

Melanie Dulong de Rosnay, "Partage à l'Identique" (Creative Commons), in Marie Cornu, Judith Rochfeld et Fabienne Orsi (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Presses Universitaires de France, Quadrige, Paris, 2017, p. 876-878.

PREPRINT, NOVEMBRE 2016

PARTAGE A L'IDENTIQUE, V. *Copyleft*, *Creative Commons*, Enclosure, GNU-GPL, Licence libre, Licence pair à pair, Logiciel libre, *Open data* ou Ouverture des données, *Open science* ou Science ouverte, Wikipédia*

Définition de la notion. Le « Partage à l'Identique » (abrégé en SA pour *Share Alike*) est l'une des quatre options des licences ouvertes *Creative Commons** (CC), les autres étant « Attribution » (BY), « Pas d'Utilisation Commerciale » (NC) et « Pas de Modification » (ND). Elle transpose au sein de l'écosystème des *Creative Commons* le principe du *Copyleft** issue du mouvement pour le logiciel libre*. Elle pose comme condition à la libre réutilisation d'une œuvre soumise au droit d'auteur d'en offrir les éventuelles œuvres dérivées (par exemple une œuvre transformative ou une traduction) avec le même degré de liberté, en les plaçant sous les termes de la même licence ou d'une licence compatible. Le titulaire des droits transmet donc au public le droit de reproduction et de diffusion à titre gratuit, selon certaines conditions, de son œuvre et des futures créations dérivées de son œuvre.

Le « Partage à l'Identique » se combine avec « l'Attribution » pour former la licence « *Creative Commons Attribution Partage à l'Identique* » (CC BY SA), considérée comme une licence libre *Copyleft* au même titre que la GNU GPL* (*General Public License*). Elle s'applique aussi associée avec l'option « Pas d'Utilisation Commerciale » pour composer la licence « *Creative Commons Attribution Pas d'Utilisation Commerciale Partage à l'Identique* » (CC BY NC SA), en vertu de laquelle les modifications distribuées selon les termes de la même licence ne pourront pas faire l'objet d'une exploitation à des fins marchandes.

Évolution de la notion et compatibilité avec les notions voisines et ressources concernées. L'expression *Share Alike* peut être utilisée pour exprimer la nature virale des licences *Copyleft* de logiciel libre (e.g. Carver, 2005). Popularisée par l'organisation *Creative Commons*, elle a été traduite en français par les expressions « Partage Des Conditions Initiales A l'identique » (version 2.0 des licences), puis « Partage à l'Identique » (version 3.0), puis « Partage dans les Mêmes Conditions » (résumé explicatif de la version 4.0).

Le « Partage à l'Identique » permet de soumettre les œuvres dérivées à la même licence que l'œuvre originale, mais aussi sous une version ultérieure ou une version compatible de la même licence. Les versions 2.0, 2.5 et 3.0 permettent d'utiliser une version traduite et transposée dans le droit d'une autre juridiction après la validation par l'organisation *Creative Commons*. Les versions 3.0 et 4.0 prévoient une compatibilité des licences qui auront été approuvées par leurs organisations d'origine comme équivalentes dans leurs effets et reconnues compatibles : actuellement la « Licence Art Libre » dans sa version 1.3, prévoit une clause de compatibilité réciproque similaire, les deux organisations *Copyleft Attitude* et *Creative Commons* ayant reconnu les deux licences comme compatibles et équivalentes dans leurs effets. La définition du « Partage à l'Identique » selon les *Creative Commons* et la méthode de la compatibilité ont été reprises à l'identique par la *Open Database License* (ODbL) v1.0 qui applique le *Copyleft* aux bases de données.

Inversement, la licence de documentation libre GNU (en anglais *GNU Free Documentation License*, GNU GFDL) a prévu dans sa version 1.3 une clause unilatérale de migration temporaire vers la « CC BY SA 3.0 » pour les sites collaboratifs massivement multi-auteur ; l'objectif était de permettre à la *Wikimedia Foundation*, l'organisme qui structure une partie des projets de l'encyclopédie Wikipédia*, de changer de licence.

Le « Partage à l'Identique » applique le principe du *Copyleft* aux œuvres non logicielles et est utilisée par différents types de titulaires de droits de propriété littéraire et artistique : tout d'abord, les producteurs de ressources utilitaires destinées à être assemblées, combinées et dérivées, les wikis* et la Wikipédia* étant des exemples emblématiques de créations dont la production s'inspire du logiciel libre. On trouve aussi des institutions (par exemple les sites internet du Ministère de la Culture français) et des artistes militants du mouvement de la *Free Culture* comme Nina Paley (Chazkel, 2015). En revanche, la combinaison des options « Attribution et Partage à l'Identique » (CC BY SA), bien que validée par le label des Œuvres Libres ("*Approved for Free Culture Work*") comme comportant les libertés reconnues comme essentielles, n'est pas recommandée par les mouvements *open data*, *open education* et *open science* qui privilégient la seule attribution (CC BY), voire le domaine public* volontaire (CC0).

Une justification utilitariste de l'option est l'économie de coûts de transaction dans les projets collaboratifs, qu'elle est censée de surcroît protéger de l'appropriation privative et de l'enclosure* du commun. L'option Partage à l'Identique permet le *forking* ou la bifurcation de projets, les communautés pouvant créer des fourches et reprendre le contenu créé dans le projet précédent pour poursuivre selon d'autres orientations. Ainsi, quand Wikitravel a été vendu à une entreprise qui a rajouté des publicités sur le site, les versions allemandes et italiennes se sont séparées en 2006 et 2007 en créant le projet WikiVoyage avant de rejoindre la *Wikimedia Foundation* avec d'autres langues en 2012.

Enjeux, incompatibilités et absence de garantie. La multiplicité des options entraîne cependant des coûts de transaction et d'information (Elkin-Koren, 2005) pour l'offrant et l'acceptant de la licence et un brouillage du message. En effet, toutes les licences *Creative Commons*, y compris les deux comportant l'option « Partage à l'Identique », ne sont pas considérées comme libres au sens du logiciel libre. Notamment, la combinaison CC BY NC SA ne permet ni aux entreprises commerciales, ni aux projets comme ceux de la *Wikimedia Foundation* de réutiliser l'œuvre sans autorisation complémentaire. Cette perspective peut être interprétée comme une restriction de liberté (au sens du logiciel libre) et une fragmentation des communs, dans le sens où l'œuvre ne pourra pas être réutilisée par tous. Au contraire, une autre perspective est de considérer l'option NC comme une protection des auteurs originaux contre les appropriations commerciales de leur contribution qui pourraient intervenir sans leur offrir de rémunération.

La seule option « Partage à l'Identique » peut conduire à décourager l'exploitation du libre à des fins marchandes. En effet, si la reproduction à l'identique est libre pour tous, il sera difficile de monétiser les copies, comme en témoigne l'exemple de Wikipédia. Cependant, sans l'option NC, le Partage à l'Identique autorise la prédation par aspiration de contenu qui pourrait renforcer des sites commerciaux qui valorisent le trafic et l'exploitation de données personnelles plus que l'accès à l'œuvre en elle-même. On notera que la clause « Partage à l'Identique » organise le partage à l'identique des œuvres dérivées (selon les mêmes conditions) Les licences pair à pair* en cours de développement tentent de développer plus de réciprocité que la clause de « Partage à l'Identique », tout en évitant les écueils de la clause « Pas d'Utilisation Commerciale ».

L'absence d'interopérabilité entre œuvres placées sous différentes licences *Creative Commons* a

été analysé par la doctrine (Elkin-Koren, 2005; Katz, 2006; Dusollier, 2007; Dulong de Rosnay, 2010). Si des œuvres sous licence libre ne peuvent pas être mélangées entre elles sans autorisation et qu'il faut consulter un tableau pour savoir selon quelle licence en distribuer les dérivés, on aboutit à une fragmentation des communs.

La clause de « Partage à l'Identique », en prévoyant une compatibilité entre licences équivalentes, introduit un autre risque d'incompatibilité juridique, qui découle du manque d'harmonisation entre législations nationales, les licences transposées ne recouvrant par conséquent pas exactement le même spectre de droits. Pourtant, si les licences sont déclarées compatibles entre elles, un auteur est supposé consentir à ce que les adaptations futures de ses œuvres soient licenciées selon des conditions non identifiées, ce qui peut poser un problème de validité interne et de consentement au regard du droit des contrats (Dulong de Rosnay, 2010).

Les licences *Creative Commons* jusqu'à la version 4.0 étaient transposées en droit national. Ces adaptations juridiques reflétant les différences entre les droits nationaux étaient supposées garantir la compatibilité avec les ordres juridiques internes, l'interprétation par le juge et l'applicabilité directe dans les juridictions (Maracke, 2010). Plusieurs décisions de justice ont appliqué les licences, notamment en Allemagne et en Israël pour la BY SA. Les transpositions nationales ont aussi conduit à créer un réseau d'affiliés à l'organisation *Creative Commons*, des juristes, professionnels et militants des biens communs informationnels (Dulong de Rosnay, 2012). Néanmoins, la pratique de la transposition a été abandonnée en 2014 depuis la version 4.0, afin de simplifier les licences et d'éviter les problèmes de compatibilité engendrés par la clause de « Partage à l'Identique » qui reconnaissant comme compatible des licences qui avaient été transposées dans des droits nationaux et comprenaient donc des différences substantielles quant à l'étendue des droits et la définition des œuvres concernées. Malgré la fin du processus de transposition nationale, qui est remplacé par une simple traduction, un risque de différence entre versions linguistiques subsiste sur l'étendue de limitation de responsabilité et de l'absence de garantie par l'offrant que l'œuvre ne constitue pas une contrefaçon au droit d'auteur. En effet, les licences comprennent encore une clause de séparabilité (*severability*) qui prévoit que les conditions de la licence qui contreviendraient à un droit national ne soient pas applicables. L'étendue des garanties auxquelles il peut être renoncé par contrat varie selon le lieu de production de l'original et de la modification, cette branche du droit n'étant pas harmonisée. Une limitation contractuelle de la responsabilité de l'auteur telle qu'elle existe dans la version 4.0 risque d'être nulle au regard du droit français ou italien. La clause de « Partage à l'Identique » peut donc conduire à propager des risques juridiques pour les acceptants, et d'éventuelles contrefaçons, source de pollution des communs et de fragilisation des licences (Dulong de Rosnay, 2013) : peut-on raisonnablement transmettre plus de droits que l'on pense en détenir ? Ce problème contractuel ne se pose pas avec les autres licences *Copyleft* jugées compatibles ou en voie de l'être (Licence Art Libre et GNU GFDL) qui restent silencieuses sur la question de la garantie de non-contrefaçon par l'offrant de la licence, en laissant la compétence au droit applicable.

Mélanie DULONG DE ROSNAY, Chargée de recherche au CNRS, ISCC

Repères bibliographiques

- CARVER, B., « Share and Share Alike: Understanding and Enforcing Open Source and Free Software Licenses », *Berkeley Technology Law Journal*, 20(1), 2005, pp. 443-481
- CHAZKEL, A., « Confronting the Enclosure of the Cultural Commons: An Interview with Nina

Paley ». *Radical History Review*, 2011(109), p. 137

- DULONG DE ROSNAY M., *Creative Commons Licenses Legal Pitfalls : Incompatibilities and Solutions*, study of the Institute for Information Law of the University of Amsterdam, 2010, 128 p.
- DULONG DE ROSNAY M., « Traduction et localisation des licences Creative Commons », in VANNINI L. , LE CROSNIER H., Réseau Maaya de l'Unesco (dir.), *Net.Lang. Réussir le cyberspace multilingue*, C&F éditions, 2012, pp. 239-244
- DULONG DE ROSNAY M., « Open Content Licenses Without Representation : Can You Give Away More Rights Than You Have ? », *European Journal of Law and Technology (EJLT)*, vol. 4, no 3, 2013
- DUSOLLIER S., « Sharing Access to Intellectual Property Through Private Ordering », *ChicagoKent Law Review*, Vol. 82, 2007, pp. 1391-1435
- ELKIN-KOREN N., « What contracts cannot do: The limits of private ordering in facilitating a creative commons », *Fordham L. Rev.*, 74, 2005, pp. 375
- KATZ Z., « Pitfalls of Open Licensing: An Analysis of Creative Commons Licensing », *IDEA - The Intellectual Property Law Review*, 46:3, 2006, pp. 391-413
- MARACKE C., « Creative Commons International. The International License Porting Project - Origins, Experiences, and Challenges », in BOURCIER D., CASANOVAS P., DULONG DE ROSNAY M., MARACKE C. (Eds.), *Intelligent Multimedia. Sharing Creative Works in a Digital World, Series in Legal Information and Communication Technologies*, Vol. 8, Florence: European Press Academic Publishing, 2010, pp. 67-88