ce point. La logique du consentement de l'auteur y est respectée, l'auteur étant au centre du dispositif. Toutefois, des difficultés de mise en oeuvre existent, singulièrement au regard du respect du droit moral. S'il n'existe pas de problème fondamental pour certaines composantes du droit moral – droit de divulgation, de paternité – l'exercice du droit de retrait et de repentir et du droit au respect de l'intégrité de l'oeuvre est susceptible de poser des difficultés au regard de la conception traditionnelle du droit d'auteur qui s'appuie davantage sur une vision statique de l'oeuvre que sur son potentiel d'évolution.
10. L'articulation des licences ouvertes avec la gestion collective est, en l'état des pratiques, problématique. Si la volonté de complémentarité est forte de la part des utilisateurs de licence ouverte qui souhaiteraient une conjugaison de ces licences avec l'adhésion à une SPRD, celles-ci considèrent que les systèmes de mise à disposition ouverte ne sont pas compatibles avec leurs règles actuelles de fonctionnement, notamment en raison du fait que les apports se font par « répertoire » et non oeuvre par oeuvre. Pour autant, les différentes sociétés ont adopté des attitudes différenciées à l'égard des licences ouvertes, certaines ayant décidé d'autoriser leurs membres à mettre à disposition de manière ouverte les oeuvres du répertoire dans des conditions limitées.
11. La Commission a encore recensé plusieurs difficultés liées essentiellement à la mise en oeuvre des licences. La complexité de la chaîne contractuelle et l'absence d'interopérabilité entre les licences ouvertes sont les premières. Les questions de la loi applicable et du caractère éclairé du consentement sont aussi particulièrement importantes. Une autre difficulté vient de la détermination délicate de la ligne de partage entre usages commerciaux et non commerciaux, notions imprécises sur lesquelles il n'existe pas de consensus.
12. La Commission a déploré certaines insuffisances dans l'établissement et la traçabilité de la preuve, ainsi que la faible effectivité de la sanction, faute de mécanismes d'aide et de contrôle.

4. PROPOSITIONS.

4.1 Assurer le consentement éclairé des auteurs et améliorer l'information des utilisateurs des licences ouvertes

Il est apparu essentiel à la Commission de favoriser, en premier lieu, l'amélioration de tout dispositif d'information utile au consentement éclairé des auteurs, afin que ceux qui choisissent de mettre à disposition leurs œuvres sous licence ouverte connaissent mieux la portée de leur décision.

En second lieu, la Commission considère indispensable de perfectionner l'information sur les droits des tiers, notamment à travers une meilleure pédagogie du droit existant et, dans cette perspective, de faciliter la découverte de l'information légale concernant les œuvres. Il convient de soutenir toute initiative en ce sens venant des différents acteurs de la création, voire d'organiser les conditions de la réalisation de ces objectifs.

Toute amélioration des procédures de gestion numérique des droits et des dispositifs relatifs à l'information sur le régime des droits, particulièrement utiles dans le cadre des licences ouvertes, doit être encouragée.

Une telle réflexion devrait être menée au plan européen ou international pour appréhender pleinement ce phénomène.

4.2 Améliorer la compatibilité entre licences ouvertes

Au regard de la multiplicité des licences ouvertes et de leur modes de fonctionnement différenciés, il apparaît souhaitable de favoriser toute initiative visant à améliorer la compatibilité entre les différents systèmes contractuels, notamment au travers d'une meilleure identification de ces derniers. Un travail consistant à inventorier l'existant contribuerait à fournir une documentation importante sur les pratiques. En favorisant une plus grande transparence sur le contenu des licences, une réelle concurrence pourrait ainsi s'opérer au profit de l'ensemble des agents économiques. Il convient de tendre vers une meilleure rationalisation des processus d'élaboration et de gestion des licences – une sorte d'ingénierie des licences – en faisant émerger des outils juridiques et techniques idoines et pérennes.

4.3 Assurer la coordination des initiatives publiques relatives à la diffusion d'œuvres sous licences ouvertes

La Commission a eu le loisir de constater la dispersion des différentes initiatives publiques en matière de diffusion des connaissances, plusieurs modèles de licences étant développés séparément sans que soit discutée la possibilité de rassembler ces projets sous l'égide d'un mécanisme unique ou, le cas échéant, d'assurer en amont la compatibilité de ces différentes licences entre elles.

L'amélioration des procédures d'information inter-services et l'émergence d'une politique publique de la diffusion ouverte des savoirs semblent donc devoir être entreprises. En raison de son expertise dans le champ du droit d'auteur et de la communication, le ministère de la Culture

pourrait être pilote, dans le cadre d'une cellule interministérielle chargée de coordonner des initiatives et de rendre compatibles les pratiques. Il pourrait, par exemple, proposer des modèles types de licences ainsi que des chartes d'utilisation et/ou entreprendre des rapprochements entre licences existantes dans le respect du droit applicable. L'harmonisation de ces mécanismes contribuerait à améliorer la visibilité des publications et créations dans un contexte international.

Par ailleurs, l'articulation entre la liberté de mettre en œuvre des licences ouvertes et le statut d'agent public doit être clarifiée.

4.4 Prolonger la réflexion sur le rôle du droit moral

Les travaux de la Commission ont pu démontrer que le droit moral était susceptible de fournir une protection juridique aux auteurs mettant à disposition ouverte leurs œuvres, en marge même de toute licence. Le droit français, au contraire du copyright qui ignore ce système, offre avec le droit moral une base légale fondant nombre des actes souhaités par les auteurs et protégeant ces derniers contre tout détournement de leur volonté. En effet, le droit de divulgation autorise l'auteur à choisir les modes de communication de l'œuvre au public. Les tiers doivent donc respecter ce choix unilatéral, sans même le détour de la force obligatoire du contrat. Pareillement, le droit à la paternité est garanti directement par la loi et ne résulte pas d'un consentement des tiers. Le droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre permet à l'auteur qui aurait mis unilatéralement son œuvre à disposition de s'assurer que les restrictions qu'il a formulées quant aux modifications seront respectées, le cas échéant par la voie judiciaire.

Au demeurant, le caractère d'ordre public du droit moral, sa perpétuité et son inaliénabilité constituent autant de garanties que la volonté de l'auteur sera respectée nonobstant le transfert ou l'expiration des droits patrimoniaux. Il n'existe donc pas en principe de risque que la mise à disposition ouverte soit réalisée par un cessionnaire sans l'aval de l'auteur.

En dépit de ces éléments, la Commission a également pu mettre en lumière des points de friction entre les pratiques de licences ouvertes et certaines prérogatives du droit moral telles que le droit au retrait et au repentir et le droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre, s'agissant notamment de l'effectivité de leur mise en œuvre. Si ces points de friction ne conduisent pas nécessairement à l'incompatibilité des licences ouvertes avec le droit moral, l'application de certaines d'entre elles, qui offrent une possibilité de modifier et de rediffuser les modifications, peut par exemple se heurter à une interprétation stricte du droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre. Il convient donc de poursuivre la réflexion sur ce point, notamment en s'inspirant des règles dégagées dans le domaine audiovisuel.

Au terme des travaux, la Commission dans son ensemble a considéré que le premier travail de repérage engagé pour ce rapport devrait trouver des modalités d'approfondissement afin de mieux cerner une réalité mouvante dans un marché encore immature. Certaines questions soulevées méritent incontestablement des travaux ultérieurs.

ANNEXES.

Annexe n° 1 : Lettre de mission du président du conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique.

« Paris, le 06 juillet 2006

Mesdames les présidentes,

En France comme dans de nombreux pays, les auteurs et titulaires de droits voisins peuvent définir les conditions d'exploitation et de réutilisation de leurs œuvres et prestations en ligne par l'intermédiaire de licences qu'ils délivrent directement sur la base de contrats-types tels que les licences dites « Creative Commons ». Ces mécanismes offrent, entre autres, un cadre juridique pour la diffusion sur Internet de tout type de contenu créatif.

Au regard du succès croissant de ce type de mise à disposition, je vous demande de présider une commission spécialisée du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique sur ce sujet. Cette commission aura pour tâche, après avoir identifié et défini les types de licences, d'en appréhender les différents aspects tant économiques que juridiques.

Sur le plan juridique, il est notamment nécessaire d'examiner la compatibilité de ces licences inspirées par des systèmes juridiques étrangers avec les dispositions légales en vigueur en France et de proposer des mesures visant à améliorer la sécurité juridique des différents acteurs d'un triple point de vue.

En premier lieu, se pose la question de la qualification même de cette mise à disposition et du droit applicable - code de la propriété intellectuelle ou loi étrangère - et, par conséquent, de la portée de l'autorisation délivrée par l'ayant droit. Dans cette perspective sera étudiée la libre disposition des droits par le titulaire et notamment sa faculté d'exercer - en droit comme en fait - les prérogatives liées au droit moral ou encore d'y renoncer.

En deuxième lieu, doivent être précisés les régimes de l'acte unilatéral, de la gratuité et de la donation au regard tant du droit de la propriété intellectuelle que du droit civil et du droit fiscal.

Enfin, vous étudierez la question de l'opposabilité aux tiers de ces mécanismes et notamment leur coexistence avec les droits des cessionnaires à titre onéreux, avec la gestion collective ou encore avec le bénéfice des exceptions.

Sur le plan économique, vous examinerez la viabilité des différents modèles de licences proposés notamment en les comparant à ceux existant dans le domaine des logiciels libres. Les types d'œuvres et les catégories d'auteurs et d'artistes les plus susceptibles d'être concernés devront, à cette occasion, être précisés.

Les objectifs de la communication des savoirs et de la diversité culturelle devront bien sûr être pris en compte dans votre travail. La commission restera libre de se saisir de toute question dont la nécessité aura été révélée lors de ses travaux.

Vous remettrez le résultat de vos travaux début avril 2007, afin que le Conseil supérieur puisse en délibérer en séance plénière fin avril 2007. En vous remerciant d'avoir accepté d'assurer la co-présidence de cette commission, je vous prie de croire, Mesdames, à l'expression de mes salutations distinguées. »

Annexe n°2 : Composition de la commission.

MEMBRES DU CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE –

ALMERAS Catherine	Syndicat français des artistes interprètes (SFA)
BLANC Xavier	Société de perception et de distribution des droits des artistes interprètes de la musique et de la danse (SPEDIDAM)
BOUTTERIN Thierry	Président du Syndicat national des radios libres (SNRL)
BRILLANCEAU Olivier	Directeur général de la Société des auteurs de l'image fixe (SAIF)
COLIN Karine	Société civile des producteurs de phonogrammes en France (SPPF)
DEFAUX Agnès	Société des auteurs de l'image fixe (SAIF)
DESURMONT Thierry	Vice-président du directoire de la Société des auteurs compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)
DUMAS Sylvie	Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP)
DUVILLIER Laurent	Directeur général de la Société civile des auteurs multimédia (SCAM)
GALEAZZI- GRAVELINE Florence	Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)
GOLDSMITH Frédéric	Directeur juridique du Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP)
GUEZ Marc	Directeur général de la Société civile des producteurs phonographiques (SCPP)
LECLERC-SENOVA Marie-Christine	Société civile des auteurs multimédia (SCAM)
MARCOS Laurence	Directeur juridique de la SCPP (société civile des producteurs phonographiques)
MICHAU Emmanuel	Association pour le commerce et les services en ligne (ACSEL)
RAMONBORDES Christiane	Directeur général adjoint de la Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP)
ROGER Jérôme	Directeur général de la Société civile des producteurs de phonogrammes en France (SPPF)
RONY Hervé	Directeur général du Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP)
THOUMYRE Lionel	Société de perception et de distribution des droits des artistes interprètes de la musique et de la danse (SPEDIDAM)
TILLIET Hubert	Société des auteurs compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)
ZMIROU Nicole	Directrice des affaires juridiques de la Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)

PERSONNALITES EXTERIEURES AU CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE –

ALVAREZ Jorge	Union des photographes créateurs (UPC)
ESPERN Christophe	Co-fondateur d'EUUCD.INFO – représentant d'APRIL au forum des droits et à la FSF (Free software fondation)

CHAMPEAU Guillaume	Juriste, journaliste, créateur de ratiatum.com
CLEMENT-FONTAINE Mélanie	Docteur en droit
DECHELLE François	Creative Commons France
DULONG DE ROSNAY Mélanie	Centre d'études et de recherche en sciences administratives – responsable juridique de Creative Commons France
GUERRIER Monique	Les films du square
DURUP Etienne	Ministère de l'éducation nationale
LANG Bernard	Institut national de recherche en informatique et automatique – membre AFUL-ISOC
LECARDONNEL Mélaïne	Agence pour la protection des programmes
MOREAU Antoine	artlibre.org
STOEHR Thierry	Président de l'association francophone des utilisateurs de Linux - rédacteur de formatsouverts.org
VODJDANI Isabelle	artlibre.org – Maître de conférence à l'UFR d'arts plastiques et sciences de l'art, Université de Paris I
WANG Cécile	Union des photographes créateurs (UPC)

Annexe n°3 : Personnalités auditionnées.

AXEL Philippe	Musicien
BUCKMAN John	Fondateur du site <i>Magnatune</i>
CORNU Marie	Directeur de recherche, CNRS, laboratoire CECOJI
COUSI Olivier	Avocat spécialisé en droit de la propriété intellectuelle
DALMAS Stéphane	INRIA
DUSOLLIER Séverine	Professeur à l'Université de Namur (Belgique)
DROUET Quentin	Auteur d'un mémoire sur les licences libres
GABALDA Eric-Marie	Association musique-libre.org
HACHE Sébastien	Professeur de mathématiques – co-créateur du manuel sésamath
HORN François	Maître de conférence en économie à l'Université Lille-III ; détaché au CNRS, CLERSE-IFRESI.
KRATZ Laurent	Co-fondateur du site <i>Jamendo</i>
LE DIBERDER Alain	Directeur général d'Idées de France
MARTIN Alban	Auteur d'un ouvrage sur l'économie du libre
MAURY Stéphanie	Avocat intervenant dans le domaine de la fiscalité du droit d'auteur
MENIERE Yann	Chargé de cours à l'Université catholique de Louvain (CORE) et à l'Ecole des mines de Paris (CERNA)
VALENSI Michel	Editeur
VERCKEN Gilles	Avocat spécialisé en droit de la propriété intellectuelle