

Part 2.

*Creative Commons Licenses
and Open Governance:
To Create and To Regulate*

LA CRÉATION COMME BIEN COMMUN UNIVERSEL

RÉFLEXIONS SUR UN MODÈLE ÉMERGENT

Danièle Bourcier, Mélanie Dulong de Rosnay*

Abstract

The international critique in the Intellectual Property domain is growing: rights are too strong, too exclusive (overprotection), too difficult to manage in the digital world. Within the European Union, the French transposition draft of the 2001 Copyright Directive¹ does not seem to bring a common and shared solution, notably on the implementation of the concept of "cultural diversity". New solutions must be analyzed from the point of view of various actors on the web. Debates on author rights and on-line cultural practices oppose two economic approaches: one is based on sharing, the other on the market. Cannot these two approaches be reconciliated by solutions such as Creative Commons? We will see some of the main points of this debate.

Résumé

Une critique internationale de plus en plus forte se développe autour des droits de propriété intellectuelle : ils sont trop exclusifs (phénomène d'overprotection), trop nombreux, trop lourds à gérer dans l'univers numérique. Le projet de transposition en droit français de la Directive européenne de 2001¹ ne semble pas apporter une solution commune et acceptée, notamment sur la mise en œuvre du concept de diversité culturelle. Il faut donc analyser les diverses solutions qui émergent des acteurs du réseau. Les débats sur le droit d'auteur et les pratiques culturelles en ligne opposent deux

approches économiques: l'une est fondée sur le partage, l'autre sur l'appropriation marchande. Mais ces deux approches ne peuvent-elles être rendues compatibles à travers les solutions de Creative Commons ? Nous revoyons ici quelques points du débat en cours.

Redéfinir les droits liés au domaine public et à la propriété

La renaissance à travers l'Internet de la notion de patrimonialité de la connaissance, de bien commun, de *commons* brouille les frontières traditionnelles du caractère exclusif des droits de la propriété intellectuelle. Au-delà, nous sommes désormais engagés dans une réflexion politique sur la propriété et ses diverses déclinaisons dans une économie de marché, et en particulier sur ce qui appartient à tous, ou à personne : le domaine public, les parcs, les idées, les informations brutes et les formules mathématiques, le génome, l'eau, la culture. Appartiendraient aussi à ces biens communs des droits de propriété intellectuelle qui ont vocation à être exclusifs mais que leurs titulaires décideraient délibérément de partager librement comme le propose Creative Commons.

Actuellement de nombreuses pratiques liées à l'agriculture et à l'environnement en France sont encore fondées sur la notion de patrimonialité. Le pastoralisme dans le Haut Béarn par exemple ne peut se maintenir qu'à travers ces régimes communautaires : les estives appartiennent à la collectivité, et la " gestion " du territoire (de l'ours notamment) est discutée dans des institutions patrimoniales où tous les acteurs sont représentés. Ce groupe d'acteurs peut avoir des points de vue différents mais doit s'entendre pour trouver une solution commune : ils ont créé pour cela une structure originale, émergente car non prévue par les textes, à l'intérieur de l'Institut patrimonial du Haut Béarn.² Cette notion de patrimonialité a connu des heures plus ou moins heureuses dans l'histoire suivant que la gestion fût bien partagée ou non. En

Angleterre, la fameuse “ tragédie des *commons* ”³ provoqua le mouvement de l’*enclosure*, qui conduisit au contraire à la fermeture des terres communes au 18^{ème} siècle.

Qui est impliqué dans le débat sur l’œuvre numérique ?

La notion traditionnelle de patrimonialité va connaître une nouvelle jeunesse avec la diffusion des œuvres dans l’univers numérique. Mais la convivialité “ bon enfant ” des débuts d’Internet a laissé la place à une suspicion généralisée entre acteurs du réseau. Les industries culturelles étaient au départ très intéressées par le commerce qu’Internet pouvait développer. A présent, elles se sentent de plus en plus menacées par les nouvelles pratiques d’échange et de coopération, qui se développent plus vite que les offres commerciales. Mais ce ne sont pas seulement les *majors* qui expriment leur âpreté. Ce sont aussi les chercheurs, les artistes, les créateurs qui font entendre leur voix. Tout le monde veut intervenir dans le vaste forum qui reconsidère le droit d’auteur et le copyright dans un contexte où les biens culturels et informationnels deviennent non rivaux économiquement. Cependant avec le débat autour de la directive de 2001 et les dernières actions pénales lancées sur Internet, les voix sont devenues vraiment discordantes.

Protéger l’auteur , mais contre qui ?

Tout le monde est d’accord pour protéger l’auteur mais les moyens diffèrent. S’il s’agit de protéger l’auteur contre de nouvelles formes de consommation, alors mettons-le au centre du dispositif. Lorsqu’il est le titulaire des droits, c’est lui qui doit rester maître de la façon dont il veut réguler leur utilisation dans l’univers numérique. On sait qu’il est de la nature d’Internet de faciliter la circulation interactive des œuvres littéraires, picturales ou musicales et leur réutilisation grâce aux techniques de citation, de collage, de *sampling*, de *remix*, ou de syndication. Dans ce cas, pourquoi

réserver ses droits exclusivement à un éditeur ou à un producteur (sans garantie de rémunération conséquente ou de large distribution) alors que ce même auteur veut prioritairement faire connaître son travail à une communauté fondée sur la mise en commun et la réputation ? Souvent, en signant des contrats d'édition, les écrivains et les scientifiques ne savent pas qu'une cession exclusive leur interdit de diffuser eux-mêmes leur propre production, y compris sur leur site personnel. Etre protégé par le droit mais contre qui ? Peut-on obliger le jardinier à clore son jardin par des haies épaisses pour priver les promeneurs de jouir du paysage ?

Du partenariat au partage

Aujourd'hui, des modes *soft* de confiscation se généralisent à travers l'appropriation privée des ressources collectives : délégations de service public, partenariats entre secteurs public et privé par exemple sont des instruments juridiques utilisés aussi bien pour construire des hôpitaux publics que pour gérer la propriété industrielle nécessaire à la production des médicaments à des prix abordables. Mais Internet est un lieu où d'autres modes d'appropriation peuvent être explorés : nous sommes dans une économie d'abondance, les ressources culturelles et informationnelles sont immenses. Leur distribution en ligne ne nécessite pas d'investissement particulier, les techniques de reproduction numérique substituant aux notions de rivalité et d'exclusion (propres aux biens matériels) un coût de reproduction et de distribution quasi nul. Toutes les conditions sont réunies pour que d'autres modèles économiques soient analysés et que la valeur se déplace sur d'autres services que la simple fourniture de copies.

La propriété intellectuelle n'était à *l'origine* qu'une exception limitée à la libre circulation de l'art et des sciences, et elle était conçue pour protéger et encourager les auteurs et les investisseurs. Mais l'hypertrophie du marché colonise les ressources : l'allongement de la durée du droit

d'auteur (jusqu'à 70 ans en France et en Europe) et son élargissement aux bases de données, à la demande des grands groupes de l'édition mondiale, permettent de privatiser toute une partie du domaine public et des connaissances, sans contrepartie évidente pour l'intérêt général. Les dernières réserves à l'exclusivité en faveur des consommateurs sont d'ailleurs menacées par les producteurs.

Ainsi, de récentes décisions de justice⁴ ont condamné l'éditeur et le distributeur de CD qui, portant des mesures de protection technique empêchant la copie, rendaient impossible leur consommation légale sur certains lecteurs. A *contrario*, le producteur du DVD Mullholland Drive de David Lynch qui contient un dispositif qui, n'empêchant pas la lecture, interdit la reproduction privée sur support vierge, a été soutenu par le juge⁵ qui s'est appuyé sur une doctrine développée par l'OMPI, reprise par Bruxelles dans la Directive européenne de 2001. Une telle reproduction pourrait "*porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre (et) causer un préjudice injustifié aux intérêts légitime du titulaire de droit*"⁶, au mépris de l'exception légale aux droits exclusifs en faveur de la copie privée⁷, inscrite dans le droit français depuis 1957 et renforcée en 1985 par la création d'une redevance sur les supports de reproduction destinée aux ayants-droit.

Ce glissement du droit remettant en question l'exercice de la copie privée, même dans le cas des services interactifs à la demande depuis la Directive européenne de 2001, est demandé par certains groupes de pression influents, mais est-il légitime de l'imposer à tous les créateurs ? D'autres solutions sont-elles disponibles pour les auteurs ?

Un autre modèle : la libre expression des préférences pour le bien commun

Il existe un modèle, celui de Creative Commons, qui tente de dépasser ces deux approches économiques antagonistes. Les auteurs, chercheurs et créateurs sont libres de décider

sous quelles conditions ils veulent diffuser leur œuvre et de choisir d'offrir plus que le minimum légal. Ils peuvent ainsi préserver le droit de tous à la copie privée, celui de partager des fichiers, ou de les modifier, sans pour autant renoncer au nom et à l'exploitation commerciale. S'ils veulent exploiter commercialement leur œuvre, en le faisant savoir à l'acquéreur éventuel par la diffusion de ces conditions sur Internet, ils retrouvent l'exercice de leurs droits patrimoniaux traditionnels. Une autre originalité est à préciser : les termes du contrat sont *liés* techniquement avec le contenu sous la forme de métadonnées. Ces métadonnées ouvrent de nouvelles possibilités en termes de fouille de données puisque l'on peut interroger la liste des œuvres CC aussi bien par les conditions juridiques de mise à disposition que par le degré de liberté concédé.

Contrairement à d'autres langages d'expression des droits⁸ intégrés dans des systèmes électroniques de gestion ou *Digital Rights Management Systems* plus soucieux d'applications commerciales que d'une utilisation individuelle (XrML dans MPEG-21, ODRL dans OMA), Creative Commons s'attache à prendre en compte et à respecter des utilisations qui ne font pas partie des droits patrimoniaux exclusifs. Ces actes qui concernent pourtant une large partie des échanges sur le réseau, sont méconnus par le législateur et présents " seulement par défaut " dans le droit de la propriété littéraire et artistique. Or il s'agit de points juridiques importants : le domaine public après expiration temporelle, la renonciation volontaire à exercer certains droits d'exploitation et les exceptions aux droits exclusifs ou *fair use*

Les outils contractuels-types Creative Commons sont disponibles sur Internet aujourd'hui pour ceux qui souhaitent déposer leur création dans les *Commons* et maîtriser le degré de ce partage, parce que chaque échange, chaque diffusion d'une oeuvre n'a pas nécessairement une finalité marchande directe. La concentration de l'industrie de l'information peut ainsi être tempérée par la maîtrise de certains auteurs sur leur production. C'est ce nouveau modèle que chercheurs scien-

tifiques et artistes, photographes, réalisateurs ou musiciens sont en train d'explorer dans tous les domaines de la création. L'auteur est replacé au centre du dispositif de création et peut s'approprier le devenir de son œuvre sans intermédiaire, l'autogestion prolongeant le lien personnel direct existant entre l'auteur et son œuvre, reconnu par le droit d'auteur continental.

Optimiser la diffusion de l'œuvre, avoir la possibilité de la réutiliser sans craindre de poursuites, réserver ses droits commerciaux, favoriser le partage et l'innovation, tout cela est conciliable à condition de réattribuer à l'auteur la gestion originelle de ses droits.

Un droit ouvert plus accessible

Les contrats Creative Commons ne permettent pas seulement aux auteurs de récupérer la maîtrise et la gestion de leurs droits pour choisir d'offrir un accès ouvert à la culture, l'information, l'éducation, la science : ils illustrent aussi un processus complet de gouvernance électronique. Les technologies de l'information et de la communication sont à la fois la source et l'objet d'un nouveau droit.

La diffusion de ces outils contractuels par l'intermédiaire d'une interface cognitive⁹ et d'un résumé explicatif simplifie l'accès au droit pour tous. L'existence de différents contrats "prêt-à-porter" illustrés de symboles très explicites permet aux auteurs de choisir facilement et rapidement entre plusieurs options, en allégeant le formalisme inhérent aux autorisations de droit d'auteur. Simplifier le droit sans le dénaturer peut inciter à un comportement correct juridiquement ou même simplement le faciliter. Le caractère pédagogique et illustré du processus de licence s'oppose à une gouvernance de la création traditionnellement trop rigide, en porte à faux avec la liberté propre à la créativité et à la découverte.

La production de nouvelles versions des textes (adaptations nationales, version 2.0 et options correspondant à des

besoins spécifiques comme ceux du collage artistique ou des pays en voie de développement) est opérée de manière ouverte et participative. Les listes de discussion autour de chaque version des licences Creative Commons ne permettent pas seulement d'améliorer la compréhension du fonctionnement et des différentes options. Ces listes constituent aussi le support d'une participation à la construction du droit, les sujets pouvant commenter et influencer dynamiquement les dispositions et l'esprit des contrats en faisant remonter leurs expériences.

Très pragmatiques, elles reconnaissent et légitiment la réalité des échanges quotidiens, aujourd'hui sur des réseaux d'échange de fichiers ou par messagerie instantanée, demain par d'autres moyens techniques de communication.

Creative Commons illustre donc le principe d'un droit émergent souple, flexible et négocié, non pas en opposition mais en complément d'un droit étatique parfois trop contraignant. Ces pratiques d'autorégulation renouvellent la question de l'effectivité de la norme puisqu'il ne s'agit pas de contrôler son application ni de sanctionner son non-respect. La liberté contractuelle se pose comme un rempart contre les lois et les techniques de protection qui cherchent à rétablir la rivalité économique des biens numériques, et permet de réaliser efficacement d'autres objectifs comme l'enrichissement du domaine public et la constitution d'un patrimoine commun librement accessible et partagé.

Un nouveau type de gouvernance des droits sur Internet

L'exemple des licences Creative Commons montre qu'indépendamment des politiques publiques, des initiatives privées, par le biais de renonciations volontaires, sont en train d'étendre la notion de bien commun. Ces solutions souples seraient même à la source d'un nouveau " dynamisme " du domaine public¹⁰. En cela, Creative Commons prolonge le mouvement des logiciels libres et open source ainsi que celui des contenus ouverts (open content), et s'inscrit dans la droite ligne de la Résolution de l'UNESCO sur l'accès uni-

versel au patrimoine culturel de l'humanité.¹¹

Le droit d'un patrimoine commun assorti d'un libre accès à l'information et aux biens publics communs s'est développé depuis plusieurs dizaines d'années.¹² Les Etats y ont participé par de multiples instruments multilatéraux (Convention de 1972 sur le patrimoine mondial culturel et naturel par exemple). Désormais cette orientation est relancée concrètement par les citoyens du web. C'est ainsi que Creative Commons a été créé, développé et finalement utilisé par les internautes.

Mais iCommons, la version internationale des licences Creative Commons, veille aussi à respecter le droit des états. On a là une parfaite co-régulation par cercles concentriques. Plus de dix équipes, implantées nationalement, ont actuellement transposé, dans leur système juridique, l'esprit - sinon la lettre - des premiers contrats. L'esprit est d'abord le recentrement de la régulation sur la liberté de l'auteur et les droits du public. Les frontières traditionnelles entre auteur-créateur et public-utilisateur sont d'ailleurs estompées puisque chacun peut s'approprier une oeuvre dans une relation d'échange et d'interactivité, et non plus de consommation unidirectionnelle. Mais Creative Commons a une autre visée : desserrer l'étau réglementaire qui entoure le statut de l'auteur vis-à-vis de ceux à qui il a confié ses droits et responsabiliser le public qui veut utiliser l'œuvre ou y accéder.

Conclusion

S'agit-il d'un nouveau "patriotisme planétaire"¹³ ? S'agit-il d'une nouvelle gouvernance sur Internet venant contrebalancer le droit trop complexe des Etats ? Doit-on y voir un nouvel équilibre ou une discordance entre une globalisation des biens et un universalisme des valeurs communes ? Pourtant si des droits sont réservés au nom de la propriété des biens, on peut aussi imaginer que d'autres droits puissent l'être au nom du patrimoine commun et de l'accès universel à la connaissance et à la culture.

* Danièle Bourcier est Directrice de Recherche au CNRS (CERSA- Université de Paris II) et Mélanie Dulong de Rosnay est responsable du projet International Creative Commons en France (CERSA- Université de Paris II).

¹ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Official Journal L167, 22/06/2001 p. 0010 – 0019.

² Danièle Bourcier, *Is governance merely a form of regulation? Balancing the roles of the State and civil society*, IWM Working papers n°6/2002: Vienna.< <http://www.iwm.at/p-iwmp.htm#Bourcier>>

³ Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, Science, 162 (1968):1243-1248.

⁴ TGI Nanterre, 24 juin 2003, Association CLCV c/ SAEMI Music France ;

TGI Nanterre, 2 septembre 2003, Madame F.M. et UFC Que Choisir c/ SA EMI Music France et Sté Auchan France ;

TGI Paris, 2 octobre 2003, CLCV c/ BMG France ;

TGI Paris, 2 octobre 2003, CLCV c/ Sony Music Entertainment France ;

CA Versailles, 30 septembre 2004, SAEMI Music France c/ Association CLCV.

⁵ TGI Paris, 30 avril 2004, M. Stéphane P., UFC Que Choisir c/ SAFilms Alain Sarde, SA Universal pictures video France et autres.

⁶ Article 9.2 de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques.

⁷ Articles L. 122-5 et L. 21 1-3 du Code de la propriété intellectuelle.

⁸ Karen Coyle, Rights Expression Languages – A Report for the Library of Congress, February 2004

http://www.loc.gov/standards/Coylereport_final1single.pdf

⁹ Mélanie Dulong de Rosnay, “ Cognitive interfaces for legal expressions description - Application to copyrighted works, Online sharing and Transactions ”, *JURIX 2003, Legal Knowledge and Information systems*, Danièle Bourcier (ed.), Amsterdam, Ios Press, 2003 pp. 121-130.

¹⁰ Voir à ce propos les approches économiques *a priori* paradoxales : Robert Merges, “ A new dynamism in the public domain ” 2004, 71, *University of Chicago Law review*, 183 (sur Creative Commons).

¹¹ Résolution 41 adoptée par la Conférence générale de l’UNESCO sur le Rapport de la Commission V à la 26^{ème} Rencontre plénière, 17 novembre 1999 ainsi que la contribution de C. Maxwell, *Global Trends that will impact Universal Access to Information Resources*, soumise à l’UNESCO le 15 juillet 2000 <http://www.isoc.org>

¹² Elizabeth Longworth, *The Role of Public Authorities in Access to Information: the Broader and More Efficient Provision of Public Content*, Proceedings of UNESCO’s INFOethics 2000 Congress on the Theme «Right to Universal Access to Information in the 21st century »

http://webworld.unesco.org/infoethics2000/report_2_131100.html#longworth

¹³ M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l’universel*, Paris, Seuil, 2004 p. 400.