Maxime Lambrecht

Droit d'auteur et ouverture de l'environnement numérique : responsabilité sociale contre législation ?

Thèse présentée en vue de l'obtention du
grade de docteur en sciences juridiques

Université catholique de Louvain
Faculté de droit et de criminologie

4 mars 2015

UCL
Université catholique de Louvain

Promoteurs :	Séverine Dusollier Philippe Van Parijs
Jury de thèse :	Marc Fallon Christophe Geiger Axel Gosseries Alain Strowel

Droit d'auteur et ouverture de l'environnement numérique : responsabilité sociale contre législation ?*

Maxime Lambrecht

19 février 2015

*N.B. : cette dissertation a été rédigée en suivant les règles de l'orthographe rénovée du français (http://www.orthographe-recommandee.info)

Remerciements

On décrit souvent la thèse comme un long chemin solitaire. Heureusement, ce constat relève assez largement de l'hyperbole. Cette thèse, en tout cas, n'aurait pas pu être réalisée sans le soutien précieux d'un grand nombre de personnes.

J'aimerais remercier en premier lieu mes co-promoteurs, Philippe Van Parijs et Séverine Dusollier pour leur supervision intellectuellement stimulante, leurs critiques toujours inspirantes et perspicaces, et leurs encouragements constants tout au long de ce projet.

Mes remerciements vont ensuite aux membres du jury et du comité d'accompagnement de la thèse, Axel Gosseries, Christophe Geiger, Bernard Remiche et Alain Strowel, pour leurs relectures attentives et leurs intéressantes critiques.

J'ai également pu bénéficier de retours très instructifs de la part d'Alain Marciano et Sandrine Blanc, que je remercie chaleureusement.

De l'autre côté de l'Atlantique, je tiens à remercier Yochai Benkler de m'avoir donné l'opportunité de réaliser un séjour de recherche à l'Université de Harvard, ainsi que pour ses éclairants commentaires à propos de la présente thèse. J'ai également pu bénéficier des suggestions et objections clairvoyantes de William W. Fisher sur un chapitre de cette thèse, et je l'en remercie. J'aimerais également exprimer une pensée toute particulière pour Suzan Benesch, Pushpa Lakshmanan, et bien sûr Axel Arnbak, Primavera de Filipi, Bernie Innocenti, et Nico Cesar, pour leur accueil et pour nos passionnantes discussions geeko-philosophiques.

Je remercie également la Fondation Bernheim, qui a financé ce projet doctoral, dans le cadre du projet « Social Responsibility in Economic Life » à la Chaire Hoover d'Éthique économique et sociale de l'UCL.

Je remercie du fond du cœur mes fidèles relecteurs et néanmoins (toujours) amis, Adrien Dandoy, Aurélie Maréchal, Julien Cabay, Eric Fabri, Vincent Aubert, François Hudon, Virginie Fossoul, Thomas Ferretti, Aromaboy, Tim Meijers, Pierre-Étienne Vandamme, Loïc Kervyn

pour son sens de l'utilité, ainsi que Pierre Crucifix.

Bien sûr, mes remerciements s'étendent à tous mes formidables collègues de la Chaire Hoover, qui ont contribué à remplir ces années de discussions passionnantes, de bonne humeur et de solidarité.

Ma reconnaissance s'adresse également à ma famille, à ma mère dont la force de volonté et la persévérance n'ont jamais cessé de m'inspirer, à mon père pour son affection, sa présence et son soutien indéfectible, ainsi qu'à mon frère et à ma belle-sœur pour leurs marques de sympathie.

Mes remerciements, et non les moindres, vont encore à mes amis sans qui ces années de thèse auraient certainement été nettement moins drôles.

Et bien sûr, à Arnout.

Table des matières

Abbréviations **5**

Introduction générale **7**

I Critique des justifications classiques du droit d'auteur **23**

Introduction **25**

Chapitre I Les justifications propriétariennes **33**
1 Justifications positives de l'appropriation 37
2 Justifications négatives de l'appropriation 61
Conclusion du chapitre I 82

Chapitre II Les justifications utilitaristes **85**
1 Le droit d'auteur pour inciter à la création 87
2 Le droit d'auteur pour une exploitation optimale des œuvres existantes 107
Conclusion du chapitre II 120

Chapitre III Les justifications personnalistes **125**
1 Hegel : la propriété nécessaire à l'auto-réalisation de l'individu 127
2 Kant : un droit de la personnalité pour attribuer les discours à leurs auteurs 131
Conclusion du chapitre III 134

Conclusion de la partie I **137**

II Défense de l'ouverture de l'environnement numérique 143

Introduction 145

Chapitre I Prémisses éthiques fondamentales 147
1 L'exigence de justification publique 147
2 Une approche réal-libérale de la justice 150
Conclusion du chapitre I 155

Chapitre II Contexte : l'impact ambivalent de l'environnement numérique sur la liberté réelle 157
1 Nouvelles opportunités 158
2 De vieux problèmes en voie de résolution ? 164
3 Des difficultés nouvelles 169
Conclusion du chapitre II 199

Chapitre III Guider la régulation par une présomption en faveur de l'ouverture 201
1 Lignes directrices pour une régulation respectant l'ouverture 202
2 Exceptions envisageables 209
Conclusion du chapitre III 214

Conclusion de la partie II 217

III Promouvoir l'ouverture : la voie de la responsabilité sociale 221

Introduction 223

Chapitre I Licences ouvertes et responsabilité sociale 225
1 Origine des licences ouvertes 225
2 Licences ouvertes versus licences privatives 226
3 Typologie des licences ouvertes 228
4 Les licences ouvertes comme exercice d'une responsabilité sociale pour l'environnement numérique 233
Conclusion du chapitre I 245

Chapitre II Efficacité juridique des licences ouvertes 247
1 Nature juridique des licences ouvertes 247
2 Caractéristiques des licences ouvertes 269

3 Questions spécifiques aux différentes familles de licences ouvertes 273
Conclusion du chapitre II 302

Chapitre III Évaluation des licences ouvertes pour promouvoir l'ouverture 305
1 Trois approches du compromis incitation - liberté d'usage 305
2 Trois risques pour l'ouverture 324
Conclusion du chapitre III 331

Conclusion de la partie III 335

IV Promouvoir l'ouverture : la voie législative 341

Introduction 343

Chapitre I Déverrouiller le contexte juridique international et européen 347
1 La contrainte du test en trois étapes 348
2 Les rigidités du cadre européen 374
3 Le recours aux droits fondamentaux 386
Conclusion du chapitre I 409

Chapitre II Trois propositions pour promouvoir l'ouverture 413
1 Une exception pour les contenus générés par les utilisateurs413
2 Une exception ouverte de *fair use* 425
3 Une exception semi-ouverte de *fair dealing* 453
Conclusion du chapitre II 484

Conclusion de la partie IV 489

Conclusion générale 497

Bibliographie 509
Doctrine 509
Jurisprudence 549

Table des matières 553

Abbréviations

CSDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
OMC	Organisation Mondiale du Commerce
OMPI	Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
FAI	Fournisseur d'accès à Internet
CC	Creative Commons
GPL	General Public License

Introduction générale

> *« We are in the midst of a technological, economic, and organizational transformation that allows us to renegotiate the terms of freedom, justice, and productivity in the information society. How we shall live in this new environment will in some significant measure depend on policy choices that we make over the next decade or so. To be able to understand these choices, to be able to make them well, we must recognize that they are part of what is fundamentally a social and political choice—a choice about how to be free, equal, productive human beings under a new set of technological and economic conditions. As economic policy, allowing yesterday's winners to dictate the terms of tomorrow's economic competition would be disastrous. As social policy, missing an opportunity to enrich democracy, freedom, and justice in our society while maintaining or even enhancing our productivity would be unforgivable. »*
>
> Yochai Benkler, *The Wealth of Networks,* 2006.

Cette thèse recherche la meilleure voie pour une régulation de l'information dans l'environnement numérique qui contribue aux conditions d'une société juste. Dans cette introduction, nous commencerons par exposer trois tendances lourdes pour la régulation de l'information [1], à partir desquelles nous formulerons notre question centrale. Nous présenterons ensuite l'approche méthodologique qui sous-tend notre réflexion, pour finir par un résumé du propos de la thèse.

1. Dans cette thèse, nous utiliserons une définition large du concept d'« information », afin de désigner tant les données brutes ou factuelles que les créations de l'esprit humain, et parmi ces dernières, tant les créations qui peuvent être qualifiées d'« œuvres » au sens du droit d'auteur, que celles qui échappent à cette qualification.

Trois tendances lourdes pour la régulation de l'information

On peut remarquer trois tendances lourdes pertinentes pour la régulation de l'information : une tendance à la privatisation de l'information, une tendance à l'émergence de nouvelles pratiques d'utilisation et de création sur le réseau, et enfin une tendance à l'instrumentalisation de la régulation d'Internet pour lutter contre le piratage.

La première tendance lourde, la tendance à la privatisation de l'information, se manifeste par au moins trois phénomènes : premièrement, l'allongement continu de la durée de protection du droit d'auteur, deuxièmement, l'extension du champ de protection matériel des droits intellectuels et troisièmement, la montée en puissance des mesures techniques de protection des œuvres.

Premièrement, depuis l'introduction des premiers régimes de droit d'auteur, la durée de protection a connu un allongement ininterrompu. Si l'on considère l'évolution de l'étendue temporelle en droit belge, en partant de 10 ans après la mort de l'auteur sous le régime de la loi française du 19 juillet 1793, cette durée est passée à 50 ans avec la loi du 22 mars 1886, pour s'allonger à 70 ans avec la loi du 30 juin 1994, transposant une directive européenne de 1993 [2]. Aux États-Unis, cette extension est encore plus frappante, puisqu'originellement la durée de protection y était beaucoup moins longue : de 14 *ans après la publication* [3] dans le premier Copyright Act de 1790, la durée de protection en droit américain s'est graduellement allongée jusqu'au terme actuel de 70 ans *après la mort de l'auteur*, comme dans l'Union européenne [4].

Deuxièmement, la tendance à la privatisation de l'information passe également par une extension du champ de protection matériel des droits intellectuels. Ces dernières années, la protection juridique par les droits d'auteur ou des régimes assimilés s'est étendue à d'autres objets, comme les bases de données [5], les logiciels [6], les interfaces graphiques [7] ou les

2. Directive 93/98/CE, remplacée par la directive 2006/116/CE, qui fixe la durée de protection des droits voisins à 50 ans après le fait générateur de la protection. Cette durée de protection des droits voisins a récemment été allongée par la directive 2011/77/UE à 70 ans (toujours après le fait générateur) dans le cas des enregistrements musicaux.

3. Cette durée de 14 ans pouvant faire l'objet d'un renouvèlement

4. Entre les deux, l'extension temporelle en droit américain a connu bon nombre d'étapes intermédiaires : 28 ans (avec un renouvèlement de 14 ans) avec le Copyright Act de 1831, puis 28 ans (avec un renouvèlement de 28 ans) avec la réforme de 1909, et à 50 ans avec le Copyright Act de 1976. Notez également que le droit américain prévoit des règles particulières en cas d'œuvres de commande.

5. Cf. loi belge du 31 août 1998 transposant la directive 96/9 sur la protection juridique des bases de données.

6. Cf. la loi belge du 30 juin 1994 transposant la directive 91/250 sur la protection juridique des programmes d'ordinateur.

7. C.J.U.E., *BSA*, C-393/09, 22 décembre 2010, §44 à 46.

personnages de fiction [8]. Par ailleurs, des controverses animent régulièrement la doctrine et les prétoires quant à la possibilité de protéger d'autres objets comme les parfums [9], les recettes de cuisine [10] ou les mouvements sportifs [11], par le droit d'auteur ou le droit des marques.

Troisièmement, la privatisation de l'information est également favorisée par la montée en puissance des mesures techniques de protection. En recourant à la technique, les titulaires de droit peuvent non seulement prévenir les atteintes à leurs droits, mais également restreindre même des utilisations faisant normalement l'objet d'exceptions au droit d'auteur [12]. Ces mesures techniques, renforcées par les dispositions juridiques interdisant leur contournement [13], semblent créer un nouveau « droit d'accès à l'œuvre », donnant aux titulaires de droit la possibilité de réserver tout acte d'utilisation de l'œuvre [14]. Cette tendance se

8. P. Crucifix & A. Strowel, "La protection des personnages, des figures dessinées aux héros littéraires", in : *Bande dessinée et droit d'auteur - Stripverhalen en auteursrecht*, sous la dir. d'E. Cornu, Bruxelles : Larcier, 2009. Dans un récent arrêt Sherlock Holmes, la Cour d'appel pour le 7e circuit fédéral a précisé que la protection des personnages par le droit d'auteur en droit américain ne s'étendait pas à des éléments d'œuvres déjà entrées dans le domaine public : US Court of Appeals for the Seventh Circuit, *Klinger v. Conan Doyle Estate*, 12 juin 2014 ; pour un commentaire, voyez L. Denniston, "Sherlock Holmes and the mystery of copyright", *SCOTUSblog* (2014), url : http://www.scotusblog.com/2014/07/sherlock-holmes-and-the-mystery-of-copyright/

9. Ainsi, si la Cour Suprême des Pays-Bas a admis dans un arrêt de 2006 que les parfums étaient en principe protégeables par le droit d'auteur (Hoge Raad, *Kefoca c. Lancôme*, 16 juin 2006, LJN AU8940), la Cour de cassation de France a réitéré dans un arrêt du 10 décembre 2013 son refus d'étendre la protection du droit d'auteur aux parfums (Cass. fr., *X. c. Lancôme, Modefine, et al.* 10 décembre 2013) Cf. K Koelman, "Copyright in the Courts : Perfume as Artistic Expression", *WIPO Magazine* (2006) ; C. P. D. Cronin, "Genius in a Bottle ; Perfume, Copyright, and Human Perception", *Journal Copyright Society of the USA* 56 (jan. 2009) ; B. Spitz, "France : no copyright protection for perfume", *Kluwer Copyright Blog* (2014), url : http://kluwercopyrightblog.com/2014/02/17/france-no-copyright-protection-for-perfume/. Par contraste, la protection des parfums par le droit des marques parait davantage assurée depuis l'arrêt de la Cour de Justice dans une affaire « L'Oréal c. Bellure » (C.J.U.E., *L'Oreal*, 14 juin 2009, C487/07)

10. Dans un arrêt de 2011, la Cour d'appel de Liège a réaffirmé le principe de l'exclusion des recettes de cuisine du champ de la protection, à moins que leur expression ne soit marquée par l'empreinte personnelle de leur auteur. Cour d'appel de Liège (14e ch.), 10 juin 2011, *A&M*, 1 (2011), note M.-C. Janssens.

11. Cf. F. Kieff, R. Kramer & R. Kunstadt, "It's Your Turn, But It's My Move : Intellectual Property Protection for Sports Moves", *Santa Clara Computer & High Tech. Law Journal* 25 (2008)

12. Cf. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, 2e éd., Bruxelles : Larcier, 2007, §186-271

13. Art. XI.291 et XI.292 du code de droit économique (anciennement art. 79bis et 79ter de la loi de 1994 sur le droit d'auteur), transposant les articles 6 et 7 de la directive 2001/29).

14. Cf. S. Dusollier et al., *Le droit d'auteur, un contrôle de l'accès aux oeuvres ?*, Bruxelles : Bruylant, 2001 ; S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, §175-185

poursuit aujourd'hui avec le succès de services de *cloud computing* [15] ou de *streaming* comme Spotify ou Netflix, qui reposent entièrement sur les mesures techniques intégrées à leur logiciel pour contrôler l'utilisation de l'œuvre et le moduler en fonction des plateformes (appareils mobiles, PC), ou des formules d'abonnement.

Cette tendance à la privatisation de l'information a généré un mouvement de protestation. Ces dernières années, une littérature académique substantielle s'est développée en réaction à ce phénomène, certains auteurs déplorant l'avènement d'un « second enclosure movement » [16] et la décadence du domaine public [17].

La deuxième tendance lourde est l'émergence de nouvelles pratiques de création et d'utilisation de l'information sur le réseau Internet.

En effet, les nouvelles possibilités de coordination entre individus ont permis le développement de pratiques de production collaborative par les pairs (ou *peer production*), avec des réalisations bien connues comme les logiciels libres ou *open source*, ou l'encyclopédie en ligne Wikipédia. De même, l'émergence de ce qu'on appelle le Web 2.0 (ou le tournant participatif du Web) a donné lieu à une explosion de ce qu'on appelle parfois les « contenus générés par les utilisateurs ». Parmi ceux-ci, on observe une popularisation de pratiques de créations dérivées telles que les *remix*, *mashup*, *memes*, rendues possibles par la très grande facilité de réutiliser l'information sur le réseau.

Ces nouvelles pratiques de création collaborative et dérivée sont souvent liées une critique du régime du droit d'auteur. Des mouvements sociaux comme le mouvement des logiciels libres ou *open source* et le mouvement de la « culture libre » ont émergé en réaction à une insa-

15. Selon la définition du National Institute of Standards and Technology (NIST) : « Cloud computing is a model for enabling ubiquitous, convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources (e.g., networks, servers, storage, applications, and services) that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service provider interaction » P. Mell & T. Grance, "The NIST Definition of Cloud Computing", *National Institute of Standards and Technology* 53 (2009)

16. Le premier mouvement d'« enclosure » auquel cette expression fait référence désigne le processus de privatisation des terres tenues jusque là dans un régime d'usage collectif, s'étendant sur une période allant du XV au XIXe siècle en Angleterre. Cf. J. Boyle, *The public domain : Enclosing the commons of the mind*, Yale University Press, 2009, p. 42.

17. D Lange, "Recognizing the public domain", *Law and Contemporary Problems* 44.4 (1981) ; Y. Benkler, "Free as the Air to Common Use : First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain", *New York University Law Review* 74 (1999) ; J. Boyle, "The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain", *Law and Contemporary Problems* 66 (2003) ; *idem*, *The public domain : Enclosing the commons of the mind*, *op. cit.* ; J. Litman, "The public domain", *Emory Law Journal* 39.4 (1990) ; L. Guibault, *The future of the public domain : identifying the commons in information law*, La Haye : Kluwer Law International, 2006

tisfaction vis-à-vis de l'extension et de la rigidité du régime du droit d'auteur. Leur protestation a conduit au développement des licences ouvertes, un mécanisme juridique original permettant de garantir aux utilisateurs davantage de liberté d'interagir avec les œuvres. Les partisans des licences ouvertes tirent parti de la tendance de l'environnement numérique à faciliter les initiatives *bottom-up*, pour soutenir un mouvement visant à peser sur le régime du droit d'auteur afin de favoriser la liberté de disséminer, d'utiliser et de réutiliser l'information.

L'environnement numérique a également permis l'émergence de nouvelles pratiques d'échange de fichiers sur le réseau. Avec la démocratisation de l'accès à Internet à la fin des années 90, les services d'échange de fichiers protégés en *peer-to-peer* ont rapidement comblé le vide laissé par l'absence d'offre « légale » de contenus culturels au format numérique. Les principaux représentants d'ayants droit se sont alors lancés dans une « guerre contre le piratage » [18], en entamant des poursuites contre des opérateurs de sites de téléchargement non autorisé, des développeurs de logiciels de partage de fichiers, ainsi que près de 35 000 utilisateurs (principalement aux États-Unis). Quelques années plus tard, la Recording Industry Association of America annonce qu'elle abandonne sa stratégie de poursuites contre des particuliers [19]. Non seulement cette stratégie n'est pas parvenue à endiguer le phénomène qu'elle visait [20], mais elle a contribué à instiller un profond scepticisme dans l'opinion publique vis-à-vis du régime du droit d'auteur [21]. Ce scepticisme s'est notamment manifesté par l'émergence d'une multitude de partis « Pirates » en Europe et ailleurs, qui sont parvenus à réaliser quelques succès électoraux notables, dont l'envoi d'une représentation au Parlement européen [22].

18. Ou « war on piracy », selon l'expression utilisée par Jack Valenti, ancien président de la Motion Picture Association of America (MPAA). Cf. L. Lessig, *Remix : making art and commerce thrive in the hybrid economy*, New York : Penguin Press, 2008, p. xvii

19. S. Mcbride & E. Smith, "Music Industry to Abandon Mass Suits", *Wall Street Journal* (déc. 2008), url : http : / / online . wsj . com / news / articles / SB122966038836021137

20. En effet, selon une étude commandée par la Commission européenne, près de 73% des utilisateurs ont accédé à des sites de téléchargement illégal de musique durant l'année 2011L. Aguiar & B. Martens, *Digital Music Consumption on the Internet : Evidence from Clickstream Data*, Commission européenne, JRC, Institute for Prospective Technological Studies, 2013

21. Dans le même sens : W. Patry, *Moral Panics and the Copyright Wars*, Oxford University Press, 2009, p. xxiv

22. Parmi les succès notables des partis pirates européens, on peut noter le succès du parti pirate islandais aux élections de 2013 qui a décroché 3 sièges au parlement, celui du parti pirate suédois aux élections européennes de 2009, gagnant 2 députés européens ou encore les 15 sièges remportés par le parti pirate allemand aux élections législatives du Land de Berlin en 2011. Depuis les élections européennes

C'est dans ce contexte que la troisième tendance lourde que nous observons trouve ses sources. En effet, en raison des controverses sur le téléchargement non autorisé, l'émergence d'Internet est davantage perçue comme une calamité que comme une bénédiction parmi les académiques et praticiens en droit d'auteur. Dès lors, un dégât collatéral de la lutte contre le piratage est la tendance chez les juristes à traiter la régulation d'Internet d'un point de vue purement instrumental, visant uniquement à remédier aux difficultés d'application du droit d'auteur.

Cette tendance se manifeste de manière exemplaire dans la formule fréquemment citée selon laquelle « the answer to the machine is in the machine » [23], popularisée par un représentant du secteur de l'édition afin de plaider pour l'introduction de dispositions anti-contournement par le législateur [24]. L'idée derrière cette formule n'était donc pas tant un appel à embrasser l'évolution technologique en repensant les modèles économiques traditionnels, mais plutôt une suggestion de combattre le feu par le feu, en utilisant la technologie pour neutraliser la technologie [25]. C'est ainsi que s'est imposée l'idée d'utiliser des mesures techniques pour contrer la facilité de réaliser des copies dans l'environnement numérique, et de doubler ce verrou technique de dispositions légales interdisant leur contournement.

Toutefois, il est important de réaliser que les choix législatifs en matière de droit d'auteur sont susceptibles d'avoir un impact important sur la régulation de l'environnement numérique, par exemple en plaçant certains acteurs dans un rôle plus ou moins actif de contrôle de l'information sur le réseau, ou en favorisant certaines formes d'organisation du réseau par rapport à d'autres.

Ainsi, les différentes formes de recours aux intermédiaires techniques pour lutter contre les contenus illicites ont longtemps été considérées purement du point de vue de leur efficacité comparativement à l'inter-

de 2014, la représentation du parti pirate européen au Parlement européen s'est réduite à une députée issue du parti pirate allemand.

23. Selon l'éditeur britannique Charles Clark, cité par W. Patry, *How to Fix Copyright*, Oxford University Press, 2011, p. 231. Pour des occurrences de cette formule dans la littérature, voyez : D. Nimmer, "Aus Der Neuen Welt", *Northwestern University Law Review* 93.1 (1998), p. 202 ;P. Geller, "From patchwork to network : Strategies for international intellectual property in flux", *Duke Journal of Comparative & International Law* 9.1 (1998), p. 75 ;T Hoeren, "The answer to the machine is in the machine : Technical devices for copyright management in the digital era", *Information and Communications Technology Law* 4.2 (1995). Pour une critique, voyez W. Patry, *How to Fix Copyright*, *op. cit.*, p. 231 et suiv.A. Adams & I Brown, "Keep Looking : The Answer to the Machine is Elsewhere", *Computers and Law* 16.6 (2009).

24. Une telle proposition sera effectivement introduite à l'article 11 du traité OMPI sur le droit d'auteur, et finira par être intégrée dans le DMCA américain de 1998 et dans la directive 2001/29 sur le droit d'auteur.

25. Cf. W. Patry, *How to Fix Copyright*, *op. cit.*, p. 233

vention judiciaire, sans trop d'égards au déficit de protection des droits de la défense et de la liberté d'expression de la personne censurée. Certains ont même tenté d'imposer aux fournisseurs d'accès à Internet la mise en place d'un filtrage généralisé et a priori pour lutter contre les atteintes au droit d'auteur, sans se préoccuper des conséquences d'une telle mesure pour l'environnement numérique [26]. Si les deux cours européennes (la Cour de justice de l'UE et la Cour européenne des droits de l'homme) ont commencé à prendre en compte l'impact de l'application du droit d'auteur sur les droits fondamentaux des utilisateurs [27], l'équilibre est encore loin d'être atteint [28].

De même, les efforts visant à lutter contre le téléchargement non autorisé en imposant une obligation de « sécurisation » aux titulaires d'une connexion Internet [29] constituent un obstacle juridique important au développement de réseaux Wi-Fi (sans-fil) ouverts ou de réseaux décentralisés pair-à-pair (ou réseaux Mesh) [30], puisque ceux qui laisseraient leur connexion à Internet en accès ouvert s'exposent à un risque de sanction pénale [31].

Avec l'émergence d'un réseau fondé sur la reproduction et la circulation de l'information, l'impact du régime du droit d'auteur ne se limite plus à la régulation du secteur de la création culturelle. Il faut donc être conscients des liens entretenus par le régime du droit d'auteur avec les enjeux d'architecture de l'environnement numérique.

26. Cf. C.J.U.E., *Sabam c. Scarlet*, C-70/10, 24 novembre 2011 ; C.J.U.E., *Sabam c. Netlog*, C-360/10, 16 février 2012.

27. Cf. *infra*, partie IV, chapitre I, section 3.

28. Ainsi, dans un récent arrêt C.J.U.E., *UPC Telekabel*, C-314/12, 11 mai 2012, la CJUE a décidé qu'il était conforme au droit de l'Union d'imposer une ordonnance judiciaire imposant « dans des termes très généraux » à un fournisseur d'accès à Internet de bloquer l'accès à ses clients à un site Internet, tout en reportant sur le fournisseur d'accès le devoir de réaliser un juste équilibre entre les droits fondamentaux concernés. On peut craindre qu'un tel arbitrage ne représente une charge excessive pour les fournisseurs d'accès, ou que ceux-ci ne soient tentés de favoriser l'efficacité de la mesure de suppression du contenu sur la liberté d'information des utilisateurs.

29. Comme le prévoit la loi Hadopi II en France, ayant introduit une contravention pour « négligence caractérisée » dans la sécurisation de son accès à Internet. Cf. art. L335-7-1 du Code de la Propriété Intellectuelle, introduit par la loi du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (dite loi « Hadopi II »).

30. La technologie des réseaux Mesh permet par exemple aux habitants d'un même quartier de se fournir les uns aux autres un accès à Internet, diminuant ainsi leur dépendance aux fournisseurs d'accès à Internet.

31. En guise d'illustration de cet effet dissuasif, voyez par exemple l'avertissement sur le site de fournisseur de point d'accès Wi-Fi qui décourage explicitement ses clients de mettre en place un accès ouvert : http://www.iciwifi.com/devenir_hotspot/legislation_obligations_legales_hadopi.html

Questions de recherche

Les trois tendances qui nous ont servi de point de départ nous conduisent à envisager plusieurs questions de recherche.

Premièrement, il est frappant de constater la tension entre les tendances affectant le régime du droit d'auteur, entre d'une part la tendance constante à l'extension temporelle et matérielle des droits intellectuels et d'autre part les différents mouvements de contestation du droit d'auteur ainsi que l'émergence de nouvelles pratiques de création et d'utilisation des œuvres sur le réseau, qui semblent plus souvent se développer en dépit que grâce au régime du droit d'auteur.

C'est cette tension qui motivera notre première question de recherche, puisqu'elle nous conduira à réexaminer la question de la légitimité du droit d'auteur, afin de déterminer si le niveau de protection du régime actuel reste en cohérence avec les arguments soutenant sa légitimité, ou si le droit d'auteur s'est étendu au-delà des raisons qui justifient son existence.

Deuxièmement, la tendance à l'instrumentalisation de la régulation d'Internet pour réaliser les objectifs du régime du droit d'auteur pose également question, dès lors que le réseau joue un rôle sans cesse plus important dans nos vies. Il semble en effet que les questions liées à l'architecture de l'environnement numérique [32], c'est-à-dire les choix de conception présidant à son organisation technique, peuvent présenter d'importants enjeux éthiques.

La caractéristique la plus notable de l'architecture du réseau Internet est le principe dit du « end-to-end » [33], selon lequel l'intelligence du réseau doit se situer à ses extrémités, vers la « couche physique » (l'infrastructure matérielle du réseau) d'une part et la « couche des contenus » (l'information destinée aux utilisateurs finaux)d'autre part,

32. Nous utiliserons cette expression comme synonyme de « réseau Internet », désignant le système de réseaux inter-connectés d'appareils informatiques basés sur le protocole TCP/IP. En parlant d'« environnement numérique », nous ne cherchons donc pas à désigner un espace distinct du « monde réel », comme dans la métaphore du cyberespace. Pour une utilisation de cette métaphore, voyez D. G. Post & D. Johnson, "Law and borders : the rise of law in cyberspace", *Stanford law review Stanford law review* (1996) ; L. Lessig, "The Zones of Cyberspace", *Stanford Law Review* 48.5 (1996). Plus généralement, sur l'utilisation des métaphores en droit d'Internet, voyez J. H. Blavin & I. G. Cohen, "Gore, Gibson, and Goldsmith : The Evolution of Internet Metaphors in Law and Commentary", *Harvard Journal of Law and Technology* 16.1 (2002).

33. Cf. J Saltzer, D. P. Reed & D. D. Clark, "End-to-end arguments in system design", *ACM Transactions on Computer Systems* 2.4 (1984) (article pionnier dans l'élucidation du concept, comparant le principe du end-to-end à une application du rasoir d'Ockham dans le design des systèmes de communication) ; Voyez aussi M. A. Lemley & L. Lessig, "The End of End-to-End : Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era", *UCLA Law Review* 48.4 (oct. 2001).

alors que la partie centrale, composée des protocoles de base du réseau, doit rester la plus élémentaire possible, afin d'ouvrir au maximum les possibilités d'application par en dessous et par au-dessus [34]. Ainsi, le protocole fondamental sur lequel repose Internet, l'IP (pour « Internet Protocol »), ne préjuge nullement de l'infrastructure matérielle du réseau ni des applications qui peuvent en être faites. De cette manière, des évolutions telles que l'accès réseau sans-fil (couche physique) ou la diffusion vidéo en *streaming* (couche des applications et des contenus) ont pu être développées sans aucun changement au protocole IP [35].

Dans la littérature sur la régulation de l'environnement numérique, certains ont avancé l'idée que l'architecture particulière de l'environnement numérique tel qu'elle s'est développée à ce jour, fondée dans le principe du end-to-end, valait la peine d'être défendue.

Une première veine d'arguments en ce sens porte sur la capacité de l'architecture de l'environnement numérique à favoriser l'innovation [36].

Nous nous intéresserons davantage à une seconde veine d'arguments, qui insistent sur l'impact de l'architecture d'Internet sur la liberté individuelle. Selon certains, la régulation du réseau doit être guidée par un principe de « neutralité d'Internet », imposant de traiter sans discrimination les différents flux d'information qui circulent sur le réseau, quels que soient leur source, leur contenu, etc. [37] Selon d'autres, parmi

34. Pour une exposition des différentes couches du réseau Internet, voyez R. H. Greenfield, "Circuit, Message, and Packet Switching", in : *The Internet Encyclopedia, vol. 1*, sous la dir. de H. Bidgoli, Hoboken, NJ : Wiley, 2004. Pour une présentation générale des principes de conception d'Internet, voyez T. Wu, *The Master Switch : The Rise and Fall of Information Empires*, t. 1, Atlantic Books, Limited, 2010, p. 221 et suiv. J. Zittrain, *The Future of the Internet–And How to Stop It*, Yale University Press, 2009, p. 68 ; T. Tronco, "Principles of Internet Architecture", in : *New network architectures*, sous la dir. de T. Tronco, Berlin : Springer-Verlag, 2010, p. 17

35. J. Zittrain, *The Future of the Internet–And How to Stop It*, *op. cit.*, p. 69.

36. Cf. A. Thierer, *Permissionless Innovation*, Fairfax : Mercatus Center, George Mason University, 2014 ; dans une certaine mesure, la défense par Zittrain de la « générativité » de l'environnement numérique peut être rattachée à cette première famille d'arguments. En effet, selon Zittrain, la générativité du réseau, définie comme la qualité d'un système conçu pour accepter des contributions d'origines diverses et produisant des changements imprévus, doit notamment être défendue pour son impact sur l'innovation ; cf. J. Zittrain, *The Future of the Internet–And How to Stop It*, *op. cit.*, 80 à 94.

37. Cf. la définition qu'en donne le Contrôleur européen de la protection des données : « Le concept de neutralité de l'internet repose sur l'idée que les informations sur l'internet doivent être transmises de manière impartiale, indépendamment de leur contenu, de leur destination ou de leur source, et que les utilisateurs doivent pouvoir décider d'utiliser les applications, les services et le matériel de leur choix. Cela implique que les FSI [Fournisseurs de Services Internet] ne peuvent hiérarchiser ou ralentir arbitrairement l'accès à certains services ou applications tels que le poste à poste (P2P), etc. », cf. Contrôleur européen de la protection des données, *Avis du 8 février 2012 sur la neutralité de l'internet, la gestion du trafic*

les partisans de la « culture libre » et des logiciels libres, il est important de préserver l'« ouverture » de l'environnement numérique [38], en garantissant certaines libertés d'usage de l'information, essentiellement la liberté de disséminer, d'utiliser ou de réutiliser l'information dans des créations ultérieures [39]. Dans les deux cas, la défense d'une conception de l'architecture du réseau qui passe notamment par le principe du « end-to-end » [40] est perçue comme le meilleur moyen de défendre les conditions d'exercice de la liberté individuelle dans l'environnement numérique [41].

Il nous semble qu'une intuition importante animant cette seconde veine d'arguments est l'idée qu'il importe non seulement de reconnaitre formellement des droits et libertés aux individus, mais qu'il faut leur garantir des moyens pour en permettre l'exercice. Dans la deuxième partie de cette thèse, nous soutiendrons une approche de la justice pre-

et la protection de la vie privée et des données personnelles, 2012/C 34/01.

Sur la pertinence de l'utilisation du concept de discrimination dans l'analyse de l'architecture du réseau, cf. T. Wu, "Network Neutrality, Broadband Discrimination", *Journal on Telecommunications and High Technology Law* 2 (2003) ; selon Felten, on peut distinguer trois significations distinctes au principe de neutralité d'Internet : un principe d'architecture du réseau (le principe du end-to-end), un principe d'interdiction des pratiques commerciales discriminatoire, et un principe d'interdiction des discriminations à partir du contenu des communications ; cf. E. Felten, *Three Flavors of Net Neutrality*, 2008, URL : https://freedom-to-tinker.com/blog/felten/three-flavors-net-neutrality/.

38. Le terme ouverture est notamment utilisé dans expressions comme « open source », ou « open Internet », et est souvent lié à la garantie de certaines libertés d'usage de l'information. Pour une explicitation de notre propre définition de « l'ouverture de l'environnement numérique » comme « ouverture aux usages de l'information », cf. *infra* Partie II, chapitre III page 201.

39. Ainsi, dans le contexte des logiciels, la Free Software Foundation définit quatre libertés qui doivent être garanties pour qu'un logiciel puisse être qualifié de « libre » : la liberté d'exécuter le programme, la liberté d'en étudier le fonctionnement, la liberté de redistribuer des copies, et la liberté de redistribuer des versions modifiées. Cf. Free Software Foundation, *Qu'est-ce que le logiciel libre ?*, URL : http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html (visité le 01/09/2014). On peut ramener ces quatre libertés à trois, en considérant la liberté d'étudier le fonctionnement (et donc d'accéder au code source) comme découlant de la liberté de modification/réutilisation.

40. Comme le note Zittrain, il ne suffit pas de relever le principe du end-to-end pour identifier ce qui fait l'attrait de l'architecture du réseau Internet : « end-to-end neutrality in both its technical and political incarnations has been a crucial touchstone for Internet development. But it has its limits. End-to-end does not fully capture the overall project of maintaining openness to contribution from unexpected and unaccredited sources » J. Zittrain, *The Future of the Internet–And How to Stop It*, *op. cit.*, p. 164

41. En effet, le principe du « end-to-end » peut constituer un moyen d'assurer la neutralité ou l'ouverture du réseau, dans la mesure où un « dumb network » est en pratique incapable de connaitre ou d'altérer le contenu de l'information qu'il fait transiter. Cf. T. Tronco, "Principles of Internet Architecture", *op. cit.*, p. 17. Cf. également la contribution d'A.M. Alberti dans le même volume, p. 110.

nant au sérieux cette intuition, en cherchant à maximiser la « liberté réelle » des individus, définie non comme la seule absence de coercition, mais également comme le fait de disposer des moyens d'exercer cette liberté [42].

Nous verrons comment une approche de la justice comme liberté réelle permet de soutenir une « présomption en faveur de l'ouverture » comme principe de la régulation de l'environnement numérique [43]qu'on peut définir comme une présomption en faveur des libertés de disséminer, d'utiliser ou de réutiliser l'information (les libertés d'usage de l'information) [44].

Or les objectifs d'un régime de droit d'auteur et ceux d'une régulation de l'environnement numérique peuvent entrer en conflit. Ces deux problématiques ne peuvent donc être envisagées de manière séparée. Notre deuxième question de recherche consistera donc à déterminer le cadre normatif permettant d'arbitrer le conflit entre protection du droit d'auteur et liberté d'utilisation de l'information. La confrontation de notre approche normative aux justifications du droit d'auteur nous permettra de réarticuler la place du droit d'auteur dans le cadre de la régulation de l'environnement numérique.

Troisièmement, les initiatives *bottom-up* visant à déverrouiller le régime du droit d'auteur posent la question de l'articulation entre le rôle de l'initiative privée et de la législation pour réaliser un objectif particulier. Le mouvement des licences ouvertes, animé par une certaine vision d'une responsabilité sociale pour l'environnement numérique, présente une voie originale d'une initiative privée pour avancer l'ouverture de l'environnement numérique. Mais comme on le remarque souvent, le paradoxe de cette approche est qu'elle repose elle-même sur le régime juridique qu'elle cherche à subvertir [45]. Dès lors, on peut se demander si, en subvertissant le droit d'auteur de l'intérieur, la voie de la responsabilité sociale n'a pas pour conséquence de rendre redondante une réforme législative poursuivant des objectifs similaires. On peut également se poser la question inverse : un changement législatif en faveur de davantage d'ouverture ne risque-t-il pas de rendre redondante la voie de

42. Nous rattacherons cette approche au courant des théories libérales-égalitaires de la justice, représentées par des auteurs comme J. Rawls, *La justice comme équité*, Paris : La Découverte, 2003 ou P. Van Parijs, *Real freedom for all*, Oxford : Oxford University Press, 1995, p. 3-29.

43. Nous envisagerons également comment ce principe s'articule avec le principe de neutralité d'Internet.

44. Par commodité, nous utiliserons parfois une formule plus concise pour désigner ces trois libertés, en parlant des libertés de disséminer et de (ré)utiliser l'information.

45. N. Elkin-Koren, "Creative Commons : A Skeptical View of a Worthy Pursuit", in : *The Future of the Public domain*, sous la dir. de B. Hugenholtz & L. Guibault, La Haye : Kluwer Law International, 2006

la responsabilité sociale, en affaiblissant les réalisations soutenues par les licences ouvertes ?

On pourrait également se demander si ce dilemme est vraiment inexorable, ou s'il existe des conditions dans lesquelles la voie législative et la voie de la responsabilité sociale peuvent se révéler complémentaires. Notre troisième question de recherche sera donc consacrée à l'articulation entre ces deux voies, afin de savoir quelle est la meilleure manière d'avancer une régulation de la création intellectuelle dans l'environnement numérique qui favorise les conditions de la justice.

Méthodologie

Cette thèse mettra en œuvre deux approches : une approche normative et une approche pratique.

L'approche normative sera l'occasion d'une réflexion théorique sur les principes normatifs qui devraient guider la régulation sur la question du droit d'auteur dans l'environnement numérique. Nous y adopterons une démarche philosophique, visant à confronter d'une part la question de la légitimité du droit d'auteur, et d'autre part les enjeux éthiques d'une régulation juste de l'environnement numérique.

Notre discussion des justifications de la légitimité du droit d'auteur prendra la forme d'une discussion philosophique, et non d'un compte-rendu historique [46]. Nous nous inspirerons toutefois de la riche littérature sur les justifications du droit d'auteur, en envisageant de manière critique les principales justifications philosophiques (propriétariennes, utilitaristes et personnalistes) qui ont été avancées pour défendre la légitimité d'un tel régime. Nous réaliserons une critique de la plausibilité de ces différentes approches.

Nous épouserons ensuite un point de vue plus constructif, en présentant notre propre approche de la justice, en montrant ce qu'elle implique pour la régulation de l'environnement numérique et de la création intellectuelle.

Mais nous n'en resterons pas à ces considérations théoriques. Nous mettrons également en œuvre une approche pratique, qui s'intéressera à la meilleure façon de réaliser les principes normatifs que nous aurons mis en évidence.

Le renversement de perspective réalisé par notre approche normative présente un potentiel subversif certain pour le régime du droit d'auteur, et pourrait servir de soutien à des propositions de réformes assez radicales. Toutefois, notre objectif n'est pas de concevoir les principes de ce

46. Pour une approche de ce genre, voyez notamment M. Buydens, *La propriété intellectuelle évolution historique et philosophique*, Bruxelles : Bruylant, 2012 ; M. Rose, *Authors and Owners : The Invention of Copyright*, Harvard University Press, 1993.

que pourrait être le régime idéal de la régulation de la création intellectuelle. Non qu'un tel exercice utopique serait nécessairement dénué d'intérêt. Mais pour parer au reproche d'une analyse confinée à sa tour d'ivoire, la philosophie pratique se doit de se confronter résolument à la réalité, plutôt que de systématiquement faire table rase de l'existant. Dans ce sens, il nous a semblé plus utile d'analyser des propositions certes relativement modestes au vu de nos prémisses normatives, mais suffisamment concrètes et accessibles pour avoir de bonnes chances de contribuer à faire évoluer le régime juridique dans la bonne direction.

Cette approche pratique empruntera largement à une démarche juridique *de lege feranda*, visant à étudier certaines réformes qu'il conviendrait d'apporter au régime du droit d'auteur. Mais elle adoptera également une démarche *de lege lata,* lorsqu'il s'agira d'étudier l'efficacité des tentatives existantes de promouvoir les libertés d'usage de l'information à l'intérieur du régime du droit d'auteur par le mécanisme des licences ouvertes.

Dans les développements juridiques de cette thèse, nous prendrons comme régimes de référence le droit belge et le droit européen, vu l'harmonisation grandissante du droit d'auteur. Néanmoins, nous aurons souvent recours à des références de droit comparé, étant donné l'approche *de lege feranda* de cette thèse ainsi que le caractère international de nos objets de recherche, les licences ouvertes et le régime du droit d'auteur. En outre, bien que nous ferons principalement référence au régime du droit d'auteur, notre propos aura également vocation à s'appliquer à certains régimes apparentés, comme le droit sur les logiciels ou les droits voisins.

Enfin, il nous faut encore dire un mot à propos de la terminologie que nous adoptons dans cette thèse. Nous avons en effet pris le parti de renommer un certain nombre de notions souvent rencontrées dans la littérature. Par exemple, nous parlons de l'« ouverture de l'environnement numérique » comme un objectif normatif englobant notamment le principe - souvent galvaudé - de neutralité d'Internet, nous utilisons l'idée de « présomption en faveur de l'ouverture » pour préciser le concept assez indéterminé de « juste équilibre » que doit réaliser le régime du droit d'auteur, ou nous remplaçons l'expression « Free and Open Source Licences » par l'appellation « licences ouvertes ». Il nous est paru préférable de résister à certaines expressions et appellations courantes, et aux connotations et confusions qu'elles charrient souvent. En effet, une thèse est une bonne occasion de prendre le temps de remettre de l'ordre dans notre bagage conceptuel. Bien entendu, nous définirons chacune de ces expressions lorsqu'elles apparaitront dans nos développements.

Plan de la thèse

La thèse se divise en quatre parties : les deux premières seront consacrées à l'élucidation de l'approche normative de la thèse, et les deux dernières à l'approche pratique.

Dans une première partie, nous étudierons la question de la légitimité d'un régime de droit d'auteur. L'histoire du droit d'auteur est constellée de controverses sur sa légitimité, comme la « querelle des libraires » sur les privilèges royaux sous l'Ancien Régime [47], les discussions sur l'adoption des premières lois sur le droit d'auteur [48], les débats du XIXe siècle autour de l'opposition entre justifications par le droit naturel ou par l'utilité [49], et bien sûr les contestations contemporaines que nous venons d'évoquer. Nous nous pencherons sur les principales justifications philosophiques qui ont été avancées pour défendre la légitimité d'un tel régime : les justifications propriétariennes (chapitre I), les justifications utilitaristes (chapitre II) et les justifications personnalistes (chapitre III).

Dans une seconde partie, nous défendrons les raisons pour lesquelles la régulation de l'environnement numérique devrait selon nous être guidée par une présomption en faveur de l'ouverture. Nous commencerons par exposer les prémisses éthiques de notre approche « réal-libérale » de la justice (chapitre I), visant à maximiser la liberté réelle des individus. Nous envisagerons ensuite les différents impacts, positifs et négatifs, de l'environnement numérique sur la liberté réelle (chapitre II). Enfin, nous présenterons notre présomption en faveur de l'ouverture, les lignes directrices qu'elle implique pour la régulation, ainsi que quelques exceptions envisageables (chapitre III).

Dans les troisième et quatrième parties, nous envisagerons deux voies pour promouvoir l'ouverture au sein du régime du droit d'auteur : la voie de la responsabilité sociale et la voie législative.

La première voie, la voie de la responsabilité sociale (partie III), utilise le mécanisme juridique des licences ouvertes afin de mobiliser la contribution volontaire des acteurs attachés à l'ouverture pour introduire davantage d'espaces de liberté au sein du régime du droit d'au-

47. M. Buydens, *La propriété intellectuelle évolution historique et philosophique*, *op. cit.*, p. 356 ; M Rose, "Nine-tenths of the law : The English copyright debates and the rhetoric of the public domain", *Law and Contemporary Problems* 66.1 (2003).

48. J. C. Ginsburg, "A Tale of Two Copyrights : Literary Property in Revolutionary France and America", *Tulane Law Review* 64 (1990) ; J. C. Ginsburg, ""Une chose publique" ? The Author's Domain and The Public Domain in Early British, French and US Copyright Law", *The Cambridge Law Journal* 56.3 (2006) ;

49. D. Sagot-Duvauroux, éd., *La propriété intellectuelle c'est le vol ! les majorats littéraires et un choix de contributions au débat sur le droit d'auteur au XIXe siècle*, Dijon : les Presses du réel, 2002

teur. Après une présentation des licences ouvertes, nous verrons comment celles-ci peuvent s'interpréter comme relevant d'une responsabilité sociale pour l'environnement numérique (chapitre I). Nous étudierons ensuite la question de l'efficacité juridique de ces licences (chapitre II), pour finir par une évaluation de la voie des licences ouvertes du point de vue de l'objectif d'ouverture (chapitre III).

La deuxième voie, plus classique, est celle d'une réforme législative (partie IV). Dans un pays comme la Belgique, cette deuxième voie doit composer avec les obligations internationales et européennes qui ont considérablement réduit la marge du législateur national pour réformer le régime du droit d'auteur. Nous rechercherons néanmoins des pistes permettant d'envisager un déverrouillage du régime juridique du droit d'auteur (chapitre I), afin d'examiner dans un second temps trois propositions de réforme du régime d'exception au droit d'auteur en vue d'une meilleure prise en compte des libertés d'usage de l'information (chapitre II) : une exception en faveur des contenus générés par les utilisateurs, une exception ouverte de type *fair use*, et une exception semi-ouverte de type *fair dealing*.

Nous discuterons des forces et des faiblesses de ces deux voies, mais nous envisagerons surtout leur articulation : la voie de la responsabilité sociale et la voie législative sont-elles en tension, ou sont-elles complémentaires pour promouvoir l'ouverture de l'environnement numérique ?

Première partie

Critique des justifications classiques du droit d'auteur

Introduction

Dans cette première partie, nous discuterons les principales justifications philosophiques du régime du droit d'auteur.

Dans la littérature sur les justifications du droit d'auteur, on distingue trois grandes familles d'arguments : les justifications propriétariennes et les justifications utilitaristes, qui sont les deux principales familles d'arguments structurant le débat sur le droit d'auteur, et une troisième famille d'arguments, influente historiquement mais plus marginale dans la littérature contemporaine, celle des justifications personnalistes.

Les justifications propriétariennes (chapitre I) conçoivent le droit d'auteur comme découlant d'un système de droits de propriété conçus comme des droits « moraux » [50] ou naturels. Dans cette perspective, la légitimité du droit d'auteur ne dépend nullement de sa capacité à produire des conséquences socialement désirables, mais résulte de certaines circonstances pouvant donner lieu à un titre légitime de propriété.

Les justifications utilitaristes (chapitre II), par contraste, conçoivent simplement le droit d'auteur comme le moyen le plus efficace pour induire un niveau socialement optimal de création et d'usage des œuvres intellectuelles.

Enfin, les justifications personnalistes du droit d'auteur (chapitre III) soutiennent que les droits de propriété intellectuelle sont nécessaires à la satisfaction de certains besoins humains fondamentaux de l'auteur [51]. Parfois, dans la littérature, les arguments dits « personnalistes » présentent une certaine ressemblance avec l'approche propriétarienne. Une veine d'arguments distincte est celle qui se situe dans la filiation de la pensée de Kant et Hegel.

50. Le terme « droit moral » est ici entendu au sens philosophique, et non au sens spécifique en droit d'auteur de l'expression « droit moraux » par opposition aux droits « patrimoniaux ».

51. W. W. Fisher, "Theories of intellectual property", in : *New essays in the legal and political theory of property*, sous la dir. de S. R. Munzer, Cambridge : Cambridge University Press, 2001, p. 171.

La distinction centrale entre les justifications propriétariennes et utilitaristes est éclairée par la distinction entre les approches « prospectives » et « rétrospectives » de la justice. Alors que les justifications utilitaristes adoptent une approche prospective de la justice, tournée vers les conséquences d'une action ou d'une institution, les justifications propriétariennes adoptent une approche purement rétrospective de la justice, tournée vers la justice des actions passées ayant mené à la situation actuelle [52].

Cette distinction entre approches propriétariennes et utilitaristes est particulièrement importante pour le débat sur la justification du régime de droit d'auteur. Ses implications apparaissent clairement dans la discussion juridique sur l'étendue respective des droits exclusifs d'une part et du domaine public et des exceptions ou limitations d'autre part. La justification utilitariste défendra généralement un certain compromis entre les deux pôles, étant donné que le droit d'auteur est défendu comme un simple instrument pour la réalisation de certains objectifs désirables. La justification propriétarienne, par contraste, tendra à justifier une protection beaucoup plus étendue du droit d'auteur. En effet, si l'on conçoit celui-ci comme un droit moral, le point de départ sera sa reconnaissance par la société, éventuellement assortie, mais dans un second temps seulement, de limitations. De ce point de vue, la charge de la preuve incombe à ceux qui veulent restreindre la protection juridique des œuvres de l'esprit, et non l'inverse.

Influence historique des différentes justifications

Les justifications du droit d'auteur que nous discutons dans le présent chapitre sont issues d'un riche débat intellectuel qui s'étend sur plusieurs siècles. Sans entrer dans le détail, on mentionnera ici les grandes lignes de l'influence historique des différentes familles de justifications discutées dans le cadre de ce chapitre.

La légitimé du droit d'auteur a notamment été au cœur d'un débat particulièrement riche tout au long du XIXe siècle en France. Dans ce débat, la principale ligne de fracture se situe entre les partisans d'une approche conventionnaliste de la propriété, et les partisans d'une approche jusnaturaliste [53]. Pour les premiers, la propriété intellectuelle

52. P. Van Parijs & C. Arnsperger, *Éthique économique et sociale*, Nouv. éd., Paris : La Découverte, 2003

53. Cf. L. Pfister, "La proprieté Litteraire est-elle une propriété ? Controverses sur la Nature du Droit d'Auteur au XIXe Siècle", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review* 72 (2004) ; D. Sagot-Duvauroux, *La propriété intellectuelle c'est le vol ! les majorats littéraires et un choix de contributions au débat sur le droit d'auteur au XIXe siècle*, *op. cit.*

ne tire sa force que de sa reconnaissance par la société, qui le fait pour une raison instrumentale. Ainsi, pour Dupuit, la propriété intellectuelle, comme toutes les propriétés, ne trouve son origine que dans « le consentement de la société, une convention humaine » [54], et seulement dans la mesure où cette institution correspond à l'intérêt public. Pour les seconds, au contraire, la légitimité de la propriété intellectuelle ne dépend pas de ce genre de justification extrinsèque, puisqu'elle découle d'un droit naturel, préexistant à la garantie des droits d'auteur par le régime juridique [55] . Dans les mots de Bastiat, « l'homme naît propriétaire », et dès lors « [c]e n'est pas la loi qui a donné lieu à la propriété, mais, au contraire, la propriété qui a donné lieu à la loi » [56].

On considère généralement que les justifications propriétariennes ont davantage influencé la tradition continentale du droit d'auteur, alors que les justifications utilitaristes ont eu davantage de poids dans la tradition américaine du copyright [57]. En France (et, plus tard, en Allemagne), le débat sur le droit d'auteur subit la double influence de la théorie de Locke et de la théorie « personnaliste » inspirée de Hegel et Kant [58], et la littérature juridique sera fort marquée par une conception de la propriété intellectuelle comme « la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable et la plus personnelle de toutes les propriétés » [59]. Par contraste, la Constitution américaine consacre explicitement dans la « Copyright Clause » une approche instrumentale qui la rapproche des justifications utilitaristes :

> « [The Congress shall have Power] To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries » [60].

54. Cf. J. Dupuit, "Le principe de propriété : le juste - l'utile", in : *La propriété intellectuelle, c'est le vol !*, sous la dir. de D. Sagot-Duvauroux, Dijon : les Presses du réel, 2002.

55. « The government does not "grant" a patent or copyright, in the sense of a gift, privilege, or favor ; the government merely secures it—i.e., the government certifies the origination of an idea and protects its owner's exclusive right of use and disposal », A. Rand, *Capitalism, the unknown ideal*, New York : New American Library, 1966, p. 125

56. F. Bastiat, "Discours au cercle de la librairie", in : *La propriété intellectuelle, c'est le vol !*, sous la dir. de D. Sagot-Duvauroux, Dijon : Presses du Réel, 2002, p. 39

57. A. Strowel, "Droit d'auteur et copyright", in : *Droit d'auteur et copyright : divergences et convergences*, Bruxelles : Bruylant, 1993, p. 239.

58. M. Buydens, *La propriété intellectuelle évolution historique et philosophique*, *op. cit.*, p. 270-284 ; C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information : approche de droit comparé*, Paris : Litec, 2004

59. Selon la citation (tronquée) attribuée à Le Chapelier. Cf. *infra,* note 63 page suivante pour une mise en contexte.

60. United States Constitution, art. 1, section 8

Toutefois, il convient de relativiser cette présentation classique. Ainsi, aux États-Unis, la conception propriétarienne a acquis une importance croissante dans le discours judiciaire [61] et doctrinal [62]. De même, l'approche utilitariste a toujours été présente en droit français [63]. Enfin, en droit allemand, la théorie de l'ancrage social des droits d'auteur assure un droit forcément limité par les contraintes sociales, ainsi que la prise en compte de l'intérêt du public [64].

En Belgique, bien que le législateur n'ait pas ressenti la nécessité de justifier en détail la légitimité du droit d'auteur lors de l'adoption de la loi de 1886, se concentrant plutôt sur des considérations positivistes relatives à sa nature juridique [65], les travaux parlementaires font brièvement référence à deux intuitions philosophiques : d'une part la

61. Cf. M. A. Lemley, "Property, Intellectual Property, and Free Riding", *Texas Law Review* 83 (2005), p. 2. Cf. également références dans W. J. Gordon, "A Property Right in Self-Expression : Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property", *Yale Law Journal* 102 (1993), p. 1540, note 37.

62. Cf. le constat fait par J. Waldron, "From Authors to Copiers : Individual Rights and Social Values in Intellectual Property", *Chi.-Kent L. Rev.* 68 (1992), p. 849. De nombreux articles discutent en détail les arguments propriétariens, signe de leur influence. Cf. notamment W. J. Gordon, "On Owning Information : Intellectual Property and the Restitutionary Impulse", *Virginia Law Review* 78.1 (1992), p. 166-167, 266-273, et les références ; W. J. Gordon, "An Inquiry into the Merits of Copyright : The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory", *Stanford Law Review* 41.6 (1989), p. 1447-1448

63. A. Strowel, "Droit d'auteur et copyright", *op. cit.*, p. 242 ; C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information : approche de droit comparé*, *op. cit.*, p. 74-77, 81-82 ; dans le même sens, J. C. Ginsburg, "A Tale of Two Copyrights : Literary Property in Revolutionary France and America", *op. cit.*, p. 994 remarque que les premiers décrets français de 1791 et 1793 ont été adoptés sur fond d'un fort courant utilitariste. Comme le remarque également Ginsburg, la citation de Le Chapelier mentionnée plus haut a été très souvent sortie de son contexte, dans un complet contresens. Ainsi, ce que le Chapelier considère que « la plus sacrée, la plus légitime des propriétés », c'est apparemment le contrôle de l'auteur sur son œuvre avant que l'œuvre ne soit divulguée au public. Mais, ajoute-t-il, « c'est une propriété d'un genre tout à fait différent des autres propriétés. Lorsqu'un auteur fait imprimer un ouvrage ou représenter une pièce, il les livre au public, qui s'en empare (...) et qui en fait sa propriété ». Il ajoute également que le droit d'auteur « est une exception qui, dans notre ancien régime, était consacrée par des privilèges royaux (...) qui dans notre nouvelle législation, sera l'objet d'une loi positive, et cela beaucoup plus sage. Sortez du principe, mettez l'exception à sa place, et vous n'avez plus de base pour votre législation, et vous méconnaissez qu'un ouvrage publié est de sa nature une propriété publique » Cf. le discours d'Isaac Le Chapelier, auteur de la loi française de 1791, dans *Le Moniteur Universel*, n°15, 15 janvier 1791, reproduit dans A. Ray & L. Gallois, éds., *Réimpression de l'ancien Moniteur : depuis la réunion des États-généraux jusqu'au Consulat, Volume 7*, Au Bureau central, 1841, p. 117.

64. C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information : approche de droit comparé*, *op. cit.*, p. 99-102.

65. En effet, le rapport de J. De Borchgrave précédant l'adoption de la loi de 1886 sur le droit d'auteur s'intéresse principalement à des questions de droit positif, comme celle de savoir comment articuler cette nouvelle catégorie de droit avec la

conception propriétarienne d'un droit de l'auteur qui « dérive de son travail », et d'autre part la notion ambigüe de « récompense pour le service qu'il rend à la société », dont la version la plus plausible tend davantage vers une approche utilitariste que propriétarienne [66].

Justifications philosophiques et rapports de force

On pourrait accuser notre approche de pécher par idéalisme. Ne ferions-nous pas preuve de naïveté, voire d'aveuglement, en nous focalisant sur les justifications explicitement invoquées en faveur du droit d'auteur et en passant sous silence les rapports de pouvoir et les intérêts qui ont contribué à façonner le régime juridique actuel ?

Certes, l'histoire du droit d'auteur atteste que celui-ci s'est constitué sous la pression d'importants intérêts économiques [67] : depuis la première législation sur le droit d'auteur, le *Statute of Anne*, adopté en 1710 par le Parlement britannique sous la pression de la guilde des imprimeurs (la Stationer's Company), jusqu'au lobbying de l'industrie culturelle pour étendre la durée de protection à 70 ans *post mortem* en Europe et aux États-Unis [68], en passant par la menace de sanctions commerciales utilisée par les États-Unis pour intimider bon nombre de « partenaires » à adhérer aux traités multilatéraux sur le droit d'auteur [69].

typologie classique issue du droit romain. Doc. Ch., 9 juillet 1885, session 1884-1885, p. 254. et suiv.

66. Comme nous le verrons *infra*, chapitre I, 1.2.

67. Cf. le compte-rendu par Buydens du rôle actif joué par les librairies et éditeurs en Angleterre et en France dans le débat qui mènera aux premières fondations d'une forme de droit d'auteur dans ces pays : M. Buydens, *La propriété intellectuelle évolution historique et philosophique*, *op. cit.*, p. 260. Voyez également Litman sur le rôle des lobbys dans l'évolution récente du droit d'auteur face aux changements technologiques : J. Litman, "Copyright Legislation and Technological Change", *Oregon Law Review* 68.2 (1989)

68. J. Litman, *Digital copyright*, Amherst N.Y. : Prometheus Books, 2006, p. 23

69. Cf. J DeBeer & M Geist, "Developing Canada's Intellectual Property Agenda", in : *Canada Among Nations*, sous la dir. de J. Daudelin & D. Schwanen, Montreal ; Kingston : McGill-Queen's University Press, 2007 :

> « Another reason many countries have agreed to higher intellectual property standards has been the US strategy of threatening and sometimes using bilateral trade sanctions pursuant to section 301 of the United States Trade Act of 1974 (Matthews 2002, 31–5 ; Drahos and Braithwaite 2002, 134–7). In 1993, the Office of the us Trade Representative commenced a section 301 investigation against Brazil, in 1994 it did so against China, and at various times has done the same against Thailand, India, Egypt, South Africa, Korea, Poland, Italy and others including Canada (Handa 2002, 425–6).2 Though critics call this for what it is – bullying – sadly many countries find it preferable to negotiate with the US rather than create the risk of

Il y aurait certainement fort à dire quant au rôle des groupes de pression dans la tendance contemporaine à l'extension de la protection du droit d'auteur [70]. Toutefois, si nous nous concentrons sur les justifications philosophiques du droit d'auteur, ce n'est pas par aveuglement mais en vertu d'un choix délibéré. À moins de dénier toute force à la délibération publique [71], il nous faut nécessairement prendre au sérieux les raisons qui ont été avancées pour justifier le régime du droit d'auteur, quels que soient les intérêts motivant leurs auteurs. La principale contribution d'une approche philosophique au débat public consiste dès lors à soumettre ces arguments au seul critère qui importe à la délibération publique : la loi du meilleur argument.

Dans la discussion qui suit, nous nous efforcerons de réaliser une critique interne de chacun des arguments envisagés, afin de pointer leurs forces et leurs faiblesses à l'intérieur de l'approche de la justice adoptée (propriétarienne, utilitariste, personnaliste). Une telle façon de procéder nous parait la plus convaincante, car elle permet de formuler des critiques recevables même par ceux qui ne partagent pas nos prémisses éthiques. Ce n'est que dans la conclusion de chacun des chapitres que nous envisagerons les critiques externes que l'on peut opposer à ces différentes approches de la justice.

Terminons par quelques remarques méthodologiques : même si nous nous intéressons uniquement au régime du droit d'auteur, nous discuterons parfois des arguments portant sur le droit des brevets, lorsque ceux-ci se révèlent pertinents pour notre propos. Par ailleurs, au cours

an investigation and sanctions under section 301 (Handa 2002, 426).

In this climate, one of us negotiators' most notable accomplishments after TRIPS s was the completion in 1996 of a pair of copyright-related treaties known as the wipo Internet Treaties »

70. De nombreux auteurs ont ainsi analysé le rôle des groupes de pression dans l'évolution législative du régime du droit d'auteur, notamment au regard de la théorie du choix public Cf. J. Litman, *Digital copyright*, *op. cit.*, p. 15-100 ; L. Lessig, *Free culture*, New York : Penguin Books, 2005, p. 116-173. Y. Benkler, "Through the Looking Glass : Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain", *Law and Contemporary Problems* 66.1 (2003) ; W. Patry, "Copyright and the Legislative Process : A Personal Perspective", *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 14 (1996). Pour une revue de la littérature, voyez Y. Lev Aretz, "Copyright Lawmaking and the Public Choice : From Legislative Battles to Private Ordering", *SSRN Electronic Journal* (août 2012), url : http://papers.ssrn.com/abstract=2131865. Plus généralement, sur la problématique rôle des groupes de pression en politique et la capture de l'activité législative aux États-Unis, voyez également L. Lessig, *Republic, Lost : How Money Corrupts Congress–and a Plan to Stop It*, Twelve, 2011.

71. Pour une théorie politique opposée aux théories délibératives attachées à l'idéal de délibération rationnelle, voyez par exemple l'approche « agonistique » développée C Mouffe, *Le politique et ses enjeux : pour une democratie plurielle*, Paris : La Découverte/MAUSS, 1994.

de ce chapitre, nous reprendrons souvent l'expression « propriété intellectuelle » utilisée par certains auteurs, afin de discuter leurs arguments en leurs propres termes. De même, si certains auteurs se concentrent sur la question de la propriété littéraire, et utilisent dès lors des termes comme « livre », ou « manuscrit », notre propos aspirera à un plus haut degré de généralité, et couvrira tout type d'œuvres susceptibles d'être protégées par le régime du droit d'auteur (ou assimilés) : œuvres littéraires, musicales, audiovisuelles, logicielles, etc.

Chapitre I

Les justifications propriétariennes

« Comment peut-on posséder les étoiles ?
— À qui sont-elles ? riposta, grincheux, le businessman.
— Je ne sais pas. À personne.
— Alors elles sont à moi, car j'y ai pensé le premier.
— Ça suffit ?
— Bien sûr. Quand tu trouves un diamant qui n'est à personne, il est à toi. Quand tu trouves une île qui n'est à personne, elle est à toi. Quand tu as une idée le premier, tu la fais breveter : elle est à toi. Et moi je possède les étoiles, puisque jamais personne avant moi n'a songé à les posséder.

Antoine de Saint-Exupéry, *Le Petit Prince*

D'un point de vue général, on peut qualifier de « propriétariennes » les approches de la justice qui considèrent tous les droits moraux comme des droits de propriété, et pour lesquelles la justice d'une situation se ramène à la question de savoir si les individus ont un juste titre sur leurs possessions [1]. En ce sens, les justifications propriétariennes du

1. Nous reprenons la définition avancée par Peter Vallentyne pour caractériser la théorie libertarienne de Robert Nozick : « Nozick implicitly assumes proprietarianism, the view that all enforceable moral rights are moral property rights (rights over things). The justice of a state of affairs is, on this view, a matter of whether individuals have a right to their holdings (the objects in their possession broadly understood) » (P. Vallentyne, "Nozick's libertarian theory of justice", in : *The Cambridge Companion to Nozick's Anarchy, State, and Utopia*, sous la dir. de

droit d'auteur considèrent celui-ci comme un droit moral ou naturel appartenant légitimement au créateur en vertu d'un système de justes titres de propriété.

Historiquement, les premiers avatars des justifications propriétariennes du droit d'auteur remontent au XVIIIe siècle, et se retrouvent notamment dans les plaidoyers des éditeurs britanniques en faveur de la reconnaissance d'un droit d'auteur issu de la Common Law, en invoquant le discours de Locke sur la propriété dans le Traité sur le Gouvernement Civil [2].

Dans la deuxième moitié du XXe siècle, cette justification propriétarienne trouvera un nouveau souffle avec la renaissance du courant libertarien contemporain [3], qui fonde une défense implacable des droits de propriété privée dans une « entitlement theory of rights » [4]. Toutefois, la légitimité de la propriété intellectuelle reste encore à ce jour un sujet très controversé parmi les auteurs libertariens [5].

Mais la littérature sur le droit d'auteur sera surtout marquée par le droit naturel et les approches généralement qualifiées de « justifications lockéennes » de la propriété intellectuelle, car elles s'inspirent des propos de Locke sur l'appropriation par le travail, ou tentent d'appliquer l'argument de la « clause lockéenne » à l'appropriation des œuvres de l'esprit [6]. Remarquons toutefois que ces réinterprétations de Locke pour

R. M. Bader & J. Meadowcroft, Cambridge, MA : Cambridge University Press, 2011, p. 151).

2. M Rose, "The author as proprietor : Donaldson v. Becket and the genealogy of modern authorship", *Representations* 23.1 (1988), p. 57.

3. La tradition libertarienne contemporaine a émergé dans la foulée d'ouvrages influents comme R. Nozick, *Anarchy, state and utopia*, New York : Basic Books, 1974 ou M. Rothbard, *The Ethics of Liberty*, New York : New York University Press, 1998.

4. R. Nozick, *Anarchy, state and utopia*, *op. cit.*

5. Ainsi, parmi les auteurs libertariens qui s'opposent fermement à l'idée de propriété intellectuelle. Voyez S. Kinsella, *Against intellectual property*, Ludwig von Mises Institute, 2008 ; T. G. Palmer, "Are patents and copyrights morally justified ?", *Harvard journal law & public policy* 13.3 (2002)

D'autres auteurs libertariens (ou assimilés) soutiennent la légitimité de la propriété intellectuelle, comme Lysander Spooner, The Law of Intellectual Property ; or An Essay on the Right of Authors and Inventors to a Perpetual Property in their Ideas, Boston, Bela Marsh, 1855 ; R. Nozick, *Anarchy, state and utopia*, *op. cit.*, p. 180 ; A. Rand, *Capitalism, the unknown ideal*, *op. cit.*, p. 125 ; ainsi que, dans une certaine mesure, M. Rothbard, *The Ethics of Liberty*, *op. cit.* (voyez *infra* 1.5.1 pour une discussion des arguments de Rothbard).

6. Si certaines interprétations cherchent à utiliser Locke pour argüer des limites à la propriété intellectuelle (cf. D. Attas, "Lockean Justifications of Intellectual Property", *Intellectual Property and Theories of Justice* (2008), sous la dir. d'A. Gosseries, A. Marciano & A. Strowel, p. 29-56 ; S. V. Shiffrin, "The incentives argument for intellectual property", in : *Intellectual Property and Theories of Justice*, sous la dir. d'A. Strowel, Axel Gosseries & A. Marciano, p. 138-167.), d'autres défendent clairement une conception maximaliste du droit d'auteur (No-

justifier des droits moraux ou naturels à la propriété s'écartent singulièrement du projet initial de Locke, dont le but était d'expliquer comment sa théorie du contrat social était compatible avec un droit de propriété dont la légitimité était considérée comme une évidence à son époque. Ainsi, le droit de propriété dans la théorie de Locke relève d'un droit conventionnel, introduit par les institutions politiques [7], plutôt que de dériver directement du droit naturel.

Les justifications propriétariennes du droit d'auteur restent assez influentes aujourd'hui, tant dans le débat académique que dans le débat public. Même lorsqu'elle n'est pas défendue explicitement, l'approche propriétarienne sous-tend un certain nombre de présupposés du débat contemporain sur le droit d'auteur. Ainsi en va-t-il de la rhétorique du vol pour appuyer la réprobation du « piratage » [8] : juridiquement inappropriée [9], une telle rhétorique présuppose nécessairement une légitimité pré-juridique, ou morale, de la propriété intellectuelle. Cette analogie entre le vol et l'atteinte au droit d'auteur joue un rôle important dans l'acceptabilité d'un niveau de protection élevé du droit d'auteur. En effet, si l'on considère que la propriété intellectuelle jouit d'une légitimité antérieure à sa reconnaissance par la loi, on aura tendance à juger plus sévèrement les utilisations non autorisées d'œuvres protégées [10].

---

tamment Hughes, Epstein, Moore (...). Notons que la tendance maximaliste d'un bon nombre de justifications « lockéennes » contraste fort avec les quelques prises de position explicites de Locke sur le sujet, beaucoup plus modérées ; J. Locke,« Liberty of the Press », in M. Goldie (ed.), Locke : Political essays, p. 329 et B.Rand (ed.) The Correspondence of John Locke and Edward Clarke, (Cambridge, Harvard University Press, 1927), p. 366, cités par L. Zemer, "The making of a new copyright Lockean", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 29 (2006), p. 154). Certains vont même jusqu'à affirmer que les justifications lockéennes de la propriété s'appliquent plus puissamment encore à la propriété intellectuelle (cf. J. Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property", *Georgetown Law Journal* 77 (1988), p. 319 ; A. D. Moore, *Intellectual Property and Information Control : Philosophic Foundations and Contemporary Issues*, New Brunswick, NJ : Transaction Publishing, 2004)

7. cf. J. Rawls, *Lectures on the history of political philosophy*, Cambridge Mass. : Belknap Press of Harvard University Press, 2007p. 142-147.

8. Principalement mobilisée dans la communication des représentants d'ayants droit (cf. la campagne « You wouldn't steal a car » de la Motion Picture Association of America), la rhétorique du vol de propriété intellectuelle est parfois reprise par les autorités publiques, comme aux États-Unis avec le No Electronic Theft Act de 1999.

9. En effet, le droit ne connait en la matière que le délit de contrefaçon.

10. Dans le même sens, cf. J. Waldron, "From Authors to Copiers : Individual Rights and Social Values in Intellectual Property", *op. cit.*, p. 842 : « If we think of an author as having a natural right to profit from his work, then we will think of the copier as some sort of thief ; whereas if we think of the author as beneficiary of a statutory monopoly, it may be easier to see the copier as an embodiment of free enterprise values ».

Dans ce chapitre, nous réaliserons une discussion critique des principales justifications propriétariennes du droit d'auteur.

On peut classer ces justifications en deux catégories. Les justifications positives (section 1) justifient le droit de propriété intellectuelle par une circonstance liée à l'auteur. Le créateur devrait donc se voir reconnaitre un droit de propriété sur l'œuvre en vertu du fait qu'il y a mêlé son travail, en raison du mérite lié à son travail, en vertu de l'extension de la propriété de soi du créateur dans son œuvre, en vertu d'un principe de première occupation de type « creators, keepers », ou encore en vertu de la propriété du support original de l'œuvre.

Les justifications négatives (section 2), par contraste, n'appuient pas le titre de propriété de l'auteur sur des arguments positifs, mais au contraire se bornent à soutenir qu'il n'y a pas de raison de s'opposer à l'appropriation car elle ne nuit à personne. Pour que l'appropriation soit justifiée, il suffirait donc de montrer que l'appropriation satisfait à la clause lockéenne.

Dans la plupart des cas, les arguments justifiant la propriété intellectuelle se présentent comme des réponses au problème classique de l'appropriation originelle (la question de la naissance des droits de propriété sur un objet). Dans ce cadre, une question cruciale est celle du statut des ressources naturelles sur lesquelles porte l'appropriation : faut-il soutenir qu'originellement tout individu a un droit égal aux ressources de la Terre (*common ownership*) [11], ou faut-il au contraire partir du point de départ où la Terre n'est la propriété de personne (*no ownership*) [12] ? Pour renforcer notre critique, il parait préférable de partir du point de départ le plus favorable à la position propriétarienne. Dès lors, dans notre discussion, nous supposerons à l'instar de Nozick une situation de *no ownership*.

Par ailleurs, étant donné que les justifications propriétariennes de la propriété intellectuelle constituent souvent des transpositions d'argu-

11. Steiner, « Left libertarianism and the ownership of natural resources ». Steiner défend l'idée d'un droit égal aux ressources de la Terre en interprétant le postulat fondamental de la propriété de soi conjointement à l'exigence formulée par Locke que toute appropriation d'une ressource en laisse assez, et d'assez bonne qualité (aussi appelée la « clause lockéenne »). Dans sa discussion des arguments lockéens en faveur de la propriété intellectuelle, Shiffrin soutient une position similaire en vertu d'une vision « politique » affirmant l'égalité morale des individus. (S. V. Shiffrin, "Lockean arguements for private intellectual property", in : *New essays in the legal and political theory of property*, sous la dir. de S. R. Munzer, Cambridge : Cambridge University Press, 2001, p. 148).

12. C'est notamment le point de départ supposé implicitement par Nozick G. A. Cohen, *Self-ownership, freedom, and equality*, Cambridge, MA : Cambridge Univ Press, 1995, p. 84 : « So Nozick must suppose that the world's resources are, morally speaking, nothing like jointly owned, but very much up for grabs, yet, far from establishing that premiss, he does not even bother to state it, or show any awareness that he needs it. »

ments invoqués pour justifier la propriété matérielle, nous serons souvent amenés à alterner entre le domaine intellectuel et le domaine matériel. Afin de ne pas perdre le lecteur, nous tâcherons à chaque fois de signaler les sauts de l'un à l'autre, et de préciser autant que possible les convergences et les divergences entre ces deux domaines.

Section 1 Justifications positives de l'appropriation

1.1 L'appropriation d'une ressource en y mêlant son travail

Ce premier argument s'inspire du fameux passage du Second Traité où Locke développe l'idée que l'homme qui travaille sur une ressource naturelle la fait sienne :

> « Though the earth, and all inferior creatures, be common to all men, yet every man has a property in his own person : this no body has any right to but himself. The labour of his body, and the work of his hands, we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the state that nature hath provided, and left it in, he hath mixed his labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property » [13]

Dans le texte de Locke, ce sont les ressources naturelles, considérées comme la propriété commune de tous les hommes, qui font l'objet d'une appropriation. Pour transposer l'argument au droit d'auteur, les tenants de l'approche propriétarienne doivent donc trouver une analogie avec cette notion de ressources naturelles qui fasse sens dans le domaine intellectuel. Aux fins de la discussion, nous supposerons temporairement qu'une telle analogie soit possible [14].

L'argument dit du « mélange du travail » se fonde dans une interprétation assez littérale du passage de Locke que nous venons de citer, focalisée sur le fait que l'appropriateur « mêle son travail » (« mixes his labour ») à une ressource. Selon cet argument, c'est donc le travail en lui-même, et rien d'autre, qui justifierait l'appropriation. En nous

13. J. Locke, *Second Treatise of Government*, sous la dir. de C. B. Macpherson, t. 8, Hackett Publishing, 1980, chapitre V, §27

14. Nous reviendrons sur les difficultés de telles analogies *infra*, 2.2.1.

inspirant de l'analyse de cet argument par Cohen [15], nous pouvons le reconstruire comme suit :

(1) La propriété de soi implique la propriété de son travail

(2) En travaillant sur une chose, l'homme y mêle son travail

(3) Une personne qui travaille sur une ressource non appropriée en devient dès lors le propriétaire légitime

Transposé au domaine de la création intellectuelle, l'argument consisterait à dire que l'auteur devient propriétaire de son œuvre parce qu'il y a « mêlé son travail ».

Dans la littérature, cet argument de Locke a fait l'objet de nombreuses critiques. Hume remarquait déjà l'incohérence de l'idée de « mêler son travail à une ressource » : « we cannot be said to join our labor to any thing except in a figurative sense » [16]. En effet, si l'on définit le travail comme une activité (l'acte de travailler) ou comme une faculté productive (la force de travail) [17] on se trouve face à une impossibilité logique : une activité (ou une faculté) ne peut être mêlée à un objet. Et si l'on concevait plutôt l'expression « mêler son travail » dans un sens métaphorique, comme une façon de signifier que l'homme effectue un travail sur cet objet, alors l'argument perdrait alors son sens, car la prémisse (2) reviendrait à affirmer de manière redondante « qu'une personne qui travaille sur un objet travaille sur un objet » [18].

L'idée de « mêler son travail avec quelque chose » semble donc ou bien incohérente, ou bien inutile [19].

Même si l'on parvenait à résoudre ces problèmes conceptuels, l'argument ne serait toujours pas concluant. En effet, comme le remarque Nozick [20], le passage de (2) à (3) n'est pas justifié : pourquoi le fait de

15. G. A. Cohen, *Self-ownership, freedom, and equality*, *op. cit.*, p. 176 ; cf également J. Waldron, *The right to private property*, t. 45, 109, Oxford : Clarendon Press, 1988, p. 184

16. D. Hume, *A treatise of human nature*, Londres : Thomas et Joseph Allman, 1817, vol. II, livre III, partie II, p. 215

17. Selon Cohen, cette deuxième définition est la seule cohérente avec la prémisse (1), car il est impossible d'être propriétaire d'une activité : « if labour power is what the proletarian sells, it follows that labour power is what he owns. Neither he or anyone owns labouring : activities are not ownable », G. A. Cohen, *Karl Marx's Theory of History : A Defence*, Oxford University Press, 2000, p.43 ; Dans le même sens, S. Kinsella, *Against intellectual property*, *op. cit.*, p. 38 : « labor is a type of action, and action is not ownable ; rather, it is the way that some tangible things (e.g. bodies) act in the world »

18. J. Waldron, "Two Worries About Mixing One's Labour", 33.130 (2010), p. 41.

19. *idem*, *The right to private property*, *op. cit.*, p. 4 et p.184 et suiv. voyez aussiA. J. Simmons, "Maker's Right", *The Journal of Ethics* 2.3 (1998), p. 209

20. R. Nozick, *Anarchy, state and utopia*, *op. cit.*, p. 174-175

mêler ce qui est mien à une ressource non appropriée m'en ferait devenir le propriétaire ? Ne pourrait-on pas affirmer de manière aussi plausible qu'en faisant cela, j'ai simplement perdu ce qui m'appartenait ? Nozick appuie cette objection par une illustration assez cocasse :

> « If I own a can of tomato juice and spill it in the sea so that its molecules (made radioactive, so I can check this) mingle evenly throughout the sea, do I thereby come to own the sea, or have I foolishly dissipated my tomato juice ? » [21].

L'argument du « mélange du travail » parait dès lors trop incohérent pour constituer une justification plausible aux droits de propriété intellectuelle.

1.2 L'appropriation en récompense du travail du créateur

Un autre argument fréquent parmi les justifications lockéennes est l'argument selon lequel la propriété constitue une « récompense » au créateur pour son travail. Ainsi, selon Gordon : « Someone who works to produce something of value would seem to deserve a reward for her efforts from those who benefit » [22].

Il convient ici de démêler deux arguments : un premier, soutenu explicitement par Locke, selon lequel la création de valeur donne droit à la propriété de la chose, et un second, qui soutient que le travail mérite récompense.

1.2.1 L'argument de la valeur ajoutée

Le premier argument, que l'on peut clairement attribuer à Locke, soutient que la propriété d'une chose revient à celui qui en a créé la valeur. [23]. Cet argument se fonde dans l'insistance de Locke sur le fait que le travail humain crée la majeure partie de la valeur des choses :

> « it is labour indeed that puts the difference of value on every thing ; (...) the improvement of labour makes the far greater part of the value. I think it will be but a very modest computation to say, that of the products of the earth useful to the life of man nine tenths are the effects of labour » [24].

21. *ibid.*, p. 175
22. W. J. Gordon, "An Inquiry into the Merits of Copyright : The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory", *op. cit.*, p. 1446.
23. « The "labor-desert" theory asserts that labor often creates social value, and it is this production of social value that "deserves" reward, not the labor that produced it. », J. Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property", *op. cit.*, p. 305.
24. J. Locke, *Second Treatise of Government*, *op. cit.*, chapitre V, §40.

Sans leur transformation par l'homme, les ressources naturelles laissées à l'abandon n'auraient (quasiment) aucune valeur [25]. Dès lors, la justification du titre de propriété dans le chef du travailleur réside dans le fait qu'il ne s'accapare rien d'important en s'appropriant ces ressources pratiquement sans valeur [26].

L'argument présente une certaine force intuitive dans le contexte de la création intellectuelle, car l'idée que l'entièreté de la valeur provient du travail humain y semble plus plausible que dans le cas des ressources matérielles [27]. Mais dans le cas de la création intellectuelle, l'appropriateur est confronté à une autre difficulté, peut-être plus grave encore : même en admettant que l'entièreté de la valeur d'une œuvre provienne du travail humain [28], peut-il également soutenir qu'elle provient exclusivement de *son* travail ? Ou bien est-elle, au moins en partie, le résultat du travail de créateurs antérieurs ? À moins de soutenir que les œuvres sont créées *ex nihilo* (une position peu plausible [29]), il pa-

25. G. A. Cohen, *Self-ownership, freedom, and equality*, *op. cit.*, p. 175. Notons que Locke se réfère ici à une notion de valeur d'usage (la valeur d'un bien pour sa consommation) et non à la valeur d'échange (la valeur d'un bien pour un échange commercial) ; cf. à ce sujet *ibid.*, p. 178-179.

26. Cf. *ibid.*, p. 176

27. En effet, dans le cas des biens matériels, cette idée est aisément réfutable, comme le montre Cohen en prenant l'exemple de quelqu'un qui creuse un puits et, par chance, découvre un gisement de pétrole après seulement quelques minutes : « one couldn't say that labour alone is responsible for the value of the oil well, not only because of the disproportion of the work endured in regard to the huge production it enables, but also because, weren't it for the oil underground, the same well would have been worthless ». Cf. *ibid.*, p. 185.

28. Cette supposition ne parait pourtant pas évidente. On pourrait en effet concevoir une transposition de l'argument de Cohen (cf. note précédente) dans le domaine des œuvres intellectuelles. Par exemple, il parait difficile de dire qu'un photographe qui prend un cliché d'une aurore boréale est responsable de l'entièreté de la valeur de la photographie, non seulement parce que son appareil est lui-même manufacturé à partir de ressources naturelles, mais aussi parce que la valeur de son cliché aurait été bien moindre si un sujet plus banal s'était présenté à lui.

29. Cf. la critique post-structuraliste de la figure de l'auteur démiurge par R. Barthes, "La mort de l'auteur", in : *Le bruissement de la langue*, Paris : Seuil, 1984, p. 65 :

> « un texte n'est pas fait d'une ligne de mot, dégageant un sens unique, en quelque sorte théologique (qui serait le "message" de l'Auteur-Dieu), mais un espace à dimensions multiples, où se marient et se contestent des écritures variées, dont aucune n'est originelle : le texte est un tissu de citations, issues des mille foyers de la culture (...) l'écrivain ne peut qu'imiter un geste toujours antérieur, jamais originel »

Voyez également L. Zemer, "The making of a new copyright Lockean", *op. cit.*, p. 935-946 (reprenant la critique par Locke et d'autres philosophes du modèle de la création *ex nihilo*) ; L. Zemer, *The idea of authorship in copyright*, Burlington, VT : Ashgate, 2007, p. 76 (critiquant la conception de l'auteur comme « génie créatif ») ; J. Waldron, "From Authors to Copiers : Individual Rights and Social

rait difficilement contestable que la « matière première » des créations intellectuelles est au moins en partie constituée des œuvres déjà créées, voire du langage et de la culture qui préexistent à l'œuvre. Il n'est donc pas possible pour un auteur de revendiquer la responsabilité pour l'entièreté de la valeur de l'œuvre, pour du même coup s'en attribuer la pleine propriété [30].

Pourrait-on dès lors amender l'argument et reconnaitre à l'auteur un droit partiel de propriété, dans la mesure de sa contribution à la valeur de l'œuvre ? Un tel argument conduirait à soutenir un régime de « copropriété intellectuelle » des œuvres, dans lequel le droit de chaque auteur serait strictement limité à la valeur ajoutée de sa contribution. Outre qu'un tel régime serait assez différent du régime de droits intellectuels que nous connaissons, il serait aussi difficilement praticable. En effet, pour attribuer à chacun son dû, un tel régime demanderait d'une part de retracer de manière certaine le pedigree de chaque œuvre pour y mesurer l'apport des uns et des autres, et d'autre part d'être capable d'évaluer la contribution de chacun à la valeur totale de l'œuvre. Autant de tâches manifestement impossibles à mener à bien pour un régime juridique des œuvres intellectuelles [31].

1.2.2 L'argument du mérite

Une deuxième interprétation de l'argument qui nous intéresse dans cette sous-section réside dans l'argument selon lequel le travail réalisé par l'auteur d'une œuvre « mérite » une récompense [32].

Une base assez courante des revendications de mérite se trouve dans l'idée d'effort [33]. En effet, pour être méritoire, on considère souvent que

Values in Intellectual Property", *op. cit.*, p. 878-881 (résumant la critique post-structuraliste du mythe de l'auteur-démiurge).

30. C. J. Craig, "Locke, Labour and Limiting the Authors Right : A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law", *Queen's Law Journal* 28.1 (2002), p. 35

31. Hughes mentionne une tentative de ce genre dans la jurisprudence américaine avec la doctrine de l'« apportionment », consistant à évaluer la hauteur de la contribution de certaines parties d'une œuvre au succès de celle-ci, afin d'accorder à un demandeur des dommages proportionnels à l'utilisation illicite de son œuvre par l'œuvre dérivée. D'après Hughes, cette doctrine de l'« apportionment » en droit d'auteur est généralement considérée comme posant un problème insoluble : J. Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property", *op. cit.*, p. 309-310.

32. Cf. W. W. Fisher, "Theories of intellectual property", *op. cit.* ; L. Becker, « Deserving to Own Intellectual Property », 68 Chi.-Kent L. Rev. 609 (1992-1993)

33. A. Swift, *Political philosophy : a beginner's guide for students and politicians*, Cambridge : Politiy Press, 2012 ; O. McLeod, "Desert", in : *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, mai 2002, p. 40

le travail doit être défini comme une activité déplaisante, pénible, que l'on préfèrerait éviter [34].

Cette justification de la propriété comme récompense pour l'effort réalisé par le créateur pose certains problèmes. Ainsi, tous les créateurs intellectuels ne conçoivent pas l'activité créatrice comme foncièrement déplaisante. Faudrait-il distinguer entre les auteurs pour qui l'activité créatrice nécessite un certain effort et ceux qui créent par plaisir, et considérer que seuls ces premiers sont suffisamment méritants pour être récompensés ? De même, tous les créateurs ne sont pas également doués pour ce qu'ils font : faudrait-il récompenser davantage les créateurs moins doués, pour lesquels la création requiert plus d'efforts, que ceux pour qui la création se fait sans difficulté ? Cette interprétation de l'argument du mérite parait manifestement insatisfaisante [35].

Une autre difficulté avec l'argument du mérite est sa conclusion. En effet, il n'est pas évident que la propriété soit une récompense adéquate du mérite du créateur. Pourquoi ne pourrait-on pas lui attribuer une récompense en espèce, ou une série de droits sur l'œuvre qui soient moins étendus que la pleine propriété ? [36] Dans le cas de la propriété matérielle, on pourrait justifier cette idée par le caractère rival des biens : seule la propriété pleine et entière permettrait d'en faire un usage utile. Mais ces arguments ne sont pas transposables aux biens intellectuels, par nature non rivaux. Dès lors, même s'il était fondé, l'argument du mérite ne permettrait pas de justifier un droit de propriété, mais seulement un droit à une récompense, par exemple une somme d'argent, ou une reconnaissance sociale, etc.

Plus fondamentalement, on peut critiquer la plausibilité d'un principe de distribution selon le mérite. Selon certains, l'idée de mérite est tout simplement impraticable comme critère distributif [37]. Certes, les actions réalisées par les individus ne sont pas entièrement déterminées par des caractéristiques moralement arbitraires, mais dépendent au moins en partie de décisions libres. Toutefois, même si les individus

34. J. Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property", *op. cit.*, p. 303 : « In an understanding of labor based on the notion of "avoidance," labor is defined as an unpleasant activity not desirable in and of itself and even painful to some degree. »

35. Cf. Hughes, The Philosophy of Intellectual Property, p. 11.

36. Hettinger, "Justifying Intellectual Property", *Intellectual Property* 18.1 (2007), p. 38 ; S. V. Shiffrin, "Lockean arguements for private intellectual property", *op. cit.*, p. 142

37. À l'appui de cette lecture, cf. J. Rawls, *A theory of justice*, Revised ed, Cambridge MA : Belknap Press of Harvard University Press, 1971, p. 312 : « The better endowed are more likely, other things equal, to strive conscientiously, and there seems to be no way to discount for their greater good fortune. The idea of rewarding desert is impracticable » (c'est nous qui soulignons) ; Cf. également A. Swift, *Political philosophy : a beginner's guide for students and politicians*, *op. cit.*, p. 42.

pouvaient être tenus, au moins partiellement, pour responsables de l'effort qu'ils fournissent, il est tout simplement impossible de démêler la part de libre arbitre de celle déterminée par des facteurs hors de leur contrôle. Dès lors, le mérite individuel est largement indéterminé, et est en tout cas inopérant pour fonder la distribution des avantages sociaux.

Selon Rawls, la seule place que l'on peut donner à une certaine idée de « mérite » se trouve dans la notion d'attente légitime [38] : lorsque l'on décide de mettre en place une structure d'incitants afin d'encourager les individus à agir d'une certaine manière, ceux qui ont répondu à l'incitant ont droit à la récompense promise. Mais il s'agit seulement du respect des attentes légitimes des individus dans le cadre d'institutions justes, et non d'une notion indépendante de mérite préalable à la caractérisation de ces institutions.

Dès lors, on peut réinterpréter l'argument selon lequel il faut « récompenser » les créateurs comme l'exigence de respecter les attentes légitimes des créateurs. En effet, si l'on met en place un régime d'incitation à la création, il est juste qu'ils en tirent le bénéfice qu'ils ont pu légitimement en attendre. Mais le respect qu'il convient d'accorder aux attentes légitimes des individus dans un régime de droit d'auteur ne constitue pas une justification autonome pour l'instauration d'un tel régime.

D'ailleurs, on pourrait peut-être expliquer la popularité de l'argument du mérite (en dépit de son caractère peu plausible) par une fréquente confusion avec l'argument instrumental de l'incitation à la création [39] : dans la littérature ou dans la jurisprudence, l'argument du mérite est ainsi souvent justifié en s'appuyant sur l'argument des incitants [40]. Le glissement fonctionne comme suit : des droits exclusifs justifiés par leur fonction d'incitants à la création finissent par être interprétés comme une récompense des auteurs pour leurs efforts, et des droits initialement justifiés sur une base purement utilitariste sont finalement réifiés en droits naturels ou moraux [41].

38. Cf. J. Rawls, *A theory of justice*, *op. cit.*, p. 310

39. Cf. J. Waldron, "From Authors to Copiers : Individual Rights and Social Values in Intellectual Property", *op. cit.* ; J. Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property", *op. cit.*, p. 303

40. *ibid.*, p. 303 : « In practice, however, the two not only coexist, but the instrumental argument often seems to be treated as a "proof" of the normative argument. ». On peut également remarquer ce glissement chez Merges, par exemple, lorsqu'il dit dans ses recommandations pour une théorie de la propriété intellectuelle : « Recognize and reward creative work with true legal rights (...) Acknowledge that rewarding the prosaic creator means encouraging not only individual and small team ownership, but also large corporate entities » R. P. Merges, *Justifying intellectual property*, Cambridge, Mass. : 2011, p. 289-290

41. Cf. J. Waldron, "From Authors to Copiers : Individual Rights and Social Values in Intellectual Property", *op. cit.*, p. 851, qui démontre très bien 'aspect fallacieux de ce raisonnement : « From the innocuous premise : (1) If someone is

On peut trouver un bon exemple de cette tendance dans la jurisprudence américaine, avec l'arrêt américain Mazer v. Stein :

> « The economic philosophy behind the clause empowering Congress to grant patents and copyrights is the conviction that *encouragement* of individual effort by personal gain is the best way to *advance public welfare* through the talents of authors and inventors (...) Sacrificial days devoted to such creative activities *deserve rewards* commensurate with the services rendered » [42]

On a clairement affaire ici à une confusion entre la notion d'attente légitime et celle de mérite moral : en effet, la circonstance que certains tirent un bénéfice en répondant à une incitation n'implique nullement que l'avantage leur est dû pour une autre raison que le fait qu'il leur a été promis.

Il semble donc que l'interprétation la plus plausible qu'on puisse donner à l'idée qu'il faut « récompenser » les auteurs se trouve non pas dans un droit naturel ou moral issu d'une notion indépendante de « mérite », mais plutôt dans le respect dû aux attentes légitimes issues d'une structure d'incitants. En ce sens, l'argument selon lequel les droits intellectuels constituent une récompense pour les créateurs se rapprocherait davantage d'une autre famille de justifications du droit d'auteur, les justifications utilitaristes, que nous discuterons plus bas (cf. *infra*, chapitre II).

1.3 L'extension de la propriété de soi dans son œuvre

Une tentative a priori beaucoup plus prometteuse d'élaborer un argument propriétarien en faveur de la propriété intellectuelle est celle qui se fonde dans la propriété de soi de l'auteur. Comme l'auteur est propriétaire de ses idées ou de ses pensées, dès lors que celles-ci ont été mêlées à une œuvre intellectuelle, sa propriété de soi s'étendrait également à cette œuvre. Cet argument permettrait de répondre à l'objection de Nozick sur l'argument du « mélange du travail » : la propriété de soi étant inaliénable, si elle est véritablement mêlée à une œuvre intellectuelle, elle ne peut que s'étendre, et non s'éteindre.

morally deserving, then it is appropriate to reward him ; we fallaciously infer : (2) If it is appropriate to reward someone, then that person must be morally deserving. And from (2) together with : (3) It is appropriate to reward authors ; we can infer : (4) Authors are morally deserving. »

42. United States Supreme Court, Mazer v. Stein, 347 U.S. 201 (1954) (nous soulignons), cité par J. Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property", *op. cit.*, p. 303. Hughes remarque également que lorsque l'argument du mérite est invoqué dans la jurisprudence américaine, c'est généralement en tant qu'accessoire à l'argument instrumental de l'incitation à la création.

Cette théorie a fait l'objet d'une vive et instructive controverse à la fin du XIXe siècle parmi les auteurs libertariens autour de la revue américaine *Liberty*[43]. On peut qualifier les deux positions en présence d'« extensionniste », et « anti-extensionniste », en référence à leurs points de vue sur la question de l'extension de la propriété de soi sur les objets extérieurs.

Les partisans de la position extensionniste soutiennent que la propriété que l'on a sur ses pensées ou sur ses idées (découlant de sa propriété de lui-même, ou d'un argument fondé dans le travail) peut s'étendre aux objets extérieurs. Pour eux, la propriété intellectuelle est fondée dans le droit naturel, et doit donc recevoir la même protection que n'importe quel autre droit de propriété[44].

La position extensionniste conduit à des conclusions assez extrêmes, mais tout à fait cohérentes. L'extension de la propriété sur ses idées en dehors de son esprit implique le droit de s'opposer à leur usage par autrui. Ainsi, selon le philosophe anarcho-capitaliste Lysander Spooner : « So absolute is an author's right of dominion over his ideas that he may forbid their being communicated even by human voice if he so pleases »[45]. Un principe qui sera appliqué à la lettre par Galambos, auteur libertarien du milieu du XXe siècle qui, selon l'anecdote, faisait signer un accord de confidentialité à ses étudiants, leur interdisant de disséminer ses idées[46], et introduisant une pièce dans une tirelire chaque fois qu'il utilisait le mot « liberté », en guise de *royalties* aux héritiers de Thomas Paine[47].

Dans le camp opposé, les anti-extensionnistes, dont font partie Benjamin Tucker et James L. Walker, respectivement éditeur et principal rédacteur de la revue *Liberty*, s'opposent vigoureusement aux prémisses de l'approche extensionniste. Ils considèrent que soutenir des droits sur les œuvres de l'esprit conduirait à soutenir une atteinte à la propriété de soi comparable à une forme d'esclavage. Comme le résume McElroy : « if the poet claims ownership to the pattern of words in his listener's head, this reduces to a form of slavery since the ownership claim is over an aspect of the listener's body : namely, his mind, his knowledge. Such

43. Comme le rapporte l'excellent compte-rendu par W. McElroy, "Intellectual Property : The Late Nineteenth Century Libertarian Debate", *Libertarian Heritage* 14 (1995)

44. *ibid.*

45. L. Spooner, *The Law of Intellectual Property ; or An Essay on the Right of Authors and Inventors to a Perpetual Property in their Ideas*, Boston : Bela Marsh, 1855, p. 125.

46. Au point qu'il est difficile de trouver des sources citant ou discutant ses théories, comme le note S. Kinsella, *Against intellectual property*, *op. cit.*, p. 16, note 30.

47. En effet, Galambos attribuait à Paine « l'invention » du mot 'liberty'. S. Kinsella, Against Intellectual Property, p. 27 ; McElroy, 1995.

a claim is comparable to saying you own the blood in someone else's arm » [48]. Un droit de propriété intellectuelle permettrait à son titulaire de s'opposer non seulement à l'usage par d'autres de leurs propres biens (comme l'exemplaire de l'œuvre, un papier ou un stylo), mais également à l'usage de leurs propres corps : l'auteur d'un poème pourrait s'opposer à sa récitation, l'auteur d'une chorégraphie pourrait interdire de réaliser certains pas de danse [49], etc. Plus grave encore, reconnaitre un droit de propriété sur une œuvre reviendrait à reconnaitre à son auteur un droit de propriété sur ce qui se trouve dans l'esprit de ses lecteurs [50]. Autant d'atteintes inacceptables à la propriété de soi.

Comme leurs adversaires, les anti-extensionnistes admettent sans hésitation le contrôle absolu dont jouit un individu sur une idée dans son esprit. Ils n'ont donc aucun problème à reconnaitre la légitimité de ce que le droit positif qualifie de droit de divulgation.

Mais contrairement aux extensionnistes, ils considèrent qu'une fois qu'un individu communique son idée au public, il renonce nécessairement à ce contrôle. Ce n'est pas qu'il renonce à un prétendu droit sur cette idée, car un tel droit n'a jamais existé [51] : le contrôle dont il jouit sur l'idée non divulguée, il le doit à son droit de propriété sur son propre corps, qui s'oppose à ce que quiconque lui en extorque le contenu, par l'intimidation ou par la force. De même, le contrôle dont il jouit sur le manuscrit [52] non publié, il le doit à son droit de propriété sur l'exemplaire matériel (pour autant que l'œuvre ait été réalisée sur un support lui appartenant). Mais dès lors qu'il décide de communiquer son idée au public ou de publier son manuscrit, il cesse de bénéficier du contrôle que lui conférait la propriété sur ses pensées ou la propriété matérielle des exemplaires de son œuvre [53].

En effet, même si l'on admettait que les œuvres ou les idées constituent des extensions de la personne de leur auteur, cela ne suffirait toujours pas pour reconnaitre à celui-ci un droit exclusif sur l'usage de tous les exemplaires de l'œuvre après publication. On peut illustrer ce point par une analogie développée par Shiffrin [54] : imaginons une per-

48. W. McElroy, "Contra Copyright, Again", *Libertarian Papers* 3.12 (2011), p. 7.

49. T. G. Palmer, "Harvard journal law & public policy", *Intellectual Property* 13.3 (1990), p. 827-828.

50. Cf. W. McElroy, "Contra Copyright, Again", *op. cit.*, p. 4.

51. « Tucker was clear : by publishing his work, an author or inventor did not relinquish his right to it for there was no right to begin with », W. McElroy, *The Debates of Liberty : An Overview of Individualist Anarchism, 1881-1908*, Oxford : Lexington Books, 2003, p. 87.

52. Ou, d'une manière plus générale, tout support physique d'une œuvre.

53. Cf. W. McElroy, *The Debates of Liberty : An Overview of Individualist Anarchism, 1881-1908*, *op. cit.*, p. 87.

54. S. V. Shiffrin, "Lockean arguements for private intellectual property", *op. cit.*, p. 165.

sonne qui laisse pousser ses cheveux afin de les couper et de les jeter aux quatre vents. Est-il plausible de soutenir qu'après les avoir éparpillés en public, cette personne disposerait encore d'un droit d'interdire aux passants de les toucher ou de les utiliser ?

> « Of course, when the hair is still attached to the body, there are reasons associated with the values underlying self-ownership to permit the owner to restrict access to it, to protect his or her autonomy and physical security. Such reasons hold even if the attached hair has been fashioned into an artwork or sculpture that others might appreciate. But once a person has deliberately separated from his or her products, it is harder to believe that the right to self-ownership grants rights to continue to control these things. » [55]

Attas critique l'analogie choisie par Shiffrin, en pointant que la signification sociale associée à chacune de ces situations diffère : « Deliberately throwing my hair on the ground in public view might be conventionally considered relinquishing title to my hair. But publishing my ideas can hardly be considered so » [56]. L'objection ne nous parait toutefois pas convaincante : en effet, s'il est plausible que la publication d'une œuvre ne serait généralement pas considérée comme signifiant l'abandon du contrôle de l'auteur, ce n'est que parce que nous présupposons l'existence d'un régime de droits intellectuels. Mais la justification d'un tel régime est précisément ce qui est en cause ici. Dans une société peu familière avec un tel régime juridique, il est vraisemblable que la publication ne serait pas considérée autrement que comme une forme d'abandon [57]. C'est d'ailleurs ce que laisse entendre Thomas Jefferson, dans un passage devenu célèbre : « If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself ; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it » [58]. De même, lors du débat sur la légitimité du droit d'auteur en France au XIXe siècle, des personnalités comme

55. *ibid.*, p. 165.

56. D. Attas, "Lockean Justifications of Intellectual Property", *op. cit.*, p. 40.

57. Cf. A. D. Moore, "Personality-Based, Rule-Utilitarian, and Lockean Justifications of Intellectual Property", *The Handbook of Information and Computer Ethics* 21 (2008), sous la dir. de K. E. Himma & H. T. Tavani, p. 109 : « Rather than establishing property claims to such works, perhaps we should view this as an abandonment of personality » ;

58. T. Jefferson, Lettre à Isaac McPherson, 1813, http ://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1_8_8s12.html Dans cette lettre, Jefferson s'oppose fermement à l'idée d'une propriété intellectuelle issue du droit naturel, mais n'exclut pas un régime de droits exclusifs justifié de manière instrumentale.

Proudhon [59], Louis Blanc [60], Victor Hugo [61], ou même Le Chapelier [62], soutenaient également que par la publication, l'auteur abandonnait son œuvre à la société et au domaine public [63].

Si l'on adopte un point de vue interne à l'approche libertarienne, il nous semble que c'est la position anti-extensionniste qui est la plus convaincante. Il parait en effet paradoxal de soutenir un droit de propriété sur ses pensées et ses idées qui soit si étendu qu'il revienne à un droit de s'opposer à l'usage que d'autres individus font de leur corps ou de leur propriété, du simple fait que ceux-ci ont été exposés (peut-être malgré eux) à la connaissance de cette idée. Comme si un homme pouvait parader dans la rue en récitant des poèmes à tue-tête, et imposer aux passants ou bien de rester chez eux, ou bien de souffrir un droit de propriété du poète sur le contenu de leurs pensées [64]. En quelque sorte, la thèse de l'extension du droit de propriété de soi du créateur dans son œuvre conduit à nier la propriété de soi d'autrui, une conclusion inacceptable d'un point de vue libertarien.

Par contre, la position anti-extensionniste n'implique pas un rejet pur et simple de toute possibilité pour les auteurs ou les éditeurs de protéger leur commerce. Ainsi, nous avons vu que les anti-extensionnistes reconnaissaient à l'auteur le droit de divulguer ou non une œuvre, en vertu de sa propriété sur son corps et sur l'exemplaire original de l'œuvre. Dès lors, ce droit implique également celui de divulguer une œuvre sous certaines conditions, et donc de se réserver un certain nombre de prérogatives :

59. Cf. D. D. Sagot-Duvauroux, *La propriété intellectuelle c'est le vol ! les majorats littéraires et un choix de contributions au débat sur le droit d'auteur au XIXe siècle*, *op. cit.*, p. 20.

60. Cf. *ibid.*, p. 22.

61. « Avant la publication, l'auteur a un droit incontestable et illimité. (...) Mais dès que l'œuvre est publiée l'auteur n'en est plus le maître. C'est alors l'autre personnage qui s'en empare, appelez-le du nom que vous voudrez : esprit humain, domaine public, société », V. Hugo, *Actes et paroles, vol. 3, Depuis l'exil*, Paris : Hetzel, 1880, p. 93

Notons toutefois que Victor Hugo est sans doute une des figures les plus ambigües du débat sur le droit d'auteur : ainsi, non seulement il alliait cette défense fervente du domaine public à un soutien sans faille de la propriété littéraire, mais il était également partisan de l'introduction d'un « domaine public payant », une proposition qui pourrait s'interpréter en fait comme « un obstacle à la libre utilisation des œuvres relevant du domaine public » (S. Dusollier, *Étude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, rapp. tech., Genève : OMPI, 2010, p. 45).

62. Cf. *supra*, note 63 page 28.

63. Ce qui n'empêche pas certains d'entre eux de soutenir que la loi positive peut très bien accorder un droit temporaire à l'auteur sur l'exploitation de son œuvre.

64. Nous nous inspirons ici de l'analogie avancée par Tucker, citée par Cf. W. McElroy, "Contra Copyright, Again", *op. cit.*, p. 7-8

> « If any person wishes to live by imparting his ideas in exchange for labor, I have nothing to say against his doing so and getting cooperative protection without invading the persons and property of myself and my allies (...) Mr. Spencer [65] is welcome to all the property in ideas that he can erect and maintain without government. No one can speak or write, and yet have the same advantage as if he were silent (...) But whatever he can do by contract, cooperation, and boycotting (...) let him do so at his pleasure. » [66]

Cette suggestion ouvre la possibilité d'une solution originale pour l'approche propriétarienne, face à l'impasse des justifications de la propriété intellectuelle par l'argument du mélange du travail, de la récompense du travail de l'auteur, ou de l'extension de sa propriété de soi. Plutôt que de chercher à défendre un droit à la propriété intellectuelle en tant que tel, une solution alternative consisterait à prendre comme point de départ la propriété du support original de l'œuvre, pour construire une forme de quasi-droit d'auteur de nature contractuelle. Nous examinerons cet argument plus loin (*infra*, 1.5).

1.4 La propriété dérivée de la première occupation

S'il ne semble pas possible d'accorder de droits particuliers à l'auteur d'une œuvre en tant que travailleur, ni à l'auteur en tant que qu'individu propriétaire de lui-même et des extensions de son corps, ne pourrait-on pas dire que l'auteur, en tant que « premier occupant » de l'œuvre, a acquis sur celle-ci un titre légitime de propriété ? [67]

Cet argument se fonde sur le principe dit de la première occupation (« first occupancy »), souvent invoqué dans les discussions sur l'appropriation originelle [68] qui consiste à dire que « la propriété d'une chose

65. Herbert Spencer, philosophe libéral anglais du XIXe siècle, partisan d'un droit de « propriété incorporelle » sur le produit de son imagination ; cf. H. Spencer, *Principles of Ethics*, Indianapolis : Liberty Fund, 1978, vol II, p. 121

66. James L. Walker, cité par W. McElroy, *The Debates of Liberty : An Overview of Individualist Anarchism, 1881-1908*, *op. cit.*, p. 86

67. M. Buydens, *La propriété intellectuelle évolution historique et philosophique*, *op. cit.*, p. 344-345, citant l'invocation de cette justification par la première occupation par Diderot, et surtout l'exposition assez exemplaire par l'abbé Pluquet, dans le cadre de la querelle des libraires parisiens au XVIIIe siècle :

> « Or, quand j'ai composé un livre, je suis dans le cas de la première occupation, sinon pour la matière, au moins par la manière de la traiter ; c'est un champ que j'ai le premier ensemencé, auquel j'ai fait porter les fruits : le débit, si je puis parler ainsi, m'en appartient donc »

68. Pour rappel, la question de l'appropriation originelle est la question de la naissance des droits de propriété sur un objet.

revient à celui qui en est le premier occupant ». Autrement dit, selon la formule attribuée à Kirzner : « finders, keepers », c'est-à-dire « premier arrivé, premier servi » [69]. Certes, la légitimité de l'appropriation originelle sera généralement soumise à certaines conditions, comme le respect de la « clause lockéenne », mais nous laisserons cette question de côté pour le moment (cf. *infra* section 2), pour nous concentrer sur la première occupation comme justification positive de l'appropriation.

On considère généralement que la première occupation découle de la possession [70]. Toutefois, dans le contexte de la création intellectuelle, on rencontre souvent une variante de ce principe, l'idée que la première occupation découle de la création (« creators, keepers »), par laquelle nous commencerons.

1.4.1 L'occupation par la création, ou « creators, keepers »

Dans le cas de la propriété intellectuelle, on pourrait considérer que la création constitue une première occupation, qui légitime dès lors l'appropriation. Un passage d'*Anarchy, State and Utopia* de Robert Nozick semble autoriser une lecture en ce sens :

> « Whoever makes something, having bought or contracted for all other held resources used in the process (transferring some of his holdings for these cooperating factors), is entitled to it. The situation is not one of something's getting made, and there being an open question of who is to get it. Things come into the world already attached to people having entitlements over them » [71]

Si l'on suit le raisonnement de Nozick, il faudrait considérer que la création d'une chose s'accompagnerait automatiquement d'un titre de propriété. Autrement dit : « creators, keepers ». Un tel principe pourrait constituer un argument puissant pour soutenir que la création d'une œuvre intellectuelle constitue une première occupation justifiant l'appropriation de l'œuvre par l'auteur.

Cet argument contribue probablement pour beaucoup à la force intuitive de l'idée que créateur possède une revendication particulièrement légitime à la propriété de l'œuvre. Toutefois, la pertinence de la création comme justification de l'appropriation est éminemment discutable.

69. La paternité de cette formule dans le contexte des théories de l'appropriation est difficile à établir. Outre chez Kirzner (cf. P. Van Parijs & C. Arnsperger, *Éthique économique et sociale*, *op. cit.* p. XX), on la retrouve déjà chez Rothbard, qui l'attribue lui-même à Henry Olivier. Cf. M. Rothbard, *Man, Economy, and State*, 2e éd., Auburn, ALA : L. von Mises Institute, Auburn University, 2009, p. 1355.

70. S. Kinsella, *Against intellectual property*, *op. cit.*, p. 38

71. R. Nozick, *Anarchy, state and utopia*, *op. cit.*, p. 160

À y regarder de près, il semble que la création ne soit ni une condition suffisante, ni même une condition nécessaire pour l'appropriation. Nous illustrerons ce point en partant du contexte de la propriété matérielle. En effet, pour être plausible, une théorie de l'appropriation devrait en principe être généralisable à n'importe quel domaine.

Or, si l'on essaie de transposer cette idée de l'appropriation par la création à la propriété matérielle, on se retrouve confronté à un certain nombre de difficultés. Tout d'abord, il faut reconnaitre que la création n'est pas une condition suffisante pour l'appropriation. Si je crée un outil à partir de matériaux appartenant à quelqu'un d'autre, je ne m'approprie pas l'outil créé : je commets un vol [72]. C'est pourquoi Nozick ajoute que la création d'un objet doit se faire à partir de matériaux légitimement acquis (« Whoever makes something, *having bought or contracted for all other held resources used in the process* » [73]).

Mais il semble également que la création ne constitue même pas une condition *nécessaire* à l'appropriation. En effet, bon nombre d'exemples paradigmatiques d'appropriation originelle ne s'interprètent pas comme des créations : seuls quelques-uns des cas cités par Locke pourraient être qualifiés de « créations » (comme les terres cultivées, le pain, les vêtements, les briques, etc.) ; tous les autres cas envisagés portent sur le résultat de la cueillette ou de la chasse (des glands, des pommes, du bois, l'herbe mangée par mon cheval, l'eau tirée d'une rivière, le gibier de chasse, les poissons pêchés, etc [74]), qui correspondent plutôt à des hypothèses de possession que de création. Pourrait-on dire que le simple fait de cueillir ou de collecter des ressources naturelles, sans les incorporer à un objet nouveau, ne donnerait pas lieu à un droit de propriété ? Cela paraitrait contre-intuitif : un pâtissier ne possèderait aucun droit de propriété sur les pommes qu'il a cueillies avant d'en avoir fait des tartes, et donc aucune garantie que l'on ne vienne les lui chaparder avant qu'il se soit mis à l'ouvrage [75].

De plus, même dans les hypothèses impliquant un acte de création, il semble que ce ne soit pas la création qui génère le titre de propriété. Ce n'est pas la confection de la tarte qui en donne la propriété au pâtissier,

72. Cf. S. Kinsella, *Against intellectual property*, *op. cit.*, p. 37-38 ; A. J. Simmons, "Maker's Right", *op. cit.*, p. 217

73. R. Nozick, *Anarchy, state and utopia*, *op. cit.*, p. 160

74. Cf. Simmons, p. 16-17.

75. A. J. Simmons, "Maker's Right", *op. cit.*, p. 216 ; S'il on suit Simmons, il parait clair en tout cas que chez Locke l'appropriation est justifiée par autre chose que la « création ». Pour Locke, seul Dieu accomplit un acte de création, en créant le monde ; ailleurs, il remarque que pas plus qu'un homme ne peut créer de la matière, il ne peut créer des idées *ex nihilo*, les idées élémentaires n'étant que le résultat de l'expérience du monde extérieur. Bien entendu, ces considérations exégétiques n'ont d'intérêt que pour les théories qui aspirent à une certaine fidélité au texte de Locke.

mais la juste acquisition des ingrédients. De même, si le propriétaire d'une ferme dispose d'un droit de propriété sur les veaux engendrés ce n'est évidemment pas l'acte de création (qui n'est pas de son fait), mais la juste acquisition de ses vaches et taureaux, qui s'étend à leurs semences et donc à leur progéniture.

Dès lors, il semble que même dans le cadre de la citation de Nozick citée en début de cette section (« Whoever makes something, having bought or contracted for all other held resources used in the process (...), is entitled to it »), la création n'est pour rien dans l'appropriation : c'est le principe de juste transfert ou d'acquisition originelle qui réalisent tout le travail.

On peut dès lors conclure que, n'étant ni nécessaire ni suffisante pour l'appropriation, la création ne permet pas de justifier l'appropriation.

En outre, même si l'on admettait un principe alternatif d'occupation par la création, en acceptant d'y voir autre chose qu'un argument *ad hoc*, sa conclusion s'exposerait encore aux objections que nous avons évoquées lors de la discussion de l'argument de l'extension de la propriété de soi de l'auteur dans son œuvre. Peut-on admettre qu'un auteur dispose d'un droit de propriété sur les pensées de ses lecteurs, sans violer leur propriété de soi ? Ou bien l'auteur n'est-il pas plutôt dans la même position que celui qui ouvre son portefeuille et jette délibérément les billets de banque aux quatre vents ? [76]

1.4.2 L'occupation par la possession

Selon Kinsella, si la création passe parfois pour une cause légitime de l'appropriation, c'est seulement parce qu'elle constitue une preuve de la première occupation par la possession [77]. Il nous faut donc considérer si un principe de première occupation fondé non pas dans l'acte de création, mais dans la possession, constitue une justification plus convaincante de l'appropriation originelle des œuvres intellectuelles. [78]

Ce principe de première occupation par la possession peut découler du respect dû à la propriété qu'a un individu sur sa propre personne [79].

76. Cf. l'analogie avancée par S. V. Shiffrin, "Lockean arguements for private intellectual property", *op. cit.*, p. 165, citée *supra* 1.3, et que nous adaptons ici hors du contexte de la propriété de soi.

77. S. Kinsella, *Against intellectual property*, *op. cit.*, p. 38. Toujours selon Kinsella, il en va de même du mélange du travail à un objet : c'est seulement dans la mesure où le mélange du travail constitue un indice de la première occupation par possession qu'il peut s'avérer pertinent pour la question de l'appropriation originelle.

78. Cf. *ibid.*

79. Pour un argument similaire, cf. Waldron : « Maybe the idea of First 'Occupancy' is a way of presenting an elementary libertarian justification for the view that the sheer physical possession of goods by individuals ought not to be dis-

Lorsqu'un premier occupant entre en possession d'une ressource, il manifeste clairement aux autres qu'il se l'approprie, créant une sorte de fait accompli. Si un second arrivant avait l'intention d'entrer malgré tout en possession de la chose, il devrait recourir à la force. Or un principe d'acquisition qui admettrait l'appropriation par la force serait contraire au principe de non-agression (découlant de la propriété de soi) [80].

Une seconde justification potentielle du principe de la première occupation réside dans le droit à l'autonomie des individus (« the right to self-governement »), et en particulier leur capacité de réaliser leurs projets [81]. En effet, le contrôle exclusif d'une chose est souvent nécessaire à la réalisation par les individus de certains plans et projets. Dès lors, si l'on veut respecter l'autonomie des individus, il faudrait leur reconnaitre un droit de propriété sur les objets dont ils sont entrés en possession. Mais le droit à l'autonomie reconnu à un individu doit être compatible avec un droit égal pour tous les autres individus. Donc tenter de s'accaparer un bien qu'un individu, par son action, a déjà destiné à la réalisation d'un projet donné serait lui dénier son droit à l'autonomie [82]. Cela reviendrait à retirer le pain de la bouche d'un mangeur, en lui déniant le droit de se nourrir.

En supposant que l'on admette ce principe, justifié d'une manière ou d'une autre, quelles seraient les conditions pour qu'il y ait occupation par la possession ? Il parait nécessaire que l'occupation soit effective, et non purement déclarative [83]. Si l'on admettait les simples déclarations verbales comme suffisantes pour s'approprier n'importe quel

turbed : the first person to take possession of a resource does so ex hypothaesi, without pushing others aside, and, unless he voluntarily relinquishes that possession, he is the one who must be pushed aside by second and subsequent occupiers. » J. Waldron, *The right to private property*, *op. cit.*, p. 285.

80. Cf.S. Kinsella, *Defending Argumentation Ethics : Reply to Murphy & Callahan*, 2002, url : http://www.anti-state.com/article.php?article_id=312 (visité le 02/09/2014), suivant H.-H. Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism*, Kluwer 1989.

81. Cf. A. J. Simmons, *The Lockean Theory of Rights*, Princeton University Press, 1992, p. 275. Dans le même sens, voyez J. Waldron, *The right to private property*, *op. cit.*, p. 286 : « Another gloss on First Occupancy is the idea, put about by Hume and Bentham, that the man who first takes a resource into his possession will hope and expect to continue in that possession and to be able to use and enjoy the resource on a long-term basis,' and that this natural expectation ought to be respected. ».

82. A. J. Simmons, *The Lockean Theory of Rights*, *op. cit.*, p. 275.

83. Cf. S. Kinsella, *Defending Argumentation Ethics : Reply to Murphy & Callahan*, *op. cit.* ; Voyez également ce passage de J.-J. Rousseau, *Du Contrat Social*, UQAC, Les classiques des sciences sociales, 1762, livre I, chapitre ix :

> « En général, pour autoriser sur un terrain quelconque le droit de premier occupant, il faut les conditions suivantes : (...) en troisième lieu, qu'on en prenne possession, non par une vainc cérémonie, mais par le travail et la culture, seul signe de propriété qui, à défaut de titres juridiques, doive être respecté d'autrui. »

objet, on serait vite confronté à une multitude de prétentions contradictoires et impossibles à départager [84]. Comme le note Rousseau, ironisant sur les revendications de propriété par les puissances européennes sur le Nouveau Monde : « Sur-ce pied-là (...) le roi catholique n'avait tout d'un coup qu'à prendre possession de tout l'univers, sauf à retrancher ensuite de son empire ce qui était auparavant possédé par les autres princes » [85].

Deux conditions semblent donc nécessaires à la possession : non seulement une intention, mais au moins également une présence physique [86]. C'est en cela que le mélange du travail dans un objet, ou le fait d'amener un objet dans sa sphère d'action, satisfont aux conditions requises pour qu'il y ait occupation.

Ce principe de la première occupation par la possession (en lieu et place de la création) peut-il servir à justifier la propriété intellectuelle de l'auteur d'une œuvre ? Il semble que la transposition de ce principe dans le domaine intellectuel soulève de sérieuses difficultés.

Tout d'abord, si l'on définit la possession comme la maitrise, la disposition effective d'une chose, un auteur peut certes « posséder » une œuvre non divulguée, en la gardant au secret de son esprit, ou en contrôlant l'ensemble des exemplaires matériels ; mais lorsque l'œuvre est divulguée au public, celle-ci échappe nécessairement à la maitrise ou à la disposition effective de son auteur, celui-ci ne pouvant en effacer le souvenir dans l'esprit du public. Dès lors, la revendication par l'auteur de l'occupation d'une œuvre divulguée ne pourrait être que purement déclarative.

Une autre difficulté avec l'argument de l'occupation par la possession est que ni le contrôle exclusif ni la possession ne sont normalement requis pour permettre l'utilisation d'une œuvre par un individu dans ses plans et projets. En effet, les œuvres intellectuelles sont des biens non rivaux, dont la jouissance par une personne n'affecte pas celle d'autrui. Il n'est donc pas nécessaire, pour reconnaitre la capacité d'un individu à réaliser ses plans et projets, de lui accorder un droit d'exclure autrui de l'usage d'une œuvre intellectuelle.

Gordon s'oppose à cet argument :

> « Copying can harm important interests even if the copying does not deprive the creator of physical use of her creation. For example, if someone creates music not only

84. L. C. Becker, *Property Rights : Philosophic Foundations*, Routledge et K. Paul, 1977, p. 26

85. J.-J. Rousseau, *Du Contrat Social*, *op. cit.*, livre I, chapitre ix. Cf. L. C. Becker, *Property Rights : Philosophic Foundations*, *op. cit.*, p. 26

86. *ibid.*, p. 26

> for the sake of listening to it herself, but also for the purpose of feeding herself by selling the royalties to it, she can be harmed by a bootleg copyist as severely as if he took the physical sheet music out of her den or stole the food she had bought » [87]

Merges avance un argument similaire :

> « If I copy a work you created, you may be harmed even though you may still use your copy. My use may not take the information out of your hands ; but it may take some money out of your pocket. And this I must not do if it would interfere with your ability to flourish – with your right to exploit the things you have improved with your labor » [88]

Certes, dans un régime où chacun est libre de reproduire et redistribuer les œuvres intellectuelles, les aspirations des auteurs désireux de percevoir une rente de monopole sur la distribution de l'œuvre pourraient être affectées. Mais le respect de la capacité d'un individu de réaliser des plans et projets n'implique pas que toutes les aspirations soient forcément garanties. Un pâtissier peut aspirer à faire du profit en vendant des tartes aux pommes, et ne pas y parvenir en raison d'une trop forte concurrence. Or il parait difficile de soutenir que le respect dû à la personne du pâtissier nécessite qu'on lui accorde un monopole sur la vente de tartes aux pommes, afin de garantir ses aspirations à faire du profit. Une telle conclusion entrerait en contradiction avec le respect qui est dû aux autres personnes, à leur propriété sur elles-mêmes et sur leurs biens, et à la réalisation de leurs propres projets et plans de vie.

Cela ne veut pas dire qu'un auteur ne peut pas mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour retirer un bénéfice d'une œuvre, notamment en tirant parti du contrôle qu'il exerce sur les exemplaires initiaux afin de signer des accords contractuels lui réservant une rémunération, voire un contrôle exclusif sur la distribution de copies (comme nous allons le voir *infra,* 1.5). Mais lorsque le caractère non rival d'un bien permet son utilisation simultanée par plusieurs individus sans porter atteinte à la propriété de chacun sur sa propre personne, le principe de première occupation ne fonde aucune prétention valable à revendiquer le droit d'exclure autrui de son utilisation.

87. W. J. Gordon, "A Property Right in Self-Expression : Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property", *op. cit.*, p. 1548.
88. R. P. Merges, *Justifying intellectual property*, *op. cit.*, p. 41

1.5 Un droit dérivé de la propriété du support original de l'œuvre

Enfin, une dernière stratégie propriétarienne pour développer une justification positive du droit d'auteur consiste à admettre que l'auteur n'a en principe pas d'autre droit sur son œuvre que le droit de propriété du support original, et de développer les implications de ce droit.

Comme nous l'avons vu [89], il n'est pas difficile de justifier d'un point de vue propriétarien le contrôle du créateur sur l'exemplaire original de l'œuvre, et notamment le droit de décider de la communiquer au public, ce que le droit positif qualifie de « droit de divulgation ». En effet, on peut facilement faire dériver ce droit de la propriété matérielle : tant que l'œuvre n'a pas encore été divulguée, l'auteur est le seul à pouvoir décider de reproduire ou communiquer l'œuvre au public, en vertu de son droit de propriété matérielle sur l'exemplaire existant de l'œuvre. Si quelqu'un s'empare du manuscrit d'un écrivain pour le publier, il commet tout simplement un vol. Même si l'on n'adhère pas à une approche propriétarienne de la justice, on pourra aisément admettre cet argument.

On peut néanmoins pousser cet argument bien au-delà de sa conclusion consensuelle. C'est ce qu'a tenté de faire l'auteur libertarien Murray Rothbard, dans une intéressante discussion d'un régime de protection de droits sur les œuvres qui ne passent pas par la reconnaissance de droits de propriété intellectuelle. Selon Rothbard, on peut faire dériver une réservation par l'auteur de certaines prérogatives sur l'œuvre à partir de la prérogative fondamentale qu'est la propriété matérielle sur les exemplaires initiaux de l'œuvre. Rothbard présente deux arguments en ce sens [90] : la réservation par clause contractuelle, et une variante portant sur la réservation par un démembrement de la propriété matérielle, que nous traiterons plus brièvement.

1.5.1 La réservation par clause contractuelle

Selon la théorie libertarienne de Rothbard, si une pratique est incompatible avec le marché libre, alors celui-ci l'interdira ; dans le cas

89. Cf. *supra* 1.3.

90. En effet, en dépit des formulations parfois ambigües adoptées par Rothbard, on peut distinguer deux arguments : l'argument initial qu'il expose dans Man, Economy and the State, reposant uniquement sur une base contractuelle, et celui qu'il présente dans The Ethics of Liberty, fondé en partie dans le démembrement du droit de propriété. Sur cette distinction, nous suivons T. G. Palmer, 2005, p. 852, note 137.

contraire, son interdiction constitue une intervention étatique dans le marché libre (illégitime, bien entendu) [91].

Dès lors, il n'est pas besoin de lois sur le droit d'auteur. Dans un marché parfaitement libre, les auteurs pourraient protéger leurs œuvres par un mécanisme purement contractuel :

> « A man writes a book or composes music. When he publishes the book or sheet of music, he imprints on the first page the word « copyright. » This indicates that any man who agrees to purchase this product also agrees as part of the exchange not to recopy or reproduce this work for sale. In other words, the author does not sell his property outright to the buyer ; he sells it on condition that the buyer not reproduce it for sale. Since the buyer does not buy the property outright, but only on this condition, any infringement of the contract by him or a subsequent buyer is implicit theft and would be treated accordingly on the free market » [92]

Les prémisses de l'argument paraissent assez solides. Il est vrai que si l'auteur a le droit de divulguer ou non son œuvre, il a aussi le droit de la distribuer seulement sous certaines conditions. Selon Rothbard, cela pourrait passer par la mention du terme « copyright » sur la première page d'un livre, qui ferait ainsi office de contrat d'adhésion, auquel l'acquéreur est supposé avoir consenti du fait de l'achat d'un exemplaire de l'œuvre.

Une première objection qui pourrait être faite à un tel régime porte sur le consentement de l'acquéreur de l'œuvre. Peut on vraiment présumer le consentement aux conditions contractuelles du simple fait de la mention du terme « copyright » ?

Toutefois, l'objection ne parait pas entièrement concluante. Ainsi on admet généralement, en droit des contrats, que des conditions standards puissent être intégrées à un contrat en raison de la pratique constante des acteurs (par exemple de l'interprétation courante de la mention « copyright » comme signifiant « interdiction de reproduire ou communiquer au public »). Néanmoins, pour assurer l'applicabilité des réservations de nature contractuelle, on pourrait exiger que les conditions d'utilisation soient exposées explicitement à l'acquéreur. Il s'agit d'une concession

91. Cf. M. Rothbard, *Man, Economy, and State*, *op. cit.*, p. 747 : « the acid test by which we judge whether or not a certain practice or law is or is not consonant with the free market is this : Is the outlawed practice implicit or explicit theft ? If it is, then the free market would outlaw it ; if not, then its outlawry is itself government interference in the free market »

92. *ibid.*, p. 747 ; Pour une discussion de cet argument, voyez W. J. Gordon, "An Inquiry into the Merits of Copyright : The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory", *op. cit.*, p. 1416-1421.

que les partisans d'un régime de quasi-droit d'auteur de nature contractuelle peuvent facilement admettre.

Cette solution parait d'autant moins problématique qu'elle correspond à une pratique assez fréquente dans le domaine des logiciels (et de plus en plus souvent dans celui des œuvres numériques) : les œuvres sont souvent distribuées avec des licences « privatives », qui réservent à l'auteur la plupart des droits d'usage sur l'œuvre. La jurisprudence a généralement admis l'opposabilité de ces licences privatives [93].

On pourrait, de nouveau par prudence, considérer que pour fonder un tel régime de droits intellectuels de nature contractuelle, il conviendrait d'imposer des conditions de consentement plus strictes que ce qu'exige la jurisprudence sur les licences privatives.

Mais l'objection la plus décisive à un tel régime de droit d'auteur de nature contractuelle réside dans une autre limite de l'outil contractuel : le principe de la relativité des effets internes du contrat. Si les droits de propriété sont opposables à toute personne (*erga omnes*), les obligations découlant d'un contrat ne sont opposables qu'entre parties contractantes (*inter partes*).

Dès lors, qu'adviendrait-il si quelqu'un trouvait dans la rue un exemplaire égaré ? [94] Peut-on présumer que la personne qui a trouvé le livre est également liée par ces conditions contractuelles, du simple fait de leur mention en première page ? On pourrait à tout le moins considérer qu'il aurait quelques difficultés à prétendre qu'il n'avait pas connaissance des obligations liant le précédent acquéreur du livre. Mais considérons une autre situation hypothétique : un acquéreur du livre déchire la première page et transmet son exemplaire à un tiers, en omettant (sciemment ou non) de communiquer les conditions contractuelles imposées par l'auteur. Vis-à-vis de l'acquéreur initial, l'auteur dispose évidemment d'une action pour violation de ses obligations contractuelles. Mais l'auteur disposerait-il d'une quelconque action à l'encontre du tiers qui, de bonne foi, considère qu'à défaut de conditions restrictives, il est libre de reproduire ou réutiliser l'exemplaire d'une œuvre qui est arrivé en sa possession ?

Dans le cas de licences privatives appuyées sur un régime de droit d'auteur, le problème de l'opposabilité aux tiers est assez simple à résoudre : en effet, dans un tel régime, la règle par défaut prévue par le

93. Cf. *infra*, partie III, chap. I, section 2.

94. Cette objection est notamment formulée par Nozick, qui semble faire référence à l'argument de Rothbard : « Consider for example, the issue of whether full blooded copyright is legitimate. Some libertarians argue it isn't legitimate, but claim that its effect can be obtained if authors and publishers include in the contract when they sell books a provision prohibiting its unauthorized printing, and then sue any book pirate for breach of contract ; apparently they forget that some people sometimes lose books and others find them. Other libertarians disagree. », R. Nozick, *Anarchy, state and utopia*, *op. cit.*, p. 141.

régime juridique est le droit exclusif de l'auteur sur tout acte de reproduction ou de communication au public. Dès lors, même si un tiers n'était pas lié par les clauses d'une licence privative, il ne pourrait de toute façon pas s'estimer libre d'utiliser l'œuvre sans avoir à en demander l'autorisation à l'auteur. Même si la protection accordée par le droit des contrats venait à faire défaut, le régime du droit d'auteur agirait comme une protection résiduelle, un second degré de protection.

Par contraste, dans l'hypothèse d'un régime de quasi-droit d'auteur de nature purement contractuelle, ce second degré de protection n'existerait pas. Si les clauses contractuelles imposées par l'auteur ne sont pas opposables aux tiers de bonne foi, alors aucune protection résiduelle ne peut se substituer à la protection contractuelle défaillante.

Cela ne signifie pas que les partisans du régime de quasi-droit d'auteur de nature contractuelle soient entièrement désarmés pour lutter contre les reproductions non autorisées des œuvres intellectuelles. Un régime de quasi-droit d'auteur de nature contractuelle pourrait se rapprocher du régime des secrets commerciaux (*trade secrets*). Les détenteurs de secrets commerciaux disposent essentiellement de deux moyens pour faire respecter ceux-ci : l'outil contractuel (par la signature de *« Non-disclosure agreement »*) et la protection matérielle des documents confidentiels (coffres-forts, cryptographie, etc.).

De même dans un régime de quasi-droit d'auteur de nature contractuelle, les auteurs disposeraient essentiellement de deux moyens d'action pour faire respecter la réservation de droits sur l'œuvre.

D'une part, les auteurs pourraient faire en sorte que les individus ayant accès à l'œuvre soient liés par les restrictions contractuelles, en s'assurant qu'ils ont bien eu l'opportunité d'en prendre connaissance, ou même en exigeant un acte positif manifestant le consentement (comme les licences d'œuvres numériques communiquées sous un mode « clickwrap », qui requièrent de cliquer sur un bouton « J'accepte »). Mais une telle solution est rendue difficile par le caractère public de la diffusion de l'œuvre. Contrairement aux secrets commerciaux, les œuvres intellectuelles sont souvent diffusées largement et par une multitude de canaux difficilement contrôlables. Comment s'assurer par exemple que la diffusion de musique dans des lieux accessibles au public soit accompagnée d'une communication des restrictions contractuelles portant sur l'œuvre, voire d'une possibilité pour les passants de manifester leur consentement ?

D'autre part, les auteurs peuvent recourir à des dispositifs techniques de protection. Ils peuvent diffuser leurs œuvres uniquement sur des canaux protégés, ou verrouiller les copies physiques ou numériques de l'œuvre par des dispositifs anti-copie. Une telle solution est loin d'être hypothétique, puisqu'elle est déjà fréquemment mise en œuvre par les ayants droit pour suppléer aux difficultés d'application du droit d'au-

teur dans l'environnement numérique. Mais il n'est pas sûr que les partisans de l'approche lockéenne, notamment les libertariens, seraient favorables à une législation interdisant le contournement de ces dispositifs techniques, comme le prévoit le régime juridique actuel.

Mais même si cela était le cas, cela ne ferait pas une grande différence. Dès le moment où un individu contourne la protection technique, en violation de ses obligations contractuelles ou même de la loi, et diffuse l'œuvre, il deviendrait impossible de poursuivre les tiers de bonne foi qui ont eu accès à l'œuvre. La réservation de droits sur l'œuvre par voie contractuelle ne peut échapper à son principal défaut pratique : son inopposabilité aux tiers, qui limite radicalement l'efficacité d'un tel régime juridique [95].

1.5.2 La réservation par un démembrement de la propriété matérielle

Dans *Ethics and Liberty* [96], Rothbard pense pouvoir répondre à cette objection de l'inopposabilité au tiers. Selon lui, la solution passe par un démembrement du droit de propriété [97] : l'auteur transfèrerait à l'acheteur tous les droits de propriété sur l'exemplaire *à l'exception* du droit de réaliser des copies, qu'il se réserverait. Dès lors, comme nul ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même, l'acheteur ne pourrait que transférer les droits de propriété sur l'exemplaire *grevés* du droit de réaliser des copies.

Certes, l'auteur peut imposer tout type de restriction au droit d'*usus* de l'acquéreur d'un exemplaire de son œuvre (en l'affectant par exemple d'une limitation temporelle) [98], mais il ne peut réserver le droit de l'acquéreur d'utiliser d'autres biens matériels dont il a la propriété pour réaliser des copies [99] : les prérogatives conférées par un droit de propriété sur un bien matériel ne s'étendent normalement pas à d'autres

95. Cf. également W. J. Gordon, "An Inquiry into the Merits of Copyright : The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory", *op. cit.*, p. 1420-1421 : « The "consent nexus" so central to Rothbard's conceptual scheme thus fails at many points. (...) the lacunae which would result from a contract-only system may be significant ».

96. M. Rothbard, *The Ethics of Liberty*, *op. cit.*, p. 123-124

97. La propriété matérielle se démembre classiquement en trois prérogatives : le droit d'usage (*usus*), de jouissance (*fructus*), et de disposition (*abusus*)

98. Tout comme le vendeur d'un terrain peut limiter l'*usus* de l'acquéreur en affectant le terrain d'une servitude de passage ou, pour reprendre l'argument de Rothbard, en limitant le droit d'agrandir une maison au-delà d'une certaine hauteur ; Cf. M. Rothbard, *The Ethics of Liberty*, *op. cit.*, p. 146.

99. Du moins pas sur la base d'un démembrement de la propriété de l'exemplaire : il peut toujours imposer des conditions contractuelles, mais on en revient alors à la solution précédente et à ses difficultés.

biens matériels [100]. Affirmer, comme le fait Rothbard, qu'il est possible de restreindre le droit d'*usus* sur un exemplaire de manière à exclure le droit de réaliser et revendre des copies, c'est en fait présupposer la propriété sur l'œuvre elle-même, et non simplement sur ses exemplaires matériels, ce qui constitue une pétition de principe [101].

Dès lors, la variante de la réservation par démembrement de la propriété matérielle ne permet pas de sauver l'argument de Rothbard de l'objection de l'inefficacité d'un tel régime juridique en raison de son inopposabilité aux tiers.

Section 2 Justifications négatives de l'appropriation

L'autre grande stratégie mise en œuvre par les partisans des justifications propriétariennes consiste à substituer à une justification positive (quelles sont les raisons qui justifient l'appropriation ?) une justification *négative* de l'appropriation (quelles sont les raisons de s'y opposer ?) [102].

Ces justifications négatives se concentrent généralement sur la question de savoir si la propriété intellectuelle respecte la fameuse « clause

100. Pour le surplus, on notera que même si un tel mécanisme de réservation à partir de la propriété matérielle tenait la route, il resterait moins efficace que le régime actuel du droit d'auteur. En effet, en droit d'auteur, les juridictions civiles considèrent que la bonne foi du défendeur est indifférente en cas d'atteinte au droit d'auteur. Or, dans le cas d'atteintes à la propriété comme le vol ou le recel, il faut un élément intentionnel. Dès lors, si comme dans l'hypothèse envisagée le tiers est de bonne foi, il ne pourrait être condamné. Alternativement, l'auteur pourrait également envisager une action en responsabilité civile pour réparation du dommage en raison de la faute de l'acheteur initial, mais là encore, il n'est pas possible d'exclure entièrement la question de la bonne foi.

101. Pour un argument similaire, voyez T. G. Palmer, "Harvard journal law & public policy", *op. cit.*, p. 851-855 ; S. Kinsella, *Against intellectual property*, *op. cit.*, p. 45. De même, Hegel déjà critiquait cette idée d'un démembrement de la propriété sur l'œuvre et du droit de réaliser des copies, incompatible selon lui avec la notion de propriété :

> "Il faut se demander préalablement si une telle séparation entre la propriété de la chose et la possibilité de la reproduire qu'elle confère, est conceptuellement recevable, si elle ne supprime pas la libre propriété"G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, sous la dir. de J.-P. Frick, Paris : Vrin, 1993, §69, p. 121

102. Cette section constitue une version remaniée d'un article à paraître dans la revue *Ratio Juris*, intitulé « On water drinkers and magical springs : Challenging the Lockean proviso as a justification for copyright ».

Pour la distinction entre justifications positives et négatives de l'appropriation, nous nous inspirons de D. Attas, "Lockean Justifications of Intellectual Property", *op. cit.*, p. 44.

lockéenne » : mentionnée par Locke dans son discours sur la propriété, celle-ci exige que toute appropriation de ressources naturelles en laisse « assez et d'assez bonne qualité » pour autrui [103] :

> « (...) for this labour being the unquestionable property of the labourer, no man but he can have a right to what that is once joined to, at least where there is enough, and as good, left in common for others »
>
> « Nor was this appropriation of any parcel of land, by improving it, any prejudice to any other man, since there was still enough, and as good left » [104]

L'interprétation la plus courante voit dans la clause lockéenne une simple condition nécessaire pour légitimer l'appropriation. Suivant cette lecture, une justification positive de l'appropriation ne serait qu'une justification *prima facie* , et devrait encore passer le test de la clause lockéenne pour être vraiment concluante [105].

Mais la clause lockéenne peut aussi être une condition nécessaire et suffisante pour l'appropriation. Un exemple est le court passage consacré à la clause lockéenne par Robert Nozick dans *Anarchy, State & Utopia*. Nozick, après avoir affiché son scepticisme quant à la valeur des justifications positives de l'appropriation, prend le contrepied de cette stratégie argumentative : plutôt que de chercher à répondre à la question « pourquoi la propriété ? », il se contente d'un « pourquoi pas ? ». Dans la mesure où Nozick ne soutient pas de justification positive de l'appropriation originelle, on peut lire la théorie de l'appropriation de Nozick comme reposant essentiellement sur la clause lockéenne [106]. Le point central de cette justification négative de la propriété est de mon-

103. La littérature parle parfois d'une autre clause lockéenne, la clause de « non-gaspillage » (« non-waste »), parfois envisagée dans les discussions sur la propriété intellectuelle. Nous n'envisagerons pas cette clause ici, étant donné qu'elle est souvent considérée comme redondante dans la littérature contemporaine (cf. R. Nozick, *Anarchy, state and utopia*, *op. cit.*, p. 175-176 ; D. Attas, "Lockean Justifications of Intellectual Property", *op. cit.*, p. 46).

104. J. Locke, *Second Treatise of Government*, Project Gutenberg e-book, 1690, chapitre V, §33 (disponible à l'adresse http://www.gutenberg.org/files/7370/7370-h/7370-h.htm)

105. Waldron conteste cette interprétation de la clause lockéenne, considérant que seule la condition de « non-gaspillage » devrait avoir ce statut de condition nécessaire à l'appropriation. Cf.J. Waldron, "Enough and as Good Left for Others", 29.117 (2012), p. 319.

106. Comme le note Cohen, après avoir cité la reformulation par Nozick de la clause lockéenne : « Hence, although it is not so billed, the quoted statement, with Nozick's elaboration of it, is Nozick's doctrine of appropriation ; or, speaking more cautiously, if Nozick presents any doctrine of appropriation, then the quoted statement is the controversial element in his doctrine, and therefore the element which requires close scrutiny » G. A. Cohen, *Self-ownership, freedom, and equality*, *op. cit.*, p. 255-256.

trer que, sous certaines conditions, il n'y a pas de bonne raison de s'opposer à l'appropriation [107].

En tant que telle, la justification négative par la clause lockéenne peut donc constituer une justification autonome de la propriété intellectuelle.

Toutefois, comme dans le cas des justifications négatives, la transposition de cet argument à la question de la propriété intellectuelle est loin d'être évidente. Nozick lui-même ne discute la problématique de la propriété intellectuelle que dans un bref (mais stimulant) passage [108]. D'autres, comme Justin Hughes ou Adam Moore [109], ont développé des tentatives plus complètes de justifier l'appropriation intellectuelle [110] dans une perspective similaire.

Avant de discuter ces justifications négatives de la propriété intellectuelle, il nous faut d'abord distinguer entre deux interprétations de la clause lockéenne.

2.1 Deux interprétations de la clause lockéenne

Interprétée de manière littérale, la clause lockéenne empêcherait une appropriation dès que celle-ci ne laisse pas « assez et d'assez bonne qualité », autrement dit dès qu'une appropriation restreint la liberté-privilège d'un individu d'utiliser une ressource. Une telle condition s'avèrerait excessivement exigeante. Alors que Locke, écrivant au XVIIe siècle, pouvait considérer que les terres et richesses naturelles étaient si vastes qu'elles étaient en pratiques inépuisables, les limites des ressources terrestres sont aujourd'hui impossibles à ignorer. Et dans un monde fini, aux ressources limitées, toute appropriation diminue le stock de ressources disponibles. Dès lors, sous l'interprétation littérale de la clause lockéenne, aucune appropriation ne pourrait être justifiée.

Dans son influente lecture de la clause lockéenne, Nozick avance une version révisée de la clause. Selon Nozick, la raison d'être de la clause

107. « It is arguable that no one legitimately can complain if the weaker provision is satisfied » R. Nozick, *Anarchy, state and utopia*, *op. cit.*, p. 176. Dans le même sens, voyez J. Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property", *op. cit.*, p. 7, ainsi que G. A. Cohen, *Self-ownership, freedom, and equality*, *op. cit.*, p. 75 : « resistance to an appropriation is more likely to fix on its impact on others than on the means whereby it was brought about. And if, in particular, its impact on others is (at worst) harmless, as satisfaction of Locke's proviso would seem to ensure, then it will be difficult to criticize it, regardless of how it was effected, and even, therefore, if no labour was expended in the course of it ».

108. R. Nozick, *Anarchy, state and utopia*, *op. cit.*, p. 181-182.

109. J. Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property", *op. cit.* ; A. D. Moore, "A Lockean Theory of Intellectual Property", *Hamline Law Review* 21 (1997).

110. Nous utilisons le terme « appropriation » dans le contexte de la propriété intellectuelle pour désigner la prétention d'un individu à un droit de propriété dans une œuvre intellectuelle.

lockéenne est d'assurer que la situation d'autrui n'est pas empirée par l'appropriation [111]. Si personne ne voit sa situation empirée par l'appropriation, personne ne peut raisonnablement se plaindre de celle-ci. La version révisée proposée par Nozick autoriserait donc une appropriation qui ne laisse pas « assez et d'assez bonne qualité », tant qu'une compensation permet d'assurer que la situation d'autrui n'est pas empirée. Ainsi, si l'utilisation productive d'une ressource appropriée peut bénéficier aux non-appropriateurs (en raison de spillovers ou de compensation directe), l'effet net sur leur position pourrait être positif, ou à tout le moins neutre. Cette version révisée de la clause lockéenne se présente donc comme suit :

> « A process normally giving rise to a permanent bequeathable property right in a previously unowned thing will not do so if the position of others no longer at liberty to use the thing is thereby worsened (...) Someone whose appropriation otherwise would violate the proviso still may appropriate provided he compensates the others so that their situation is not thereby worsened » [112]

Mais quelle est la situation contrefactuelle pertinente (« l'état de nature ») en comparaison de laquelle on peut dire qu'un individu voit sa situation empirée à cause de l'appropriation ? Il s'agit d'une question importante, puisque selon le choix de ce point de comparaison, le degré d'exigence de la clause lockéenne peut varier fortement [113]. Pour ce qui concerne la propriété matérielle, Nozick semble prendre pour point de comparaison la situation où les ressources naturelles ne sont la propriété de personne, et sont disponibles pour un usage général [114].

Pour reprendre la terminologie développée par Hohfeld [115], on pourrait dire que dans la situation contrefactuelle présupposée par Nozick dans le cas de la propriété matérielle, chacun a une « liberté-privilège » d'utiliser les ressources naturelles. Selon Hohfeld, une liberté-privilège (*privilege*) consiste dans la « pure et simple liberté » d'accomplir une action sans en être empêché par une prétention juridique d'autrui. Une

111. R. Nozick, *Anarchy, state and utopia*, *op. cit.*, p. 177.
112. *ibid.*
113. Cf. G. A. Cohen, *Self-ownership, freedom, and equality*, *op. cit.*, p. 75
114. R. Nozick, *Anarchy, state and utopia*, *op. cit.*, p. 175. Cf. égalementG. A. Cohen, *Self-ownership, freedom, and equality*, *op. cit.*, p. 76.
115. L'analytique des droits développée par Hohfeld se révèle particulièrement utile pour clarifier les ambigüités fréquentes lorsqu'on parle de « droits » ou de « libertés ». Bien que la théorie de Hohfeld s'articule autour de quatre notions clés (droit-revendication, liberté-privilège, pouvoir et immunités), nous utiliserons seulement la distinction entre droit-revendication et liberté-privilège. Cf. W. Hohfeld, "Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning", *Yale Law Journal* 26 (1917) ; W. Hohfeld, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning : and other legal essays*, Westport : Greenwood, 1964.

liberté-privilège de réaliser une action a donc comme corrélat une absence de droit-revendication [116] dans le chef d'autrui [117]

La clause lockéenne exige donc que personne ne voie sa situation empirée par rapport au point de comparaison où chacun a une liberté-privilège d'utiliser les ressources naturelles. Nous verrons que lorsqu'il évoque la propriété intellectuelle, Nozick opte pour un point de comparaison assez différent.

Nous envisagerons d'abord la question de savoir si l'appropriation intellectuelle satisfait la version littérale de la clause lockéenne, avant de considérer si elle satisfait à la version révisée de cette clause proposée par Nozick.

2.2 La version littérale de la clause lockéenne

On pourrait soutenir qu'en ce qui concerne la justification de la propriété intellectuelle, l'amendement de Nozick à la clause lockéenne se révèle superflu. En effet, selon certains [118], la clause lockéenne est bien plus aisée à satisfaire dans le contexte de la création intellectuelle que dans celui des ressources matérielles. S'ils ont raison, et si même la version littérale de la clause lockéenne est aisément satisfaite, alors dans une perspective propriétarienne la légitimité de la propriété intellectuelle serait bien plus forte que celle de la propriété matérielle, et l'appropriation intellectuelle pourrait être justifiée même sans compensation.

Nous considèrerons deux variantes de cette position. La première, que nous appellerons « l'argument de la rivière inépuisable », peut être trouvée chez Hughes et Moore. Cet argument soutient que l'appropriation ne réduit pas plus le fonds commun des idées qu'un buveur n'épuise le courant d'une rivière [119] (2.2.1). La deuxième variante, que nous appellerons « l'argument des sources magiques », est avancée par Nozick, se fonde dans l'idée que l'auteur d'une œuvre ne prive personne en se l'appropriant, car celle-ci n'aurait pas existé sans lui ; ce serait comme

116. Un droit-revendication (*claim-right*) est le droit d'exiger d'autrui une prestation ou une abstention d'agir. Un droit-revendication implique donc une obligation corrélative dans le chef d'autrui

117. Autrement dit, si A a une liberté-privilège de réaliser une action X, bien que B n'ait aucun droit-revendication par rapport à la réalisation par A de cette action X, rien ne l'empêche de tenter de faire obstacle à la réalisation de cette action par d'autres moyens à sa disposition. Cf. O. D. Schutter, "Civiliser le marché par les règles. L'analytique des droits de WN Hohfeld", in : *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles : Larcier, 2007, p. 258.

118. J. Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property", *op. cit.* ; A. D. Moore, "A Lockean Theory of Intellectual Property", *op. cit.*

119. Nous traduirons le terme « common » par « fonds commun ».

s'il avait fait apparaitre par magie des sources d'eau dans le désert (2.2.2).

2.2.1 L'argument de la rivière inépuisable

Selon certains, la version littérale de la clause lockéenne, bien qu'intenable dans le cas des ressources naturelles, est bien plus aisée à satisfaire dans le contexte de la création intellectuelle.

Ainsi, d'après Hughes, « [t]he "field" of all possible ideas prior to the formation of property rights is more similar to Locke's common than is the unclaimed wilderness » [120]. Comme le note Moore, le cas d'un auteur s'appropriant une œuvre particulière du fonds commun des idées est dès lors similaire au cas, mentionné par Locke, d'un homme s'abreuvant au courant d'une rivière [121] :

> « No body could think himself injured by the drinking of another man, though he took a good draught, who had a whole river of the same water left him to quench his thirst » [122]

Selon Moore, la principale raison pour laquelle la situation de l'appropriateur intellectuel est similaire à celle du buveur d'eau de Locke est que « [t]he number of ideas, collections of ideas, or intangible works available for appropriation is practically infinite » [123]. L'argument de Hughes est légèrement différent, puisqu'il repose sur la doctrine juridique limitant le champ de protection du droit d'auteur aux « expressions », en excluant les « idées » (on parle parfois aussi de la distinction « forme - idée ») :

> « Because creating property rights in an idea never completely excludes others from using [the] idea, it need not be justified by Locke's legerdemain that increases in privately produced goods necessarily benefit the commonwealth. Nor does it require justification from Nozick's reconstitution of

120. J. Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property", *op. cit.*, p. 315. Comme le résume Shiffrin, l'argument consiste à dire que « the appropriation of intellectual works easily satisfies the proviso, whatever their origin or metaphysical status, because their supply is not scarce, unlike the supply of physical resources » S. V. Shiffrin, "Intellectual Property", in : *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, sous la dir. de R. E. Goodin, P. Pettit & T. Pogge, Malden : Blackwell, 2009, p. 657

121. A. D. Moore, *Intellectual Property and Information Control : Philosophic Foundations and Contemporary Issues*, *op. cit.*, p. 117

122. J. Locke, *Second Treatise of Government*, *op. cit.*, chapitre V, § 33. Moore mentionne spécifiquement ce passage : A. D. Moore, "A Lockean Theory of Intellectual Property", *op. cit.*, p. 98.

123. *idem*, *Intellectual Property and Information Control : Philosophic Foundations and Contemporary Issues*, *op. cit.*, p. 114

> « the Lockean proviso » [la version « révisée » de la clause lockéenne] [124]

Nous parlerons de l'argument de la rivière inépuisable pour qualifier cette ligne de raisonnement. Pour clarifier notre discussion, décomposons cet argument en prémisses élémentaires, en distinguant la variante de Moore de celle de Hughes [125] :

> (H1) La propriété intellectuelle couvre seulement les expressions, pas les idées
>
> OU
>
> (M1) Le nombre d'idées ou œuvres intangibles disponible pour l'appropriation est pratiquement infini
>
> (HM2) L'appropriation ne réduit pas les opportunités pour autrui de puiser dans le fonds commun des idées pour créer une œuvre (une expression) nouvelle
>
> (HM3) Dès lors l'appropriation intellectuelle n'empire pas la situation d'autrui.

L'argument repose de manière déterminante sur la prémisse (HM2), commune à Hughes et Moore. Toutefois, cette prémisse soulève certaines difficultés. Comme d'autres interprètes désireux de transposer les arguments de Locke au domaine intellectuel, Hughes fait face à la question de l'analogie appropriée avec la notion de « fonds commun » (« common »). Dans le domaine de la création intellectuelle, quel serait l'équivalent avec les ressources de la terre appartenant en commun aux hommes ? S'agirait-il de l'ensemble des idées possibles ? De l'ensemble des idées déjà exprimées ? De l'ensemble des idées atteignables ? Ou encore de l'héritage culturel d'une société donnée ? [126]

Hughes reconnait qu'admettre cette analogie entre les « ressources intellectuelles » et les ressources naturelles requiert « un certain acte de foi » [127]. Comme d'autres l'ont fait remarquer, construire une telle

124. J. Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property", *op. cit.*, p. 319. Cf. également D. H. Breakey, *Intellectual Liberty : Natural Rights and Intellectual Property*, Ashgate Publishing, Ltd., 2012, p. 50 et suiv., qui discute différents arguments visant à dire que la justification de l'appropriation intellectuelle serait a priori plus forte que celle de l'appropriation matérielle.

125. Bien que le raisonnement de Hughes soit plus complexe que la description que nous en faisons ici (notamment en ce qui concerne la distinction entre le « common of ideas » et le « common of potential ideas »), nous espérons que notre reformulation est suffisante pour en cerner l'idée générale, et servir de base à une discussion de ses intuitions sous-jacentes.

126. Cf. W. W. Fisher, "Theories of intellectual property", *op. cit.*, p. 186 pour une discussion de ces différentes possibilités.

127. « It requires some leap of faith to say that ideas come from a "common" in the Lockean sense of the word »,J. Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property", *op. cit.*, p. 312. Bien que l'argument de Hughes se fonde en grande partie sur ce « modèle platonicien », il note néanmoins, dans une précision surprenante : « Yet it

analogie est une tâche assez hasardeuse [128]. Cela nécessite de prendre position sur un certain nombre de questions difficiles, comme la nature du processus créatif, ou le statut ontologique des idées ou des œuvres intellectuelles. Si l'on veut parvenir à des conclusions qui ne soient pas minées par de telles indéterminations, il parait préférable d'éviter de fonder nos arguments sur une conception controversée de la création intellectuelle ou du domaine des idées.

Des deux arguments que nous avons évoqués, c'est celui de Moore qui semble le plus affecté par ces indéterminations, puisqu'il repose sur la prémisse de l'inépuisabilité du fonds commun des idées. Mais la distinction entre idée et expression sur laquelle repose l'argument de Hughes est également extrêmement floue et controversée [129]. Plus grave encore, l'argument de Hughes parait circulaire puisqu'il repose sur l'exclusion des « expressions » de la définition du « fonds commun », pour ensuite se baser sur cette notion de « fonds commun » pour conclure que l'appropriation satisfait la clause lockéenne. Si l'on définit l'ensemble de ce qui ne doit pas être épuisé et l'ensemble de ce qui peut être approprié de telle manière que ceux-ci ne présentent aucune intersection, il n'est pas surprenant que la clause lockéenne paraisse facile à satisfaire. Mais pourquoi le fonds commun auquel s'applique la clause lockéenne ne contiendrait-il pas aussi des « expressions », et non simplement des « idées » ?

La seconde prémisse est affectée d'un problème similaire : le fait qu'autrui puisse toujours puiser dans le fonds commun des idées pour créer une œuvre nouvelle (H2) est-il suffisant pour conclure que la clause lockéenne est satisfaite (H3) ? Même si l'on considère que l'appropriation n'affecte pas les opportunités d'autrui de créer de nouvelles œuvres, ne pourrait-on pas dire qu'elle empire sa situation pour d'autres raisons, par exemple en l'empêchant de (ré)utiliser des œuvres qu'ils n'ont pas eux-mêmes créées ? [130]

---

does not take an unrehabilitated Platonist to think that the "field of ideas" bears a great similarity to a common », avant de développer les caractéristiques classiques des idées comme biens non rivaux et non excluables.

128. Cf. W. W. Fisher, "Theories of intellectual property", *op. cit.*, p. 186-188.

129. Hughes reconnait d'ailleurs que l'approche de la jurisprudence en la matière a été en grande partie fondée sur des raisonnements *ad hoc*, mais en conclut que la délimitation du droit d'auteur peut reposer sur un (bon) sens intuitif répandu parmi les jurés ; J. Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property", *op. cit.*, p. 314. Pour une critique de cette distinction entre idées et expressions, voyez par exemple R. Jones, *The Myth of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law*, 1990 ; E. Rosati, "Illusions Perdues. The Idea/Expression Dichotomy at Crossroads", in : *Annual Conference of the Society for Economic Research on Copyright Issues (SERCI), Berkeley (CA)*, 2009.

130. Sauf à considérer que les œuvres en question n'auraient pas été créées sans possibilité d'appropriation. Sur ce point, voyez notre discussion de l'argument des « sources magiques », *infra*, 2.2.1.

Il semble que l'argument de la rivière inépuisable repose sur une prémisse implicite discutable :

> (HM0) Les individus n'ont pas de prétention légitime à utiliser des œuvres qu'ils n'ont pas eux-mêmes créées

En effet, pour soutenir que la prémisse (HM2) (selon laquelle l'appropriation n'affecte pas les opportunités de puiser dans le fonds commun pour créer une œuvre nouvelle) est suffisante pour mener à la conclusion (HM3) (selon laquelle l'appropriation intellectuelle n'empire pas la situation d'autrui), il faut partir du principe que les individus n'ont pas de prétention légitime à utiliser une œuvre qu'ils n'ont pas eux-mêmes créées (HM0). Car si l'on admettait au contraire la légitimité d'une telle prétention, alors l'appropriation empirerait certainement leur position, en les privant de la possibilité de réutiliser l'œuvre appropriée.

Dans un article de 1992, la juriste américaine Wendy Gordon soutient qu'il y a des cas où les individus ont certainement une prétention légitime à réutiliser des œuvres créées par autrui [131]. Son argument est que certaines œuvres intellectuelles ont une influence si importante sur la culture qu'empêcher leur utilisation reviendrait à ne pas laisser « assez et d'assez bons » autres moyens de s'exprimer. Dès lors, l'appropriation empirerait la situation d'autrui en limitant la liberté d'expression de ceux qui ne peuvent exprimer certains discours où certaines idées qu'en réutilisant une œuvre ou une expression existante [132].

Mais les objections de Gordon paraissent excessivement modestes, et on pourrait se demander si, dans la situation de référence pour appliquer la clause lockéenne (« l'état de nature »), les individus doivent vraiment invoquer une prétention spéciale pour jouir de la liberté de réutiliser les œuvres existantes. Dès lors, une critique plus fondamentale de l'argument de la rivière inépuisable consisterait à contester la justification de la prémisse (HM0).

Comment est justifiée cette prémisse ? Une justification envisageable à (HM0) serait de dire que l'auteur dispose d'une prétention *prima facie* sur le produit de son travail, comme le soutient Moore :

131. W. J. Gordon, "A Property Right in Self-Expression : Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property", *op. cit.*

132. Gordon envisage deux cas en ce sens : le premier concerne la tentative des organisateurs des « Gay Olympics » d'utiliser l'appellation Olympic (marque déposée par le Comité olympique des États-Unis) dans l'intention d'associer les connotations positives liées à ce terme avec la lutte contre l'homophobie ; le deuxième cas est celui d'auteurs satyriques (les « Air Pirates ») réalisant des détournements de Mickey Mouse (dont les droits appartiennent à la Walt Disney Company) visant à critiquer l'influence de Disney sur la culture de masse. Cf. *ibid.* (sur ce dernier cas, cf. également J. Waldron, "From Authors to Copiers : Individual Rights and Social Values in Intellectual Property", *op. cit.*)

> « When an individual creates an original intellectual work and fixes it in some fashion, then labor and possession creates a prima facie claim to the work. Moreover, if the proviso is satisfied the prima facie claim remains undefeated and rights are generated » [133]

On pourrait néanmoins opposer que puisque la « possession » d'une œuvre intellectuelle ne tient qu'aussi longtemps qu'elle est tenue secrète, une telle prétention *prima facie* serait considérablement affaiblie dans le cas où l'œuvre est divulguée au public.

Mais même si l'on parvenait à justifier une telle prétention *prima facie* dans le chef de l'auteur (au moyen d'une des justifications positives discutées *supra* section 1), on ne voit pas très bien pourquoi celle-ci devrait affecter le point de comparaison pertinent pour l'application de la clause lockéenne. En effet, le but de la clause lockéenne est de s'assurer que personne ne voie sa situation empirée par rapport à la situation où il n'y avait pas d'appropriation. Il ne serait donc pas correct de comparer la situation résultant de l'appropriation à une situation où les prétentions de l'auteur sont déjà partiellement reconnues.

Sans justification convaincante de la prémisse (HM0), qui n'anticipe pas indument sur l'application de la clause lockéenne, on ne voit donc pas pourquoi les réutilisations d'œuvres existantes devraient être exclues du point de comparaison pour l'application de la clause lockéenne.

Contre (HM0), nous soutiendrons que le point de comparaison pertinent pour appliquer la clause lockéenne devrait plutôt être la situation où chacun à une liberté-privilège d'utiliser les œuvres existantes. Dès lors l'analogie avec l'homme s'abreuvant au courant d'une rivière prête à confusion, car elle occulte le fait que la création intellectuelle ne trouve pas uniquement sa source dans des idées brutes, mais aussi dans des expressions existantes. Dans le courant de la rivière coulent non seulement les idées imaginables, mais aussi les œuvres intellectuelles déjà crées, et qui, en l'absence d'un régime de propriété intellectuelle, sont disponibles pour l'usage libre de chacun.

Ce point apparaitra plus clairement à partir de la discussion de l'argument de Nozick, vers lequel nous nous tournons à présent.

133. A. D. Moore, *Intellectual Property and Information Control : Philosophic Foundations and Contemporary Issues*, *op. cit.*, p. 113. Moore utilise cette revendication *prima facie* dans une expérience de pensée où il soutient que puisque Fred est le créateur d'une recette de nouilles, il peut demander justification à Ginger pour la « prise » (« taking ») de cette recette. Cf. *ibid.*, p. 115. Il est toutefois peu clair en quoi cette « prise » implique un quelconque droit intellectuel puisqu'elle est présentée comme un cas de « vol » pur et simple d'une note sur un bout de papier.

2.2.2 L'argument des sources magiques

Le deuxième argument soutenant que l'appropriation intellectuelle satisfait nécessairement la version littérale de la clause lockéenne peut être trouvé dans le court passage que Nozick consacre à la propriété intellectuelle (et au droit des brevets en particulier). Le point central de l'argument est le suivant :

> « An inventor's patent does not deprive others of an object which would not exist if not for the inventor » [134]

On peut faire remonter cet argument à John Stuart Mill [135], mais c'est sans doute l'économiste anglais Clark qui l'a exposé de la façon la plus éloquente :

> « the [author] is allowed to have an exclusive control of something which otherwise might not and often would not have come into existence at all. If it would not, -if the patented article is something which society without a patent system would not have secured at all,- the inventor's monopoly hurts nobody. It is as though in some magical way he had caused springs of water to flow in the desert or loam to cover barren mountains or fertile islands to rise from the bottom of the sea. His gains consist in something which no one loses (...) » [136] .

C'est en référence à cette analogie que nous parlerons d'« argument des sources magiques ». À nouveau, tentons de décomposer cet argument :

> (N1) Une œuvre donnée n'existerait pas sans son auteur
> (N2) L'auteur ne prive personne en s'appropriant quelque chose qui n'aurait pas existé autrement que par son fait
> (N3) Dès lors l'appropriation intellectuelle n'empire pas la situation d'autrui.

Dit autrement, l'argument des sources magiques soutient que comme l'appropriation ne restreint pas les libertés-privilèges des individus en

134. R. Nozick, *Anarchy, state and utopia*, *op. cit.*, p. 181.
135. « It is no hardship to any one to be excluded from what others have produced : they were not bound to produce it for his use, and he loses nothing by not sharing in what otherwise would not have existed at all. » J. S. Mill, *Principles of Political Economy*, London ; Longmans, Green and Co., 1909 (7e éd.), livre II, chap. 2, §6.
136. Clark, cité par G. K. Hadfield, "The Economics of Copyright : An Historical Perspective", *Copyright L. Symp.* 38.1 (1992), p. 28. Weinreb évoque également cet argument : « a creator's claim to have the property in his creation has strong appeal : "It would not exist at all but for me, so I can dispose of it however I want" » L. Weinreb, "Fair's Fair : A Comment on the Fair Use Doctrine", *Harvard Law Review* 103.5 (1990), p. 1138.

comparaison de la situation où l'œuvre n'aurait pas été créée, la version littérale de la clause lockéenne est nécessairement respectée.

Nous avancerons deux objections, l'une mettant en avant la possibilité de la création indépendante, et l'autre contestant le point de comparaison choisi par Nozick pour appliquer la clause lockéenne.

Notre première objection porte sur la prémisse (N1) : est-il toujours vrai qu'une œuvre donnée n'aurait pas existé sans son auteur ? Une exception notable à cette proposition est le cas de la création indépendante, où deux (ou plusieurs) individus réalisent une création tout à fait similaire de manière indépendante et plus ou moins simultanément. Dans le domaine des inventions, ce phénomène est assez courant : parmi les exemples les plus fameux, on peut citer le développement d'une théorie quasiment identique de la sélection naturelle par Wallace et Darwin, l'invention de l'ampoule à incandescence par Swan en Angleterre et Edison aux États-Unis, ou la soumission de deux demandes de brevet pour le téléphone le même jour par Bell et Gray [137]. Étant donné la possibilité de situations de création indépendante, on peut considérer que (N1) n'est donc pas toujours vraie, et que la situation des créateurs indépendants est clairement empirée par la revendication par l'appropriateur de droits sur l'œuvre.

On pourrait rétorquer que si la création indépendante est un phénomène fréquent dans le domaine des inventions, dans le cas des œuvres culturelles ou artistiques couvertes par le droit d'auteur une telle situation semble davantage relever de la possibilité purement théorique [138]. Toutefois, pas plus que les inventions, les œuvres culturelles ou artistiques ne sont pas créées *ex nihilo* [139]. Ainsi, en particulier dans les domaines où les créateurs se fondent dans une « grammaire » commune assez restreinte comme la musique pop [140], il n'est pas improbable que l'on assiste à des phénomènes de création indépendante d'œuvres suffisamment similaires pour que le créateur ultérieur puisse être accusé de

137. Cf. W. F. Ogburn & D. Thomas, "Are Inventions Inevitable ? A Note on Social Evolution", *Political Science Quarterly* 37 (1922) pour une discussion de ces exemples. Notons toutefois que la question de savoir si le cas de Bell et Gray relève bel et bien d'un phénomène de création indépendante fait encore l'objet de controverse aujourd'hui, en raison des accusations émises par Gray à l'encontre de Bell. Cf. L. Coe, *The Telephone and Its Several Inventors : A History*, Jefferson : McFarland & Company, 2006.

138. A. D. Moore, "A Lockean Theory of Intellectual Property", *op. cit.*, p. 103

139. Cf. *supra* note 29

140. Dans le cas de la musique pop, la plupart des créateurs se fondent en effet sur une poignée d'accords et de progressions mélodiques standards. Par exemple, la progression I-V-vi-IV (ou vi-IV-I-V) est commune à de nombreuses chansons, telles que « Let It Be » par les Beatles, « No Woman No Cry » par Bob Marley, « The Passenger » par Iggy Pop, voire des succès plus contemporains comme « Paparazzi » par Lady Gaga.

contrefaçon vis-à-vis du créateur antérieur [141].

Quoi qu'il en soit, Nozick est bien conscient du problème de la création indépendante. Il aborde explicitement cette objection, et tente de la neutraliser en admettant la possibilité d'une limitation de la durée de protection du brevet, « as a rough rule of thumb to approximate how long it would have taken, in the absence of knowledge of the invention, for independent discovery » [142]. Bien que la solution de Nozick soit assez astucieuse, elle ne parait pas rendre justice au problème des créateurs indépendants, qui resteront toujours empêchés d'utiliser leur création pendant toute la durée de protection du droit de propriété intellectuelle.

D'autres solutions « pragmatiques » pourraient être proposées, comme celle reconnaissant le cas de la création indépendante comme un moyen de défense dans une action en contrefaçon [143]. Toutefois, le créateur ultérieur assumerait toujours la charge de la preuve de la création indépendante, ce qui empire clairement sa situation. Plus fondamentalement, il parait problématique de soutenir que la clause lockéenne (littérale) est aisément satisfaite lorsqu'on est contraint à recourir à de telles approximations. De l'affirmation initiale selon laquelle les droits de propriété intellectuelle sont justifiés au motif qu'ils n'empirent la situation de personne, on passe à une affirmation beaucoup plus modeste d'une faible probabilité que la situation d'autrui soit empirée, moyennant certains correctifs et « rules of thumb ».

En résumé, la possibilité de la création indépendante permet dans une certaine mesure de relativiser l'argument des sources magiques, en montrant que dans certains cas, l'œuvre aurait été créée même sans son auteur-appropriateur ; dans cette hypothèse, il est donc possible que la propriété intellectuelle empire la situation d'autrui.

Notre seconde objection se révèlera sans doute bien plus décisive, et devrait ultimement nous permettre de réfuter l'argument des sources magiques. Nous soutiendrons que la conclusion de cet argument est minée par le fait que Nozick n'adopte pas le point de comparaison pertinent pour l'application de la clause lockéenne à la création intellectuelle.

Pour avancer cette objection, nous devons d'abord contester la façon de poser les termes du problème par Nozick. Comme nous l'avons

141. En guise d'illustration et de soutien (certes limité) à cette affirmation, une étude empirique récente a montré que les participants exposés à une séquence d'accords donnés avaient beaucoup de chances de composer des mélodies qui ne sont pas seulement similaires à des chansons populaires, mais également similaires entre elles. Cf. K. Frieler & F. Riederman, "Is independant (re)creation likely to happen in pop music ?", *Musicae Scientiae* 15 (2011).

142. R. Nozick, *Anarchy, state and utopia*, *op. cit.*, p. 182.

143. Comme c'est le cas dans certains régimes juridiques, par exemple aux États-Unis. Toutefois, comme le note Litman, ce moyen de défense est généralement assez faible, étant donné que la preuve de la similarité suffit à le contrer (cf. J. Litman, "The public domain", *op. cit.*, p. 1004).

vu, la question du respect de la clause lockéenne dépend fortement du choix du point de comparaison pertinent pour déterminer si la situation d'autrui a effectivement été empirée ou non [144]. Or, le point de comparaison choisi par Nozick dans le cas de la propriété intellectuelle est particulièrement contestable.

Pour rappel, Nozick prend comme point de comparaison la situation où l'œuvre n'aurait pas été créée (« An inventor's patent does not deprive others of an object which would not exist if not for the inventor » [145]). L'argument se fonde dans le fait que les objets de l'appropriation intellectuelle sont le résultat de l'action humaine, et sont dès lors affectés par l'effet dynamique d'un régime de propriété intellectuelle (l'encouragement à la création). Nozick semble mettre le doigt sur un paradoxe : si l'appropriation intellectuelle ne porte que sur des objets qui n'auraient pas existé dans le point de comparaison pertinent, comment la situation de quiconque pourrait-elle être empirée au regard de ce point de comparaison ?

Toutefois, la portée donnée par Nozick à ce paradoxe est exagérée. Bien qu'il soit généralement vrai qu'une œuvre n'aurait pas existé *sans son créateur* (N1) [146], il ne s'ensuit pas qu'une œuvre n'aurait pas existé *sans la possibilité de se l'approprier*, ce que Nozick veut en fait démontrer. Mais le point de comparaison choisi par Nozick semble confondre les deux, et supposer que sans la possibilité d'appropriation, l'œuvre n'aurait pas été créée [147]. Cette supposition est excessive, étant donné que l'on ne peut exclure la possibilité que le créateur aurait créé l'œuvre de toute façon, même sans la perspective de bénéficier d'un droit exclusif sur celle-ci.

Plutôt que de supposer que les créateurs sont uniquement motivés par leur intérêt économique, il parait plus approprié de supposer que les créateurs sont animés par une diversité de motivations. Pour simplifier, on pourrait imaginer trois idéaux-types de créateurs intellectuels : V pour « Vénal », qui créera seulement s'il est assuré de disposer d'un droit de propriété sur l'œuvre [148] ; A, pour « Altruiste », qui créera de toute façon, et ne revendiquera jamais un droit exclusif sur son œuvre ; et O, pour « Opportuniste » qui créera de toute façon, mais tirera profit de l'effet d'aubaine lié à la possibilité d'appropriation.

144. Nozick parle de *« base line for comparison »* R. Nozick, *Anarchy, state and utopia*, *op. cit.*, p. 177
145. *ibid.*, p. 181.
146. Si toutefois l'on omet la possibilité de la création indépendante.
147. Pour un point similaire, voyez D. Attas, "Lockean Justifications of Intellectual Property", *op. cit.*, p. 48.
148. A des fins de simplification, nous partirons du principe que le créateur, s'il crée, divulguera l'œuvre au public.

Étant donné cette diversité de motivations, une formulation plus correcte de l'argument de Nozick serait : « An inventor's patent does not deprive others of an object which their inventor would not have created in the absence of a patent regime ». Nous pouvons dès lors appliquer la clause lockéenne formulée en ces termes aux différents idéaux-types que nous avons évoqués. Si le créateur est un V, la clause serait effectivement satisfaite : si le créateur n'aurait pas créé l'invention sans la possibilité de la protéger par un brevet, alors Nozick a raison de dire que personne n'est privé par la reconnaissance du brevet. La clause lockéenne serait également satisfaite si le créateur est un A, puisqu'il n'y a de toute façon pas d'appropriation (pour autant que le régime juridique permette au créateur de renoncer à ses droits). Mais dans le cas de O, la clause lockéenne ne serait surement pas satisfaite : en effet, alors que O aurait créé l'œuvre de toute façon, il se l'appropriera si l'opportunité lui est donnée. Les autres individus sont donc privés de la liberté-privilège de réutiliser une œuvre qui aurait existé même en l'absence d'un régime de droits intellectuels.

Toutefois, à quoi bon conclure que la clause lockéenne serait satisfaite si les créateurs sont des V ou des A, mais pas s'ils sont des O ? À quoi sert l'argument tiré de la clause lockéenne s'il peut seulement nous dire que la légitimité d'une appropriation dépend des motivations du créateur ?

Ce que cette discussion montre, c'est qu'en se focalisant sur un cas particulier d'appropriation, Nozick n'aborde pas l'enjeu de la clause lockéenne au niveau de généralité approprié. L'enjeu n'est pas seulement de s'enquérir du destin de certaines œuvres qui auraient pu exister ou non, ou d'évaluer l'effet d'appropriations particulières. L'objectif de l'application de la clause lockéenne est d'évaluer la légitimité d'un régime général de propriété intellectuelle. Dès lors, la question pertinente est de savoir s'il est vrai que l'instauration d'un tel régime n'empirerait pas la situation des individus non-appropriateurs. Bien que Nozick aborde la question de la propriété matérielle de cette manière [149], il ne considère jamais la question de la propriété intellectuelle au même niveau de généralité [150].

149. R. Nozick, *Anarchy, state and utopia*, *op. cit.*, p. 177-178.

150. Moore aborde explicitement cette distinction entre justification d'une appropriation particulière et justification d'un régime propriété (cf. A. D. Moore, *Intellectual Property and Information Control : Philosophic Foundations and Contemporary Issues*, *op. cit.*, p. 121). Toutefois, sa justification « institutionnelle » de la propriété intellectuelle (affirmant que l'absence de protection juridique des œuvres intellectuelles créerait une « tragédie des communs » en induisant les créateurs à ne pas divulguer leurs inventions) parait surtout pertinente pour les inventions, et moins dans le cas des œuvres culturelles ou artistiques couvertes par le droit d'auteur. Cf. *ibid.*, p. 139

Dès lors, en appliquant la clause lockéenne, nous ne devons pas simplement considérer l'effet d'une appropriation particulière, mais l'effet général d'un régime de propriété intellectuelle, en tenant compte de la diversité des motivations des créateurs. Il nous faut dès lors suggérer une alternative au point de comparaison supposé par Nozick. Il semble qu'un point de comparaison plus pertinent serait la situation *où il n'existe pas de protection des droits de propriété intellectuelle*. Dans cette situation de référence, bien que l'auteur jouisse évidemment du contrôle sur ses pensées ou sur son manuscrit, il ne jouit pas du droit d'exclure autrui d'utiliser une œuvre rendue publique. Chacun jouit de la liberté-privilège générale d'utiliser toute œuvre publiée. Bien entendu, cette prérogative générale est limitée : il ne s'agit pas d'un droit-revendication, comme un droit opposable d'accès à l'œuvre, mais seulement d'une liberté-privilège, impliquant que ses bénéficiaires n'ont pas de devoir de ne pas utiliser les œuvres (cf. *supra* texte accompagnant les notes 115 à 117). Comme nous l'avons évoqué, c'est en fait le point de comparaison adopté par Nozick dans sa discussion sur la propriété matérielle :

> « For an object's coming under one person's ownership changes the situation of all others. Whereas previously they were at liberty (in Hohfeld's sense) to use the object, they now no longer are. This change in the situation of others (by removing their liberty to act on a previously unowned object) need not worsen their situation » [151]

Le point de comparaison ainsi formulé est en quelque sorte « l'état de nature » pertinent pour déterminer si la clause lockéenne est respectée : une situation où chacun est libre de réutiliser les œuvres qui ont été portées à sa connaissance. Historiquement, c'est la situation qui a prévalu jusqu'à l'introduction des premiers régimes de droits intellectuels.

Que peut-on conclure de l'adoption de ce point de comparaison alternatif ? Certes, le paradoxe de Nozick rend difficile l'évaluation du respect de la clause lockéenne, puisqu'en l'absence de régime de propriété intellectuelle, certaines œuvres ne seraient sans doute pas créées (parce que leurs créateurs sont des V). Mais la conclusion est beaucoup plus certaine en ce qui concerne les œuvres qui auraient existé de toute façon, mais qui feraient l'objet d'une appropriation en cas d'instauration d'un régime de propriété intellectuelle (parce que leurs créateurs sont des O). Pour ce qui concerne ces œuvres, le paradoxe de Nozick ne s'applique pas, et notre point de comparaison alternatif nous permet clairement de conclure que la propriété intellectuelle empire la situation des non-appropriateurs en les privant de leur liberté-privilège d'utiliser ces œuvres.

151. R. Nozick, *Anarchy, state and utopia*, *op. cit.*, p. 175.

Ce point de comparaison alternatif nous permet également de rejeter la prémisse implicite dans l'argument de Hughes (H0) : si le point de comparaison est celui où les individus ont une liberté-privilège d'utiliser les œuvres existantes, il n'est pas vrai que nul n'a de revendication légitime à réutiliser les œuvres qu'il n'a pas lui-même créées. Et contrairement à Gordon, nous ne devons pas limiter notre conclusion à des revendications spéciales liées à la liberté d'expression. En effet, sous le point de comparaison pertinent, les individus ont une revendication générale à utiliser les œuvres existantes, même s'il ne s'agit que d'une liberté-privilège.

En conclusion, si l'on adopte le point de comparaison pertinent pour l'application de la clause lockéenne, on peut voir qu'il n'est en fait pas décisif que l'appropriation d'expression ne réduise pas le fonds commun des idées (HM1) ou que sans son auteur, l'œuvre n'aurait pas été créée (N1). Alors qu'initialement chacun disposait d'une liberté-privilège de réutiliser les œuvres existantes, cette liberté-privilège est sérieusement restreinte par l'instauration d'un régime de propriété intellectuelle. Sous un tel régime, les individus peuvent tout au plus réutiliser les œuvres anciennes dont la protection a expiré, ou bénéficier de certains usages tolérés dépendant du bon vouloir des créateurs ou de l'appréciation des juges.

Si au moins une partie des créateurs sont des O, la version littérale de la clause lockéenne est donc nécessairement violée, au sens où un régime de propriété intellectuelle empire nécessairement la situation des individus en réduisant leur liberté-privilège d'utiliser les œuvres qui auraient existé même en l'absence d'un tel régime.

2.2.3 Objections possibles

En discutant ces deux arguments de la « rivière inépuisable » et des « sources magiques », nous avons été amené à défendre des positions potentiellement controversées. C'est pourquoi il nous parait utile de discuter brièvement deux objections qui pourraient mettre en danger nos conclusions quant à l'application de la version littérale de la clause lockéenne. Le lecteur ne souhaitant pas approfondir cette discussion pourra passer directement à l'ultime sous-section de ce chapitre, portant sur la version révisée de la clause lockéenne (*infra*, 2.3).

Une première objection possible à notre position consiste à rejeter notre conclusion au motif que celle-ci ne serait pas généralisable au domaine matériel. En effet, dans le cas de la propriété matérielle, il semblerait contre-intuitif de soutenir que la clause lockéenne littérale serait violée par la privation de la possibilité d'utiliser et de jouir du produit du travail d'autrui. Pourquoi nos intuitions diffèreraient-elles dans le domaine immatériel ? Pourquoi le point de comparaison pour

l'appropriation intellectuelle devrait-il être celui où les individus ont une liberté-privilège de réutiliser les œuvres créées par autrui, alors que pour l'appropriation matérielle on considère qu'ils sont uniquement libres d'utiliser les ressources naturelles, et non les objets résultant du travail d'autrui ? [152]

On peut donner deux raisons pour expliquer cette différence. La première repose sur les caractéristiques particulières des objets immatériels par rapport aux objets matériels. On pourrait soutenir que l'opposition intuitive à l'usage libre des objets (matériels) résultant du travail d'autrui relève d'un respect pour la propriété de soi de celui qui est en possession de l'objet. En effet, il paraitrait inacceptable d'arracher le pain de la bouche à un mangeur, parce que cela impliquerait d'utiliser la force pour l'en priver, ce qui violerait clairement sa propriété de soi. Mais comme nous l'avons vu plus haut (cf. *supra* 1.4.2), un tel problème ne se pose pas pour les biens immatériels : il ne parait pas condamnable pour un passant de jouir des biens immatériels que sont la vision ou l'odeur d'un jardin parfaitement entretenu. De même les œuvres intellectuelles, en tant que biens immatériels, ne peuvent pas être « possédées » une fois qu'elles sont divulguées au public. Elles sont des biens non rivaux, dont la jouissance ne diminue en rien la jouissance par autrui.

La deuxième raison pour expliquer la particularité de notre point de comparaison dans le cas de l'appropriation intellectuelle est le fait que les œuvres intellectuelles sont à la fois des *inputs* et des *outputs* du processus de création. Comme nous supposons que la création intellectuelle ne surgit pas de nulle part [153], il convient de considérer que la matière première de la création intellectuelle se compose non simplement les idées potentielles, mais également des expressions existantes. La création intellectuelle est un processus par lequel les individus empruntent et construisent à partir du travail d'autrui, et le point de comparaison pour l'application de la clause lockéenne doit en tenir compte.

Une deuxième objection possible à notre raisonnement serait de dire que la situation qui nous sert de point de comparaison pour l'application de la clause lockéenne équivaut à admettre un « droit à profiter du labeur d'autrui » rejeté par Locke et par certains auteurs propriétariens [154], ou d'exiger d'« améliorer le sort d'autrui », ou de « leur procurer des *free rides* », ce qui reviendrait à ignorer la différence entre « empirer le sort de quelqu'un et manquer de l'améliorer » [155].

152. Nous nous inspirons ici de l'argument exposé par D. McGowan, "Copyright Nonconsequentialism", *Missouri Law Review* 69.1 (2004), p. 67.
153. Cf. *supra* note 29
154. Cf. W. J. Gordon, "A Property Right in Self-Expression : Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property", *op. cit.*, p. 1545
155. Cf. A. D. Moore, *Intellectual Property and Information Control : Philoso-*

À cela nous pouvons répondre en insistant sur le fait que notre point de comparaison pour l'application de la clause lockéenne n'inclut pas un *droit-revendication* d'accéder à une œuvre, mais seulement une *liberté-privilège* d'utiliser les œuvres accessibles. Cela nous permet de lever un potentiel malentendu : même si, en l'absence d'un régime de propriété intellectuelle, les individus ont une liberté privilège d'utiliser les œuvres, les auteurs ont également la liberté-privilège de restreindre l'accès ou l'utilisation des œuvres en leur contrôle par tout moyen à leur disposition. Ils peuvent pour cela refuser de divulguer l'œuvre, ou imposer des mesures de protection techniques sur les copies distribuées aux consommateurs [156]. Le point de comparaison pour l'application de la clause lockéenne est donc la situation où tant les utilisateurs que les auteurs ont certaines libertés-privilèges - mais pas de droit-revendication - par rapport aux œuvres intellectuelles.

2.3 La version révisée de la clause lockéenne

Enfin, il nous faut encore examiner si la propriété intellectuelle satisfait la version révisée de la clause lockéenne. Même si la propriété intellectuelle restreint la liberté-privilège des individus de réutiliser les œuvres protégées, ne pourrait-on pas argüer que ses bénéfices procurent une compensation adéquate ?

En ce sens, on pourrait soutenir qu'un régime de propriété intellectuelle procure suffisamment d'avantages pour compenser ses couts [157]. Par exemple, l'effet d'incitation d'un régime de propriété intellectuelle peut générer une augmentation du nombre d'œuvres créées, ce qui pourrait être considéré comme un avantage suffisant pour compenser la perte de la liberté-privilège de réutiliser les œuvres existantes (en supposant que l'on dispose d'une métrique qui permette de comparer les différents effets sur la situation de chacun). Un régime de propriété intellectuelle satisferait donc la clause lockéenne révisée aussi longtemps que son effet net sur la situation des individus n'est pas négatif, comparé à la situation où un tel régime n'existe pas et où chacun dispose d'une liberté-privilège de réutiliser les œuvres existantes.

Mais cette application de la version révisée de la clause lockéenne est alors vulnérable à une objection similaire à celle que Cohen oppose à Nozick, qui est que cette version de la clause lockéenne est trop facile

phic Foundations and Contemporary Issues, *op. cit.*, p. 111.

156. Toutefois, en l'absence de droits de propriété intellectuelles ou de dispositions légales anti-contournement, les auteurs ne pourraient en appeler à l'État pour faire respecter ces mesures techniques de protection.

157. A. D. Moore, "A Lockean Theory of Intellectual Property", *op. cit.*, p. 79 ; R Epstein, "Liberty versus Property ? Cracks in the Foundations of Copyright Law", *San Diego Law Review* 42.1 (2005)

à satisfaire [158]. En effet, s'il est acceptable de relâcher les exigences de la clause lockéenne pour admettre la possibilité d'une compensation, il est inacceptable d'affaiblir la clause en restreignant le point de comparaison à l'hypothèse spécifique où les œuvres sont simplement en usage libre, sans règlementation particulière. Pourquoi faudrait-il restreindre les alternatives pertinentes à une situation contrefactuelle négative, définie comme l'absence de régime juridique encadrant la création intellectuelle ? Pour prendre la clause lockéenne au sérieux, ne faudrait-il pas également comparer un régime de propriété intellectuelle aux résultats d'autres types de régimes juridiques ?

Dans cette optique, les perspectives s'avèrent nettement plus sombres pour les justifications négatives de la propriété intellectuelle. En effet, il n'est pas sûr qu'il soit aussi simple de soutenir que l'instauration d'un régime de propriété intellectuelle n'empire la situation de personne en comparaison d'un régime alternatif d'incitants à la création qui préserve la liberté-privilège d'utiliser les œuvres existantes (par exemple un régime de « licence globale » [159]).

Plus fondamentalement, le passage à une version révisée de la clause lockéenne a d'importantes conséquences sur la force des justifications de la propriété intellectuelle. Comme il faut à présent montrer que l'effet *net* d'un régime de propriété intellectuelle n'est pas négatif (plutôt que de se borner à montrer qu'il n'affecte pas autrui comme dans le cas de la clause lockéenne littérale), ceux qui aspirent à justifier la propriété intellectuelle par la clause lockéenne révisée sont contraints de réaliser des conjectures empiriques quant aux avantages d'un tel régime. Certes, une justification propriétarienne fondée dans la clause lockéenne révisée reste en principe distincte d'un argument utilitariste, comme le remarque Nozick [160]. Toutefois les deux types d'arguments partagent la caractéristique de dépendre d'hypothèses empiriques. Dès lors, en se fondant sur la clause lockéenne révisée, la justification propriétarienne de la propriété intellectuelle s'expose au même type d'objections empiriques que les justifications utilitaristes.

Tout comme dans le cas de la propriété matérielle, la justification propriétarienne de la propriété intellectuelle perd alors une grande par-

158. G. A. Cohen, *Self-ownership, freedom, and equality*, *op. cit.*, p. 78.

159. Cf. W. W. Fisher, *Promises to keep : technology, law, and the future of entertainment*, Stanford Calif. : Stanford Law et Politics, 2004 ; P. Aigrain, *Sharing : culture and the economy in the Internet age*, Amsterdam : Amsterdam University Press, 2012.

160. « These considerations enter a Lockean theory to support the claim that appropriation of private property satisfies the intent behind the « enough and as good left over" proviso, not as a utilitarian justification of property. They enter to rebut the claim that because the proviso is violated no natural right to private property can arise by a Lockean process » R. Nozick, *Anarchy, state and utopia*, *op. cit.*, p. 177.

tie de son attrait, qui résidait dans la simplicité et le caractère catégorique de son raisonnement. Comme le note Cohen dans sa critique de Nozick :

> « it is often thought to be a feature of libertarian political philosophy that, through its emphasis on rights, it finesses empirical questions about consequences which are hard to answer and in which utilitarianism becomes enmired. That is an illusion, since, as we now see, theses about consequences are foundational to Nozick's defence of private property rights, and the rights he affirms therefore lack the clarity and authority he would like us to suppose they have » [161]

En outre, pour peu qu'on tienne la clause lockéenne comme au moins une condition nécessaire à la légitimité de la propriété intellectuelle, cette conclusion affecte tout type de justification propriétarienne, y compris les justifications positives que nous avons discutées plus haut (cf. *supra* section 1)

Les partisans des justifications propriétariennes du droit d'auteur sont donc confrontés à un double fardeau : non seulement ils se retrouvent contraints à une discussion empirique sur les avantages d'un régime de propriété intellectuelle, mais ils doivent encore montrer que celui-ci s'avèrerait plus efficient que les autres régimes envisageables. Pour qu'une telle tâche soit réalisable, il faudra sans doute renoncer à l'ambition de justifier un régime de propriété intellectuelle maximaliste : tout au plus, la clause lockéenne révisée permettrait de justifier un régime juridique équilibré, réalisant un arbitrage délicat entre incitation à la création et liberté d'usage des œuvres.

161. G. A. Cohen, *Self-ownership, freedom, and equality*, *op. cit.*, p. 86

Conclusion du chapitre I

Les justifications propriétariennes participent de la tentative la plus formidable et la plus radicale de réaliser une justification catégorique d'un système étendu de droits de propriété intellectuelle. Si ces justifications propriétariennes se révélaient à la hauteur de leurs promesses, elles constitueraient un argument de poids pour les partisans d'un droit d'auteur maximaliste, laissant très peu de place pour justifier d'éventuelles limitations aux droits exclusifs de l'auteur.

Toutefois, comme nous l'avons vu, même si l'on admet temporairement leurs prémisses éthiques, les justifications propriétariennes s'avèrent soit incohérentes, soit beaucoup plus limitées qu'il n'y parait.

Ainsi, parmi les justifications positives de l'appropriation, on peut aisément exclure l'argument du mélange du travail et de la récompense en mérite du travailleur : bien qu'ils soient fréquemment cités en faveur de la propriété intellectuelle, ils s'avèrent vulnérables à un certain nombre de critiques décisives, qui ont depuis longtemps été mises en évidence dans le contexte de la propriété matérielle. Ainsi, outre que la conclusion de ces deux arguments ne découle pas de leurs prémisses, les incohérences de l'idée de mélanger son travail avec un objet, le fait que l'auteur n'est responsable que d'une partie de la valeur de l'œuvre et l'impraticabilité de l'idée de mérite comme critère distributif paraissent constituer des raisons suffisantes pour les écarter.

L'argument de l'extension de la propriété de soi du créateur dans son œuvre, a priori plus prometteur, et nous a emmené dans un passionnant débat historique entre libertariens qui a eu étrangement peu d'écho dans la littérature contemporaine sur les justifications du droit d'auteur. À l'instar des tenants de la position anti-extensionniste, nous avons conclu que la thèse d'une extension de la propriété de soi de l'auteur dans son œuvre revenait à nier la propriété de soi d'autrui, et devait donc être rejetée d'un point de vue libertarien.

Un argument similaire soutient que la création donne à l'auteur un titre de propriété en tant que première occupation (« creators, keepers »). Cet argument doit également être rejeté, car en plus de s'exposer aux mêmes critiques que l'argument précédent, il ne semble pas reposer sur une théorie cohérente de l'appropriation. C'est la possession, et non la création, qui constitue une condition suffisante à l'appropriation.

Enfin, on peut trouver une dernière tentative de justification propriétarienne positive dans l'argument ingénieux avancé par Rothbard : selon lui, on peut dériver tout un régime de « quasi-droit d'auteur » à partir de la propriété de l'auteur sur le support original, et des transactions avec les acquéreurs de copies. Si l'argument parait tout à fait défen-

dable, ses conclusions sont fortement limitées. En effet, ni la variante contractuelle, ni la variante fondée dans le mécanisme du démembrement de la propriété ne permettent de sauver ce régime de quasi-droit d'auteur de son principal défaut pratique : son inopposabilité aux tiers.

Dans la deuxième section, nous avons abordé les justifications négatives de l'appropriation, qui constituent une voie attractive pour échapper aux difficultés posées par les justifications positives. En nous attaquant tout d'abord à la version littérale de la clause lockéenne, nous avons discuté ce que nous avons appelé l'argument de la rivière inépuisable, soutenu par Moore et Hughes, et l'argument des sources magiques, soutenu par Nozick.

Le principal défaut de ces deux arguments est qu'ils présupposaient illégitimement que dans la situation antérieure à la reconnaissance de droits de propriété, les individus n'ont pas de prétention légitime à utiliser l'œuvre qu'ils n'ont pas créée. Par contraste, nous avons soutenu que le point de comparaison pertinent pour évaluer le respect de la clause lockéenne est celui où les individus disposent d'une liberté-privilège de réutiliser les œuvres existantes. En partant de ce point de comparaison, on peut facilement rejeter l'affirmation selon laquelle un régime de propriété intellectuelle respecte forcément la version littérale de la clause Lockéenne.

En outre, l'argument de Nozick, au premier abord particulièrement redoutable, s'avère finalement assez problématique, notamment en raison d'un *non sequitur* : la conclusion selon laquelle l'appropriation n'empire pas la situation d'autrui est en fait fondée non pas sur la prémisse (vraie, mais triviale) selon laquelle « l'œuvre n'aurait pas été créée sans son créateur », mais sur la prémisse (fausse) selon laquelle l'œuvre n'aurait pas été créée sans possibilité de se l'approprier.

Pour finir, nous avons vu que la clause lockéenne révisée offrait une échappatoire précaire aux partisans des justifications propriétariennes. En effet, s'il est possible d'utiliser la clause lockéenne révisée pour justifier un régime de propriété intellectuelle, c'est seulement en renonçant aux caractéristiques qui font la force des justifications propriétariennes : l'absence de dépendance vis-à-vis de considérations empiriques, et des conclusions (pratiquement) sans compromis. Or, en raison de l'obligation de fournir une compensation à ceux qu'un régime de propriété intellectuelle lèse (c'est-à-dire au public, mais aussi aux créateurs, qui ne sont plus libres de réutiliser les œuvres existantes), la clause lockéenne révisée ne pourra qu'aboutir à un régime limité de propriété intellectuelle, fruit d'un arbitrage difficile entre incitation à la création et liberté d'utiliser l'information. En somme, tout ce que l'approche propriétarienne cherchait à éviter.

Par ailleurs, pour aboutir à ces conclusions modestes, il faudrait encore admettre les prémisses très controversées de l'approche proprié-

tarienne. On peut d'ailleurs soupçonner que bon nombre d'auteurs qui adhèrent aux justifications propriétariennes des droits intellectuels ne seraient pas prêts à admettre jusqu'au bout les conclusions d'une telle théorie sur les enjeux de la justice sociale.

En effet, le « fétichisme des droits » dont font preuve les libertariens [162] (et les partisans de l'approche propriétarienne telle que nous l'avons définie) implique que ceux-ci ne se préoccupent pas des inégalités de revenus générées par la structure des droits de propriété (sauf dans une certaine mesure la variante libertarienne « de gauche »), ni du caractère purement formel de la liberté qu'ils défendent, en l'absence de moyens pour en permettre l'exercice [163]. Un rapide effort d'imagination permet de mesurer les implications problématiques de ce fétichisme des droits : selon une telle approche, le propriétaire d'une ile aurait parfaitement le droit d'imposer à un naufragé de travailler nuit et jour pour pouvoir se nourrir (dans la version la plus clémente) ou pour ne pas être rejeté à la mer (dans la version la plus stricte). D'un point de vue libertarien, une telle société n'en serait pas moins une société pleinement « libre » [164].

Dès lors, en plus d'être incohérentes ou limitées d'un point de vue interne, les justifications propriétariennes du droit d'auteur sont fondées dans une approche de la justice qui parait peu attractive pour qui accorde une importance à l'égalité ou à une liberté plus que simplement formelle. Pour notre part, nous adopterons dans la seconde partie de cette thèse une approche de la justice que nous qualifions de réallibérale, qui ambitionne de répondre à ces défauts du libertarisme en intégrant une préoccupation pour l'égalité et en prenant au sérieux le sens intuitif de l'idée de liberté.

162. Cf. P. Van Parijs & C. Arnsperger, *Éthique économique et sociale*, *op. cit.*
163. P. Van Parijs, *Real freedom for all*, *op. cit.*, p. 11-24 ; G. A. Cohen, *Self-ownership, freedom, and equality*, *op. cit.*, P. 19-37.
164. Cf. P. Van Parijs, *Real freedom for all*, *op. cit.*, p. 14 ; P. Van Parijs, *Qu'est-ce qu'une société juste ?*, Paris : Éditions du Seuil, 1991, p. 114-116

Chapitre II

Les justifications utilitaristes

L'autre grande famille de justification souvent invoquée à l'appui du droit d'auteur est la justification utilitariste.

D'une manière générale la justification utilitariste conçoit le régime du droit d'auteur comme un instrument pour maximiser le bien-être (ou « l'utilité ») collectif, par exemple en raison de son rôle d'incitant à la création d'œuvres intellectuelles.

La tradition utilitariste a donné lieu à une variété de réponses quant à la définition précise du concept d'utilité, confrontée notamment aux difficultés posées par la mesure et la comparaison inter-personnelle des utilités. Pour certains, la tâche de l'utilitarisme est de poursuivre la solution pareto-optimale, ce qui revient à une règle d'unanimité : en effet, une option est pareto-optimale [1] lorsqu'il n'existe aucune autre option qui soit préférée par au moins un individu et auquel les autres individus sont (au moins) indifférents [2]. Pour les tenants de la théorie du choix social, l'optimum social peut être défini sur un mode majoritariste, comme l'option préférée par une proportion donnée des membres de la collectivité qui soit au moins supérieure à celle reçue par les autres options [3]. Pour d'autres, on peut substituer à la notion d'utilité la notion de biens premiers, entendus comme des moyens polyvalents permettant à chaque individu la poursuite de sa conception de la vie bonne [4]. D'autres encore, comme Richard Posner, auteur influent dans la littérature économique sur le droit d'auteur, choisissent de privilégier le

1. Du nom de Vilfredo Pareto, économiste associé au courant de la nouvelle économie du bien-être (*new welfare economics*).
2. *ibid.*, p. 36
3. Sur une telle approche, liée la théorie du choix social, cf. *ibid.*, p. 37
4. *ibid.*, p. 42

critère de la « maximisation de la richesse » à celui de la maximisation du bien-être [5].

Bien que les auteurs dont nous discuterons les arguments diffèrent parfois quant à leur interprétation de l'utilité, ces différences ne seront toutefois pas déterminantes dans le cadre du survol de la littérature que nous effectuerons dans ce chapitre. Nous supposerons de manière générale qu'on puisse soutenir un optimum utilitariste en termes d'une fonction mesurable d'utilité (ou « bien-être »), sans nous prononcer sur la définition précise qu'il convient de donner à cette notion.

En outre, l'argument instrumental qui sous-tend ces justifications utilitaristes (p. ex. le droit d'auteur comme incitant à la création) peut également être pertinent pour d'autres approches normatives, comme l'approche dite du « social planning » soutenue par Fisher, qui vise à promouvoir une « culture juste et attractive » [6], ou dans une certaine mesure notre propre approche de la justice qui cherche à maximiser la liberté réelle. Dès lors que ces autres approches présentent un aspect conséquentialiste, et qu'elles accordent également une certaine importance à la fonction instrumentale du droit d'auteur, elles emprunteront nécessairement certains des éléments de l'approche utilitariste que nous allons discuter.

Comme nous l'avons vu, si la justification utilitariste a sans doute davantage influencé le droit américain, elle n'est pas complètement étrangère à nos traditions juridiques européennes [7]. Lors du débat français

5. Voyez R. A. Posner, "Wealth Maximisation Revisited", *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy* 2 (1985). À l'occasion d'une controverse avec Ronald Dworkin à propos de sa théorie, Posner précise qu'il ne voit pas la richesse comme une fin en soi, mais comme une valeur instrumentale. Selon Posner, le critère de « maximisation de la richesse » permet d'échapper aux travers de l'utilitarisme :

> « Utilitarianism can be purged of its absurdities by the substitution of wealth for happiness as the social maximand. This substitution excludes the claims of the unproductive and thus gets rid of the thief, the "utility monster," and other unappealing claimants to whom the strict utilitarian must, however reluctantly, give ear. Another effect of the substitution of wealth for happiness is to make rights more important in a system of wealth maximization than they are in a utilitarian system. » R. A. Posner, "The Value of Wealth : A Comment on Dworkin and Kronman", *The Journal of Legal Studies* 9.2 (1980), p. 248

6. Fisher contraste ainsi cette « social planning theory » avec l'approche utilitariste : « This approach is similar to utilitarianism in its teleological orientation, but dissimilar in its willingness to deploy visions of a desirable society richer than the conceptions of "social welfare" deployed by utilitarians ». Cf. W. W. Fisher, "Theories of intellectual property", *op. cit.* ; W. W. Fisher, "Reconstructing the Fair Use Doctrine", *Harvard Law Review* 101 (1988), p. 6.

7. Cf. *supra,* note 63

au XIXe siècle sur la légitimité du droit d'auteur, elle est soutenue avec force par des auteurs comme Jules Dupuit [8] ou Léon Walras, le père de la théorie de l'équilibre général [9]. Nous avons également soutenu que l'argument classique en faveur du droit d'auteur comme « récompense » des auteurs pour leurs efforts semblait influencé par la justification utilitariste (cf. *supra*, chapitre I, 1.2) [10]. Par ailleurs, l'internationalisation du droit d'auteur tend à diminuer les différences entre traditions juridiques, et on constate une importance croissante des préoccupations économiques dans les régimes européens du droit d'auteur [11].

Parmi les justifications utilitaristes du droit d'auteur, l'approche la plus courante est celle qui soutient qu'un régime de droit d'auteur contribue à la maximisation de l'utilité par son impact positif du point de vue de l'analyse dynamique : c'est l'argument classique du droit d'auteur comme incitant à la création, que nous discuterons dans notre première section. Dans une seconde section, nous présenterons une série d'arguments distincts de l'approche classique, soutenant qu'on peut aussi justifier un régime de droit d'auteur (ou de « droits de propriété intellectuelle ») par son impact positif d'un point de vue statique, dans le sens où il garantirait l'exploitation socialement optimale des œuvres existantes.

Section 1 Le droit d'auteur pour inciter à la création

Classiquement, les justifications utilitaristes des droits intellectuels mettent en évidence leur impact positif sur le bien-être agrégé dans une perspective dynamique, par leur rôle d'incitants à la création d'œuvres nouvelles.

1.1 Le droit d'auteur comme solution à un problème de biens publics

On présente souvent l'argument économique en faveur de la protection des droits intellectuels comme visant à résoudre un problème de

8. J. Dupuit, « Du principe de propriété : Le juste - l'utile », in D. Sagot-Duvauroux

9. L. Walras, « De la propriété intellectuelle », dans D. Sagot-Duvauroux, *La propriété intellectuelle c'est le vol ! les majorats littéraires et un choix de contributions au débat sur le droit d'auteur au XIXe siècle*, *op. cit.*

10. Comme nous l'avons déjà remarqué

11. C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information : approche de droit comparé*, *op. cit.*, p. 44 ; A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 4e éd., Bruxelles : Larcier, 2008, p. 17

production de biens publics [12].

On qualifie de biens publics purs les biens qui ont pour caractéristique d'être à la fois non rivaux et non excluables. Les biens non rivaux sont des biens dont la consommation par un individu n'affecte pas sa consommation par autrui. Les biens non excluables sont des biens pour lesquels il est impossible, ou excessivement difficile, d'exclure les consommateurs qui n'ont pas payé. Les exemples classiques de biens publics purs sont l'air, les feux d'artifice, les phares maritimes, etc.

Une œuvre intellectuelle est un bien public pur, comme la plupart des informations (à l'exception par exemple des secrets). La consommation d'une œuvre est non rivale, dans le sens où le nombre de personnes qui peuvent en profiter est en principe illimité. Seule la consommation du support matériel (le manuscrit ou un livre papier) peut être rivale. En outre, les œuvres intellectuelles sont typiquement difficilement excluables.

L'excluabilité des œuvres intellectuelles est une question de degré, avec plusieurs grands sauts liés à l'évolution technologique. Avant l'invention de l'imprimerie, la reproduction d'une œuvre littéraire était très difficile puisqu'elle se faisait sous forme manuscrite, de sorte qu'il était facile d'exclure autrui de son usage. [13]. Avec l'avènement des techniques de reproduction industrielle, les producteurs [14] disposant de l'équipement nécessaire peuvent désormais reproduire des exemplaires de l'œuvre à un cout marginal faible.

Les techniques de reproduction industrielle, en même temps qu'elles créent un marché pour la vente de copies d'œuvres intellectuelles, sont à l'origine d'une importante défaillance de marché. En effet, si les couts de reproduction (couts variables) sont faibles, les couts de création (couts fixes) restent élevés. Dès lors, dans la plupart des cas [15] la production intellectuelle souffrira d'un problème d'appropriabilité [16] : les producteurs

12. Cf. F Benhamou & J Farchy, *Droit d'auteur et copyright*, Paris : La Découverte, 2010, p. 8.

13. En effet, lorsque les couts de reproduction sont élevés et qu'il est difficile ou impossible de créer des substituts parfaits, l'œuvre est facilement excluable, puisqu'il n'existe que peu de copies, ou que celles-ci sont de qualité inférieure.

14. À des fins de simplification, à l'instar de Landes et Posner, nous n'entrerons pas dans les détails de la répartition des couts et bénéfices entre l'auteur et l'éditeur, et utiliserons le terme « producteur intellectuel » pour désigner tant l'auteur que son cessionnaire.

15. C'est-à-dire à l'exception des œuvres d'art ou performances pour lesquelles le public accorde une valeur particulière à l'exemplaire original par rapport aux copies, ou à la performance réelle par rapport à la rediffusion.

16. P. Samuelson, "The pure theory of public expenditure", *The Review of Economics and Statistics* (1954) ; P. Belleflamme, "Le piratage des biens d'information" (2003), p. 3. Sur la notion d'appropriabilité, voyez la définition de Lemley : « the ability of the creator to capture rents sufficient to pay back the fixed cost investment of creation » cf. M. A. Lemley, "A Cautious Defense of Intellectual Oli-

concurrents, qui ne supportent pas les couts de création, peuvent facilement proposer l'œuvre à un prix inférieur, faisant tendre le prix du marché vers le cout marginal de reproduction. Les difficultés d'appropriabilité du producteur intellectuel, qui risque donc de ne pas pouvoir recouvrer ses couts de création [17], conduisent donc à une sous-production d'œuvres intellectuelles par rapport à ce qui serait socialement optimal. Ce problème est exacerbé par l'émergence des technologies numériques, qui réduisent drastiquement l'investissement nécessaire pour disposer de moyens de diffusion de masse.

Pour résoudre cette situation de défaillance de marché, on envisage généralement différents types d'intervention de l'État : il peut fournir lui-même le bien public en question, accorder des récompenses aux producteurs du bien public, ou accorder des droits de propriété sur ces biens. L'instauration de droits intellectuels relève de cette troisième voie : le régime juridique renforce l'excluabilité des biens intellectuels, en permettant à l'auteur d'interdire les copies de son œuvre.

Pour justifier un régime de droits intellectuels dans le cadre d'une approche utilitariste, il faut encore montrer qu'un tel système contribue à maximiser l'utilité, et donc réaliser une analyse couts-bénéfices d'un tel régime.

1.2 Les couts d'un régime de droits d'auteur

Un régime de droits d'auteur présente essentiellement deux types de couts.

Le premier type de cout d'un régime de droits intellectuels est celui assumé par les consommateurs en raison de la distorsion des prix causée par le pouvoir de monopole de l'auteur.

En effet, dans un article classique, l'économiste Kenneth Arrow note que l'allocation optimale des ressources voudrait que les œuvres intellectuelles soient distribuées à un prix d'équilibre égal au cout marginal de production, afin d'assurer leur utilisation optimale [18]. L'instauration

gopoly with Fringe Competition", *Review of Law & Economics* 5.3 (2009), version pré-publication, p. 4, disponible à l'adresse http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1407798

17. Ce point déjà remarqué par Bentham : « [T]hat which one man has invented, all the world can imitate. Without the assistance of the laws, the inventor would almost always be driven out of the market by his rival, who finding himself, without any expense, in possession of a discovery which has cost the inventor much time and expense, would be able to deprive him of all his deserved advantages, by selling at a lower price. », J. Bentham, *A Manual of Political Economy*, New York, G.P. Putnam, 1839, p. 71

18. K. Arrow, "Economic welfare and the allocation of resources for invention", in : *The rate and direction of inventive activity : Economic and social factors*. Nber, 1962, p. 616. On attribue généralement à Arrow la formulation contempo-

de droits intellectuels repose dès lors sur un paradoxe [19] : « inventive activity is supported by using the invention to create property rights ; precisely to the extent that it is successful, there is an underutilization of the information » [20]. En effet, pour encourager la production d'œuvres intellectuelles futures, on crée des droits de propriété qui restreignent l'usage des œuvres existantes [21].

Cette solution est en quelque sorte une concession d'Arrow à Schumpeter [22] : comme une situation de concurrence parfaite conduirait les prix à s'aligner trop rapidement sur le cout marginal, empêchant les producteurs intellectuels de recouvrer leurs couts de création, il est nécessaire de renforcer leur pouvoir de marché pour qu'ils puissent fixer un prix plus élevé, s'écartant ainsi de la norme d'efficience statique. Dès lors, l'instauration d'un régime de droits intellectuels représente un compromis entre incitation à la création et usage des œuvres, par lequel on sacrifie une partie de l'efficacité du point de vue de l'analyse statique en faveur de l'efficacité du point de vue dynamique [23].

En raison de la déviation du prix des œuvres par rapport à la norme d'efficience en situation de libre concurrence, les consommateurs dont la propension à payer, bien qu'étant au-dessus du cout marginal, reste en dessous du prix de monopole, n'acquerront pas l'œuvre. Cela conduit à une perte sèche (ou *deadweight loss*) pour la société, en raison de la sous-utilisation des œuvres produites par rapport à ce qui serait socialement optimal. En outre, une autre perte sèche est celle qui résulte du transfert du surplus du consommateur vers le surplus du producteur en raison de la différence entre le prix de monopole et le prix de concurrence. [24].

raine de l'approche du compromis incitation-usage, cf. G. S. Lunney, "Reexamining Copyright's IncentivesAccess Paradigm", *Vanderbilt Law Review* 49 (1996), p. 486, note 5.

19. Cf. également Hettinger, "Justifying Intellectual Property", *op. cit.*, p. 48 : « This approach is paradoxical. It establishes a right to restrict the current availability and use of intellectual products for the purpose of increasing the production and thus future availability and use of new intellectual products. »

20. K. Arrow, "Economic welfare and the allocation of resources for invention", *op. cit.*, p. 617 ; Voir aussi, parmi les textes fondateurs de cette approche : W. D. Nordhaus, *Invention growth, and welfare : a theoretical treatment of technological change*, Cambridge, MA : M.I.T. Press, 1969).

21. K. Arrow, "Economic welfare and the allocation of resources for invention", *op. cit.*, 1962, p. 616.

22. Selon la formule de M. A. Lemley, "A Cautious Defense of Intellectual Oligopoly with Fringe Competition", *op. cit.*

23. F. Lévêque & Y. Menière, *Économie de la propriété intellectuelle*, Paris : La Découverte, 2003, p. 9.

24. Cf. Lunney p. 497-498 ; F. Lévèque, p. 9. En théorie économique, le surplus du consommateur correspond à la différence entre le prix que les consommateurs sont prêts à payer et le prix effectivement payé. Le surplus du producteur correspond à la différence entre le prix de vente et le prix minimal auquel les producteurs sont prêts à vendre.

Le deuxième type de couts induits par un régime de droits intellectuels sont les couts de transaction. Comme le notent Landes et Posner dans un article classique [25], les droits intellectuels ont un effet ambivalent du point de vue de l'analyse dynamique. En effet, comme la création intellectuelle passe nécessairement par l'emprunt à des œuvres préexistantes, la protection de droits intellectuels représente un cout pour les créateurs subséquents : plus la protection des droits d'auteur est étendue, plus le cout d'input pour les créateurs subséquents augmente [26]. Les créateurs subséquents peuvent ou bien négocier une licence d'utilisation, ou bien faire l'effort de se détacher des éléments protégés.

Cette augmentation des couts de transaction pour les créateurs subséquents, et donc des couts de création d'œuvres nouvelles, présente un effet négatif sur l'incitation à la création. Cela implique qu'au-delà d'un certain niveau, la protection du droit d'auteur pourrait être contreproductive [27]. Il faut donc réaliser un compromis entre incitation et cout de création [28].

Dans le cas des droits intellectuels, les couts de transaction sont particulièrement élevés en raison de la difficulté d'identifier le titulaire ou l'étendue des droits intellectuels. Contrairement à la propriété matérielle, il n'est généralement pas possible d'identifier les attributs du droit en se fondant sur la localisation physique ou sur l'observation d'une possession continuée de son objet [29]. En outre, il est plus difficile pour le titulaire de droit de détecter les utilisations non autorisées : il faut parfois plusieurs années pour qu'un auteur ait connaissance d'une atteinte à ses droits [30]. En outre, la facilité de reproduction et de dissémination des œuvres dans l'environnement numérique rend particulièrement difficile (et donc couteuse) la protection des droits d'auteur.

Dès lors, pour présenter un résultat net positif sur le bien-être agrégé, l'impact positif d'un régime de droit d'auteur du point de vue de l'analyse dynamique doit être plus important que son impact négatif du point de vue de l'analyse statique. La justification utilitariste du droit d'auteur doit donc montrer qu'un tel régime parvient à réaliser un compromis entre les bénéfices liés à l'incitation à la création et les couts pour

25. W. M. Landes & R. A. Posner, "An economic analysis of copyright law", *The Journal of Legal Studies* 18.2 (1989), p. 332-33

26. *ibid.*, p. 332 ; M. Abramowicz, "A New Uneasy Case for Copyright", *George Washington Law Review Arguendo* 79.6 (2011), p. 1662

27. W. M. Landes & R. A. Posner, "An economic analysis of copyright law", *op. cit.*, p. 332

28. W. M. Landes & R. A. Posner, *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge Mass. : Harvard University Press, 2003, p. 71

29. *ibid.*, p. 16, et p. 33-36 ; M. A. Lemley, "What's Different About Intellectual Property", *Texas Law Review Rev.* 83 (2004), p. 1100.

30. W. M. Landes & R. A. Posner, *The economic structure of intellectual property law*, *op. cit.*, p. 18-19.

l'utilisation des œuvres (que nous désignerons par l'expression « compromis incitation-usage » [31]).

1.3 Facteurs économiques permettant de relativiser les difficultés d'appropriabilité

Il convient toutefois de nuancer les problèmes d'appropriabilité supposés par l'argument classique en faveur du droit d'auteur (cf. *supra* 1.1). On peut en effet mentionner un certain nombre de facteurs qui permettent de relativiser ces difficultés d'appropriabilité de la production intellectuelle, même en l'absence de droits d'auteur [32] .

Ainsi, ces difficultés d'appropriabilité peuvent être compensées par la mise en œuvre de certaines stratégies comme l'exploitation de l'effet « premier sur le marché », des possibilités d'exclusion par des mesures techniques, ou des modèles économiques hybrides. En outre, certains facteurs contribuent à réduire le besoin de recourir à des stratégies d'appropriation, en raison de la diminution des couts de création, ou des motivations non marchandes de certains acteurs.

1.3.1 L'effet « premier sur le marché »

Même si un producteur intellectuel ne peut pas empêcher ses concurrents de reproduire et distribuer l'œuvre, il peut néanmoins bénéficier de l'effet "premier sur le marché" (first-mover advantage) : durant le temps nécessaire à ses concurrents pour produire les copies, le producteur original sera le seul sur le marché.

Toutefois, avec la diminution draconienne des couts de reproduction dans l'environnement numérique, la durée de l'effet « premier sur le marché » a considérablement diminué. Néanmoins, pour certains types de créations ayant une valeur économique éphémère (comme les articles de presse), l'effet « premier sur le marché » peut suffire à générer des revenus suffisants pour permettre au producteur d'en recouvrer les couts.

31. Nous privilégions cette expression sur celle, plus fréquente dans la littérature, de « compromis incitation-accès ». Il semble que ce qui est visé par le deuxième membre du compromis n'est pas seulement l'accès aux œuvres, mais plus généralement leur utilisation. Voyez par exemple, chez G. S. Lunney, "Reexamining Copyright's IncentivesAccess Paradigm", *op. cit.* : « Broadening the scope of copyright increases the incentive to produce works of authorship and results in a greater variety of such works. Broadening copyright's scope, however, also limits access to such works both generally, by increasing their price, and specifically, by *limiting the material that others can use* to create additional works ».

32. Voyez T. G. Palmer, "Harvard journal law & public policy", *op. cit.*, p. 287 ; W. M. Landes & R. A. Posner, *The economic structure of intellectual property law*, *op. cit.*

En outre, l'effet « premier sur le marché » peut être combiné à d'autres modèles économiques, par exemple en étant associé à une stratégie de "branding" visant à valoriser une marque (ou, pour un auteur individuel, une réputation) associée à un certain niveau de qualité et d'innovation, et attirer un public significatif en dépit du fait que le même contenu est susceptible d'être repris par des concurrents [33].

1.3.2 L'exclusion par des mesures techniques

Pour compenser le problème d'appropriabilité des biens publics, il est possible d'utiliser des mesures techniques pour exclure les consommateurs de l'usage du bien. Ainsi, il est possible de limiter l'accès à un réseau de transports en commun par des tourniquets, ou de fermer un certain périmètre autour d'un spectacle en plein air ou d'un feu d'artifice, de manière à n'admettre que les consommateurs qui se sont acquittés du prix d'entrée.

Il s'agit donc d'exclure les consommateurs de l'accès à l'œuvre ou à la représentation publique de l'œuvre. Classiquement, c'est le modèle économique mis en œuvre par les musées, les théâtres, les salles de cinéma ou de concerts. Loin d'être marginaux, les modèles économiques centrés sur la représentation de l'œuvre constituent d'importantes sources de revenus, en croissance dans le secteur de la musique [34], et stables dans celui du cinéma [35].

Dans le même principe, il est possible d'utiliser des mesures techniques pour empêcher (ou rendre plus difficile) les reproductions non autorisées d'œuvres protégées. On utilise alors des moyens techniques pour exclure les consommateurs de l'accès aux copies de l'œuvre. Une première génération de mesures techniques consistait à grever les copies

33. M. A. Lemley, "Is the sky falling on the content industries ?", *Journal of Telecommunications and High Technology Law* 9 (2011), p. 134

34. Cf. A. B. Krueger, *The Economics of Real Superstars : The Market for Rock Concerts in the Material World*, 2005(décrivant l'augmentation des revenus des concerts pour les artistes les plus populaires entre 1999 et 2003) ; A. Koster, *The Emerging Music Business Model : Back to the Future ?*, 2008, url : http://www.journals.cluteonline.com/index.php/JBCS/article/view/4812 ; A. Gayer & O. Shy, "Publishers, artists, and copyright enforcement", *Information Economics and Policy* 18 (2006)

35. Toutefois, il faut noter que cette stabilité de l'industrie des salles de cinéma s'est maintenue en raison d'une hausse continuelle des prix des tickets, et en dépit de la baisse tendancielle de la fréquentation des salles. Cf. A. Gimmy & W Condon, "The Business of Show Business Act II : Appraising the Movie Theater.", *Appraisal Journal* 81.2 (2013) ; Cf. également Motion Picture Association of America, *Theatrical Market Statistics*, 2013, url : http://www.mpaa.org (visité le 02/09/2014) (citant l'augmentation du prix des tickets comme cause de la croissance de 1% au Canada et aux États-Unis entre 2012 et 2013, malgré une baisse de fréquentation de 1%)*ibid.*

numériques distribuées aux utilisateurs de dispositifs anti-copie. Une seconde génération de mesures techniques consiste à intégrer ces dispositifs à même la technique de communication au public. La distribution ou l'usage de l'œuvre passe alors par des services centralisés, comme des plateformes de « cloud computing » [36], qui diffusent l'œuvre uniquement par des techniques sécurisées, par exemple le « streaming ». Ces procédés présentent l'avantage d'être particulièrement difficiles à contourner, puisque les consommateurs ne contrôlent plus directement les copies numériques des œuvres. Ce modèle connait une popularité grandissante dans de nombreux secteurs de l'offre culturelle, comme celui de la musique avec des services comme Spotify ou Deezer, celui des jeux vidéos avec Steam, ou celui du cinéma et des séries avec Netflix.

Toutefois, comme le notent Landes et Posner, si l'efficacité économique exige que le droit d'auteur soit grevé d'exceptions ou limitations (en vertu du compromis incitation-usage), la même exigence vaut pour les moyens techniques visant à exclure les consommateurs de l'usage des œuvres [37]. Dans le cas contraire, ces mesures techniques risqueraient d'imposer un cout social excessif, en restreignant toute une série d'usages des œuvres. Dès lors le résultat de l'analyse cout-bénéfice de la protection des œuvres par les mesures techniques dépendra de la faisabilité et du cout de l'intégration de telles limitations et exceptions à ces mesures techniques [38].

1.3.3 Modèles économiques hybrides

Les modèles économiques hybrides consistent à suppléer aux difficultés d'appropriation de la création intellectuelle, en la combinant avec un autre modèle économique susceptible de procurer un gain économique.

Un modèle hybride bien connu est celui reposant sur le financement par la publicité. C'est le modèle adopté par bon nombre de chaines de télévision ou de sites d'information en ligne, dans le cadre d'un marché biface entretenant une clientèle d'annonceurs d'une part, et de lecteurs ou de spectateurs d'autre part.

Un autre modèle, le modèle dit « freemium » consiste en la fourniture, à titre payant, de biens ou de services complémentaires à la distribution d'une œuvre à titre gratuit. Dans la mesure où ces biens ou services complémentaires ne souffrent pas des mêmes problèmes d'appropriabilité que l'œuvre, ils pourront permettre au producteur de recouvrer ses couts de création.

36. Cf. la définition dans P. Mell & T. Grance, "The NIST Definition of Cloud Computing", *op. cit.*, citée *supra*, note 15 page 10

37. W. M. Landes & R. A. Posner, *The economic structure of intellectual property law*, *op. cit.*, p. 44

38. *ibid.*, p. 44

Les nouvelles plateformes d'écoute musicale en « streaming » comme Spotify ou Deezer associent les deux, en proposant un service d'écoute musicale gratuit financé par la publicité, combiné à une offre payante dans le cadre d'un modèle « freemium ».

Les modèles économiques hybrides sont fréquemment mis en œuvre dans le domaine des projets de création collaborative par les pairs (*peer production*) [39] comme les projets de logiciels libres, qui bénéficient souvent du financement d'entreprises commerciales, par exemple parce qu'elles exploitent le logiciel dans le cadre de leurs activités internes, ou parce qu'elles l'exploitent commercialement dans le cadre d'une offre « freemium », comme Red Hat ou Canonical qui proposent un service de support technique payant à destination des entreprises, complémentaire aux systèmes d'exploitation Linux qu'elles distribuent à titre gratuit [40].

1.3.4 La diminution des couts de création dans l'environnement numérique

L'évolution de la structure de cout en raison du changement technologique a un effet ambigu sur l'appropriabilité de la production intellectuelle. D'une part, comme nous l'avons vu, la diminution de la part des couts variables de reproduction par rapport aux couts fixes de création favorise surtout les producteurs concurrents, qui ne supportent pas les couts de création, et donc accentue le problème d'appropriabilité pour le producteur original.

Mais d'autre part, il faut également remarquer que l'environnement numérique contribue également à la diminution des couts de création, en raison de l'accessibilité accrue des outils techniques nécessaires à la production intellectuelle (outils d'édition et de mise en page, matériel d'enregistrement et de montage audiovisuel, etc.).

Dès lors, l'impact de l'évolution de la structure de cout est ambigu [41] : d'une part la diminution des couts variables crée un problème d'appropriabilité, mais d'autre part la diminution de la part des couts

39. Cf. à ce sujet Y. Benkler, "Coase's Penguin, or, Linux and "The Nature of the Firm"", *The Yale Law Journal* 112.3 (2002)

40. Cf. dans le même sens M. Boldrin & D. K. Levine, *Against Intellectual Monopoly*, Cambridge University Press, 2010, p. 21-22.

41. Dans le même sens, voyez]Pollock2009 : « as we pointed out, the costs of 'originals' have also fallen dramatically, and this change is likely to require a reduction in the strength of protection. Looking more generally at the case of technological change which reduces the production costs of both 'originals' and 'copies', the implications for copyright policy were ambiguous – not surprising given the two contrary effects at play – and we highlighted the key terms in need of empirical estimation if an unambiguous answer were to be obtained. »

fixes à recouvrer diminue le niveau d'appropriabilité nécessaire pour le producteur intellectuel.

1.3.5 Motivations non marchandes

Un autre facteur conduisant à relativiser les problèmes d'appropriabilité économique sont les motivations non marchandes. Du point de vue de la motivation des producteurs intellectuels, il est utile de distinguer entre auteurs et éditeurs [42] : alors que pour un éditeur commercial, la décision d'éditer une œuvre est motivée par la recherche de gain [43], du point de vue de l'auteur, la décision de créer une œuvre intellectuelle peut découler de la recherche d'avantages non monétaires (réputation, statut social, etc.) ou de la poursuite de motivations intrinsèques à l'activité créative, comme la satisfaction de faire avancer la science ou de faire œuvre artistique. En effet, la création intellectuelle est un des domaines où les motivations non lucratives jouent souvent un rôle important [44].

Or, la baisse des couts de communication dans l'environnement numérique [45] rend possible une diminution du rôle des intermédiaires impliqués dans la diffusion et même la production de l'œuvre.

Dans la mesure où le recours à un éditeur commercial n'est plus indispensable à la diffusion d'œuvres et où les auteurs peuvent afficher des motivations non marchandes, on peut relativiser l'impact des problèmes d'appropriabilité sur le niveau de création intellectuelle.

Ainsi, les nouvelles formes de production collaborative dans l'environnement numérique sont souvent alimentées par des contributeurs bénévoles, animés par des motivations intrinsèques ou non monétaires comme la reconnaissance sociale, ou des comportements coopératifs banals dont la technologie multiplie l'impact [46]. Jusqu'aux années 2000, la littérature citait souvent le cas des encyclopédies ou des logiciels comme exemple d'œuvres intellectuelles dont la production serait très proba-

42. Pour rappel, à des fins de simplification, nous les avions jusqu'ici volontairement amalgamés sous l'expression « producteur intellectuel ».

43. R. Hurt & R. Schuchman, "The economic rationale of copyright", *The American Economic Review* 56.1-2 (1966), p. 426

44. Cf. W. M. Landes & R. A. Posner, "An economic analysis of copyright law", *op. cit.* ; A Plant, "The economic aspects of copyright in books", *Economica* 1.2 (1934), p. 169 ; A. Strowel, "Droit d'auteur et copyright", *op. cit.*, p. 221.

45. W. M. Landes & R. A. Posner, *The economic structure of intellectual property law*, *op. cit.*, p. 50.

46. Y. Benkler, *The wealth of networks : How social production transforms markets and freedom*, Yale : Yale University Press, 2006 ; Y. Benkler, *The penguin and the leviathan : How cooperation triumphs over self-interest*, New York : Random House LLC, 2011

blement insuffisante en l'absence d'incitant économique [47]. Le succès spectaculaire de projets comme l'encyclopédie collaborative Wikipédia ou des logiciels libres apporte un démenti frappant à ces affirmations [48].

1.4 Le niveau optimal de création intellectuelle

Pour déterminer quel serait le niveau adéquat d'incitants, il faut d'abord avoir une idée du niveau socialement optimal de création intellectuelle. Pour reprendre la formule du juriste américain Stephen Breyer (devenu entretemps juge à la Cour Suprême), on pourrait se demander : « How badly is copyright needed ? » [49].

Répondre à cette question requiert de considérer un point souvent négligé, celui du cout d'opportunité de la création intellectuelle : « [m]ore variety in works of authorship must mean less of something else » [50]. Pour évaluer l'avantage marginal pour la société de la production d'une nouvelle œuvre, il ne suffit pas de mesurer l'avantage social qu'elle procure dans l'absolu, il faut aussi le comparer à l'utilisation qui aurait été faite des mêmes ressources si l'œuvre n'avait pas été créée. Ainsi, note Breyer, sans l'incitant procuré par le régime du droit d'auteur, on peut supposer par exemple qu'un auteur de manuel scolaire se consacrerait à l'enseignement, à la recherche ou à d'autres activités présentant un impact positif sur le bien-être agrégé, notamment en raison des *spillovers* qu'elles génèrent [51]

Étant donné l'avantage social que procureraient les activités alternatives à la création intellectuelle, il existe donc un point au-delà duquel le cout d'opportunité de la création intellectuelle dépasse l'avantage social qu'elle procure. En effet, des incitants trop élevés à la création

47. R. Hurt & R. Schuchman, "The economic rationale of copyright", *op. cit.*, p. 426 ; S. P. Calandrillo, "Property Rights in Information : Justifications and Problems of Exclusive Rights, Incentives to Generate Information, and the Alternative of a Government-Run Reward", *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal* 9 (1998), p. 323.

48. Cf. Y Benkler, "Intellectual property and the organization of information production", *International Review of Law and Economics* 22.1 (2002), p. 88 : « where the marginal cost of one major input is zero and the other major input involves individual creativity, low-cost, low-returns strategies are a sustainable production strategy »

49. S. Breyer, "The Uneasy Case for Copyright : A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs", *Harvard Law Review* 84.2 (1970), p. 309-313. cf. M. Abramowicz, "A New Uneasy Case for Copyright", *op. cit.*, p. 1645. W. W. Fisher, "Theories of intellectual property", *op. cit.*, p. 180.

50. Cf. ,M. Abramowicz, "A New Uneasy Case for Copyright", *op. cit.*, p. 1645 ; G. S. Lunney, "Reexamining Copyright's IncentivesAccess Paradigm", *op. cit.*, p. 492 ; S. Breyer, "The Uneasy Case for Copyright : A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs", *op. cit.*, p. 309-313.

51. Cf. *ibid.*, p. 309-312

peuvent provoquer un excès d'entrée (*over entry*) sur le marché de la production intellectuelle, et conduire à allouer davantage de ressources à cette activité que ce qui est socialement optimal, au détriment des autres secteurs de l'économie.

D'un point de vue utilitariste, la recherche du compromis incitation-usage doit donc être affectée d'une limite externe, car elle doit prendre en compte le cout d'opportunité de la création intellectuelle dans son évaluation. Mais comment déterminer le niveau désirable de création intellectuelle ? Il n'existe pas de réponse satisfaisante à cette question dans la littérature, et il est possible qu'en la matière les certitudes soient hors de portée pour l'économiste, à défaut d'une connaissance omnisciente des fonctions d'utilité individuelle [52].

La détermination du niveau désirable de création intellectuelle est donc inévitablement spéculative. Les couts d'opportunité d'un régime de droit d'auteur constituent toutefois une raison supplémentaire de limiter le droit d'auteur à ce qui est strictement nécessaire à l'incitation à la création, afin d'éviter d'« attirer vers la production intellectuelle des ressources qui auraient pu être utilisées plus avantageusement dans d'autres secteurs économiques » [53].

1.5 L'étendue optimale de protection du droit d'auteur

Dans la perspective du compromis entre incitation et usage, il convient de déterminer l'étendue optimale de la protection du droit d'auteur : d'un point de vue général, si l'on suppose que la quantité désirable de création intellectuelle est finie, il parait raisonnable de soutenir qu'à mesure que l'on augmente l'étendue de la protection du régime du droit d'auteur, le bénéfice marginal décroit, alors que les couts augmentent. Il est alors possible de déterminer un point qui représente l'étendue optimale de protection des droits d'auteur, et qui sera nécessairement en deçà de l'étendue maximale envisageable.

En outre, une évaluation de l'étendue optimale des droits d'auteur sera nécessairement incomplète si elle ne cherche pas au préalable à élucider les différentes incertitudes théoriques que nous avons évoquées au cours de ce chapitre, comme la quantité socialement optimale de création intellectuelle au vu de son cout d'opportunité, ou l'intensité du problème d'appropriabilité auquel sont confrontés les producteurs intellectuels.

52. Cf. J. M. Buchanan, "Positive economics, welfare economics, and political economy", *Journal of Law and Economics* 2 (1959), p. 124.

53. G. S. Lunney, "Reexamining Copyright's IncentivesAccess Paradigm", *op. cit.*, p. 656 (notre traduction).

Nous nous contenterons d'évoquer les principales tendances d'une telle évaluation, sans bien sûr aller jusqu'à élaborer un modèle économique formel [54].

1.5.1 Étendue matérielle

L'étendue matérielle de la protection est l'ensemble des actes d'utilisation de l'œuvre couverts par le droit exclusif. Cette étendue matérielle influe sur le degré auquel le titulaire de droit peut utiliser le droit d'auteur pour imposer des couts à des tiers ou les exclure de certains marchés [55]. L'étendue matérielle du droit d'auteur peut-être limitée par la définition même des droits (cf. par exemple le rôle de la distinction entre idée et expression), ou par la reconnaissance de certaines exceptions au droit d'auteur.

Pour déterminer l'étendue matérielle optimale du droit d'auteur, il faut procéder à une analyse cout-bénéfice. On peut supposer que le bénéfice marginal pour la société d'une nouvelle œuvre créée est décroissant. En outre, on peut également supposer qu'à mesure que l'on étend le champ de protection, l'effet marginal d'incitation diminue : en effet, certaines utilisations des œuvres (par exemple la copie privée) sont susceptibles de faire l'objet de défaillances de marché, ou ne présentent pas d'impact économique majeur. En outre, certains couts d'un régime de droit d'auteur croissent avec l'étendue matérielle. Ainsi, les couts de transaction seront d'autant plus grands que la portée des droits exclusifs est large, et l'effet sur les couts de création des créateurs subséquents sera d'autant plus grand que le droit d'auteur couvre un grand nombre d'utilisations dérivées d'une œuvre.

La relation entre l'étendue matérielle du droit d'auteur et l'effet sur le bien-être agrégé est donc susceptible de varier considérablement en fonction de la valeur attribuée aux différents paramètres. Il semble en tout cas raisonnable de conclure que ces différents couts et bénéfices pris en compte par le compromis incitation-usage impliqueront une limite supérieure à l'extension matérielle du droit d'auteur, et donc la garantie de certaines exceptions et limitations au droit d'auteur.

1.5.2 Étendue temporelle

On peut également appliquer ce raisonnement à la question de la durée optimale de protection (ou l'étendue temporelle optimale) du

54. Voyez par exemple les modèles formels proposés par Nordhaus ou Landes et Posner : W. D. Nordhaus, *Invention growth, and welfare : a theoretical treatment of technological change*, *op. cit.*W. M. Landes & R. A. Posner, "Indefinitely renewable copyright", *The University of Chicago Law Review* 70 (2003), p.71-84

55. M. Sag, "Beyond Abstraction : the Law and Economics of Copyright Scope and Doctrinal Efficiency", *Tulane law review* 81.1 (2006), p. 199

droit d'auteur.

Premièrement, comme nous l'avons vu dans le cadre de l'extension matérielle, on peut supposer que le bénéfice marginal pour la société de l'extension temporelle des droits d'auteur est décroissant : d'une part en raison de notre hypothèse d'une quantité désirable finie d'œuvres intellectuelles ; et d'autre part, car on peut considérer que l'effet marginal sur l'incitation à la création diminue avec l'extension de la durée de protection, en raison de l'utilité marginale décroissante pour l'auteur, et de l'actualisation par les auteurs des gains futurs à leur valeur présente [56]. Deuxièmement, on peut supposer que la plupart des couts, comme la perte sèche liée au prix de monopole, sont proportionnels à la durée de protection, mais que certains couts augmentent avec la durée de protection, comme les couts de recherche de l'ayant droit [57].

Dès lors, la durée optimale de protection sera forcément limitée dans le temps, et correspondra au point où le bénéfice marginal d'une extension de la durée est égal au cout marginal qu'elle génère.

La question de la durée optimale de protection parait également difficile à trancher de manière absolue. Les estimations des économistes sur ce qui constituerait la durée optimale de protection varient fortement : Rufus Pollock l'évalue à 15 ans [58], Boldrin et Levine à 2 ans [59]. Landes et Posner considèrent que si l'on mettait réellement en œuvre l'approche du compromis incitation-usage [60], la durée optimale de protection devrait être « considérablement plus courte que la durée actuelle de septante ans après la mort de l'auteur » [61].

La question de l'étendue temporelle du droit d'auteur a été au centre d'un important débat aux États-Unis, à propos du Copyright Term Extension Act (CTEA). Le CTEA prévoyait d'étendre pour l'avenir la durée de protection du droit exclusif à 70 ans après la mort de l'auteur, ainsi que d'allonger rétroactivement la protection des œuvres créées avant 1923, afin d'éviter qu'elles ne passent dans le domaine public [62].

56. W. J. Gordon & R. G. Bone, "1610 Copyright", in : *Encyclopedia of law and economics*, Cheltenham, UK ; Northampton, MA : Edward Elgar, 2000, p. 198

57. *ibid.*, p. 198 ; Cf. également G Akerlof et al., *Brief as Amici Curiae in support of the Petitioners in Eldred v. Ashcroft*, 123 S. Ct. 729, 2003, p. 10

58. R. Pollock, "Forever minus a day ? calculating optimal copyright term", *Review Literature And Arts Of The Americas* 6.1 (2009)

59. M. Boldrin & D. K. Levine, "Market Size and Intellectual Property Protection", *International Economic Review* 50.3 (2009)

60. Notons toutefois que Landes et Posner contestent la focalisation de l'approche classique sur l'efficacité d'un point de vue dynamique, et prônent un système de droit d'auteur infiniment renouvelable pour favoriser l'efficacité d'un point de vue statique. Cf. *infra.* section 2.

61. W. M. Landes & R. A. Posner, "Indefinitely renewable copyright", *op. cit.*, p. 214

62. Il convient de noter que le législateur européen n'a pas été en reste, et a même eu un rôle pionnier dans le mouvement pour l'extension de la durée de protection

Suite au vote du Congrès américain, décrit par beaucoup comme le fruit d'une intense campagne de lobbying de l'industrie culturelle [63], le CTEA fit l'objet d'un recours pour inconstitutionnalité devant la Cour Suprême, défendu par le professeur américain Lawrence Lessig, influent défenseur de la culture libre [64]. Si la Cour décida finalement de faire preuve de déférence face au législateur en rejetant le recours [65], la procédure fut l'occasion d'un intéressant débat. On notera en particulier l'intervention en tant qu'*amici curiae* de plusieurs économistes très influents, dont cinq lauréats du prix Nobel d'économie (George Akerlof, Kenneth Arrow, Ronald Coase, James Buchanan, et Milton Friedman) [66]. Dans leur contribution, les économistes s'opposent fermement à l'extension de la durée de protection par le CTEA, au motif que celle-ci ne résiste pas à l'analyse cout-bénéfice. En effet, argüent-ils, le bénéfice actualisé d'une extension de la durée de protection sur l'incitation à la création serait probablement faible pour ce qui concerne les œuvres nouvelles, et certainement nul pour ce qui concerne les œuvres existantes. En outre, les couts d'une telle extension (prolongation de la durée pendant laquelle les auteurs peuvent pratiquer un prix de monopole, et augmentation du cout de création pour les créateurs ultérieurs) surpasseraient largement ses maigres bénéfices [67]. Cette conclusion a reçu le soutien de plusieurs études empiriques [68].

---

des droits d'auteur : dès 1993, la directive 93/98/EEC avait allongé la durée de protection à 70 ans *post mortem*, avec un effet rétroactif particulièrement étendu puisqu'il s'appliquait même aux œuvres qui étaient déjà entrées dans le domaine public, comme l'a jugé la CJUE dans l'arrêt Butterfy : « Il résulte du rapprochement de ces différentes dispositions que la directive a consacré la possibilité de la renaissance des droits d'auteur et des droits voisins éteints en vertu de législations applicables avant la date de sa mise en oeuvre » ; C.J.U.E., *Butterfly*, C-60/98, 29 juin 1999, §23

63. I. Hargreaves, *Digital opportunity : a review of intellectual property and growth : an independent report*, rapp. tech., UK Intellectual Property Office, 2011, URL : http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf, p. 93 ; L. Lessig, *Free culture*, *op. cit.*, p. 217-218

64. *ibid.*, p. 213

65. Dans son arrêt Eldred v. Ashcroft, l'opinion majoritaire a soutenu que l'exigence constitutionnelle de n'instituer une protection que pour « une durée limitée » n'empêchait pas le Congrès d'étendre tant qu'il le voudrait la durée de protection des œuvres tant que chacune de ces extensions ne se faisait que pour une durée limitée. Cette décision donnait en quelque sorte raison à l'interprétation quelque peu cynique de la Copyright Clause, selon laquelle la constitution américaine autorisait une extension allant jusqu'à « l'infini moins un jour ». Cf. US Supreme Court, *Eldred v. Ashcroft*, 15 janvier 2003, 537 U.S. 186 ; R. Pollock, "Forever minus a day ? calculating optimal copyright term", *op. cit.*, p. 35, note 1.

66. G Akerlof et al., *Brief as Amici Curiae in support of the Petitioners in Eldred v. Ashcroft*, *op. cit.*

67. ibid., *p. 5 et suiv.*.

68. K.-L. Hui & I. P. L. Png, "On the Supply of Creative Work : Evidence from the Movies", *Law and Economics* 92.2 (2002) ; A. Tor & D. Oliar, "Incentives

1.6 Autres régimes juridiques envisageables pour inciter à la création

En outre, même si l'on parvient à déterminer le meilleur compromis entre incitation et usage, le droit d'auteur n'est pas le seul régime juridique envisageable pour inciter à la création.

Pour les justifications utilitaristes du droit d'auteur, il faut dès lors montrer qu'un régime de droits intellectuels, parmi d'autres arrangements institutionnels envisageables, constitue la solution qui maximise le bien-être agrégé [69]. N'y a-t-il pas un système plus efficient pour arriver aux mêmes fins ?

Ainsi, dans le contexte du débat sur le téléchargement non autorisé, un certain nombre d'auteurs ont proposé la mise en place d'un système de redevance visant à financer les créateurs, en contrepartie d'une autorisation du partage de fichiers sur Internet.

Cette proposition a été discutée dans la littérature sous différentes appellations, comme « licence globale », « contribution créative » ou « alternate compensation system » [70].

L'idée est que les technologies numériques permettent de mettre en place un système de mesure plus ou moins sophistiqué des préférences des consommateurs, sur lequel serait basée la répartition du produit de la redevance [71]. Selon ses partisans, un tel système permettrait d'inciter à la création sans restreindre l'usage des œuvres (du moins à des fins non commerciales), présentant dès lors un meilleur rapport couts-bénéfices que le régime du droit d'auteur, en contribuant à la fois à l'efficacité dynamique et statique.

---

to Create Under a Lifetime-Plus-Years Copyright Duration : Lessons from a Behavioral Economic Analysis for Eldered v. Ashcroft - viewcontent.cgi", *Loyola of Los Angeles Law Review* 36 (2002)

69. Comme le note Breyer : « Such a justification supports copyright protection, however, only if copyright is a more efficient way than other feasible institutional arrangements to satisfy the human want for writings », S. Breyer, "The Uneasy Case for Copyright : A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs", *op. cit.*, p. 289. Dans le même sens, voyez également C. Koboldt, "Intellectual Property and Optimal Copyright Protection", *Journal of Cultural Economics* 19 (1995), p. 132.

70. P. Aigrain, *Sharing : culture and the economy in the Internet age*, *op. cit.*W. W. Fisher, *Promises to keep : technology, law, and the future of entertainment*, *op. cit.* ; N. W. Netanel, "Impose a noncommercial use levy to allow free peer-to-peer file sharing", *Harv. JL & Tech.* 17.1 (2003). D'autres parlent de systèmes de « récompense » des créateurs, en remplacement au système de droits intellectuels Cf. S Shavell & T Van Ypersele, "Rewards versus Intellectual Property Rights"(2001)", *Journal of Law and Economics* 44 (2001) ; S. Breyer, "The Uneasy Case for Copyright : A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs", *op. cit.*

71. P. Aigrain, *Internet & Création*, Paris : In Libro Veritas, 2008, p. 93.

Les critiques de cette proposition se concentrent généralement moins sur sa désirabilité que sur sa faisabilité pratique et juridique [72]. Les couts d'administration d'un tel système ne paraissent certes pas négligeables, mais il faut les comparer aux couts d'un régime de droit d'auteur (comme les couts de transaction et la perte sèche) [73]. En outre, l'émergence ces dernières années de services comme Spotify ou Netflix, offrant des forfaits permettant une consommation illimitée d'œuvres intellectuelles au sein d'un catalogue centralisé, semble relativiser les objections quant aux couts d'administration d'un système de type « licence globale », qui présente des enjeux techniques similaires.

Notre objectif n'est pas de défendre cette proposition en particulier, mais simplement de montrer que, même si l'on admet la nécessité d'un incitant économique pour encourager à la création intellectuelle, le modèle des droits exclusifs n'est pas la seule option envisageable.

1.7 Lacunes empiriques sur l'efficacité du droit d'auteur

En plus des incertitudes théoriques que nous avons énumérées jusqu'ici, la justification du droit d'auteur comme incitant à la création souffre également d'un sérieux déficit empirique.

Certes, il faut reconnaitre qu'il est toujours ardu de comparer l'efficience de deux régimes juridiques « toutes choses égales par ailleurs », les sciences sociales ne disposant pas de conditions expérimentales « en laboratoire ». Une comparaison entre des États qui diffèrent quant au niveau de protection des droits d'auteur risquerait de souffrir de l'existence d'un trop grand nombre de variables parasites (contexte économique, culturel...), et nous manquons de données sur la situation précédant l'introduction d'un régime de droit d'auteur dans nos systèmes juridiques.

Mais on ne peut que déplorer la faiblesse de la littérature sur l'efficacité du droit d'auteur pour inciter à la création, en comparaison avec le corpus bien plus développé traitant de l'impact d'un régime de droit

72. Pour une critique de l'efficacité pratique d'un tel système, voyez par exemple S. J. Liebowitz, "Alternative Copyright Systems : The Problems with a Compulsory License", 2003, url : http://www.utdallas.edu/~liebowit/intprop/complpff.pdf ; Sur la question de la conformité d'un tel dispositif avec le droit belge et international, cf. C. Colin & S. Dusollier, *Etude du cadre juridique belge général des mécanismes de licences de droit exclusif susceptibles de pouvoir s'appliquer aux échanges privés de fichiers sur Internet*, Rapport pour la SACD/SCAM, 2011

73. S Shavell & T Van Ypersele, "Rewards versus Intellectual Property Rights"(2001)", *op. cit.*, p. 24.

des brevets [74]. Cette disparité est sans doute due à l'absence de données fiables : les données quantitatives sur la production intellectuelle sont souvent lacunaires [75]. Il est par exemple très difficile d'évaluer l'impact économique du téléchargement non autorisé, d'une part en raison de la nature clandestine du phénomène [76], et d'autre part parce qu'une majeure partie des données sont fournies par des parties prenantes, qui peuvent être suspectées de poursuivre des objectifs de lobbying [77].

En outre, il semble que la littérature économique se désintéresse de plus en plus de la question de l'efficience du régime du droit d'auteur (que Merges appelle la 'Grand Question'), se concentrant davantage sur des doctrines et détails particuliers du régime juridique [78].

Cette 'Grand Question' est pourtant loin d'être résolue. En 1970, le juriste américain Stephen Breyer concluait que l'argument en faveur de la protection du droit d'auteur était plutôt faible :

> « In sum, it is difficult to do other than take an ambivalent position on the question of whether current copyright protection - considered as a whole - is justified. (...) The position suggests that the case for copyright in books rests not upon proven need, but rather upon uncertainty as to what would happen if protection were removed. One may suspect that the risk of harm is small, but the world without copyright is nonetheless an "undiscover'd country" » [79]

Depuis, un certain nombre d'auteurs ont fait écho à ce diagnostic [80]. En 2011, Robert P. Merges, juriste américain influent, fervent partisan des régimes de propriété intellectuelle, aboutit à une conclusion similaire, sous la forme d'un impressionnant *mea culpa* :

74. Cette faiblesse de la littérature empirique sur le droit d'auteur est notamment pointée par J. Thorpe, "Some challenges for copyright-related quantification", *Review of Economic Research on Copyright Issues* 1.1 (2004), p. 43 ; Cf. également C. Handke, "A Taxonomy of Empirical Research on Copyright - How Do We Inform Policy ?" (Juil. 2012), url : http://papers.ssrn.com/abstract=2101084, p. 82.

75. Cf. Office of Technology Assessment (1986), cité par J. Thorpe, "Some challenges for copyright-related quantification", *op. cit.*, p. 44.

76. Cf. *ibid.*, p. 45-46

77. Hargreaves dénonce ainsi la tendance à ce qu'il qualifie de « lobbynomics » I. Hargreaves, *Digital opportunity : a review of intellectual property and growth : an independent report*, *op. cit.*, p. 18

78. R. P. Merges, "The economic impact of intellectual property rights : An overview and guide", *Journal of Cultural Economics* 19 (1995), p. 104

79. S. Breyer, "The Uneasy Case for Copyright : A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs", *op. cit.*, p. 322. *Contra* voyez B. W. Tyerman, "Economic Rationale for Copyright Protection for Published Books : A Reply to Professor Breyer, The", *Copyright Law Symposium (ASCAP)* 21 (1974)P. Goldstein, *Copyright's Highway : From Gutenberg to the Celestial Jukebox*, Stanford University Press, 2003, p. 17

80. Cf. M. Abramowicz, "A New Uneasy Case for Copyright", *op. cit.* ; G. S. Lunney, "Reexamining Copyright's IncentivesAccess Paradigm", *op. cit.*

> « In my research, I have become convinced that with our current tools we will never identify the « optimal number » of patented, copyrighted, and trademarked works. (...) Try as I might, I simply cannot justify our current IP system on the basis of verifiable data showing that people are better off with IP law than they would be without it. (...)
>
> This is a truth I avoided over the years, sometimes more subtly (for example, heavily weighing the inconclusive positive data, showing IP law is necessary and efficient, discounting inconclusive data on the other side), and sometimes less so (ignoring the data altogether, or pretending that more solid data were just around the corner). But try as I might, there was a truth I could never quite get around : the data are maddeningly inconclusive. » [81].

Certes, Merges modère cette conclusion en ajoutant que l'analyse économique permet tout de même de soutenir un argument relativement solide en faveur du droit d'auteur, mais pas un argument sans failles [82].

Étant donné l'incertitude sur l'efficience d'un régime de droit d'auteur on aurait pu s'attendre à ce que les pouvoirs publics s'abstiennent de l'étendre davantage, ou qu'ils affichent à tout le moins une certaine prudence, en cherchant à justifier sérieusement l'impact économique de toute nouvelle extension. En pratique, on constate que c'est loin d'être le cas. Dans un rapport commandé par le gouvernement britannique [83] le professeur Hargreaves constate que les politiques en matière de propriété intellectuelle « n'ont pas toujours été développées d'une manière cohérente avec les données économiques » [84]. Il pointe le poids du lobbying à l'origine de certaines décisions économiquement peu fondées, notamment l'extension rétroactive de la durée de protection d'œuvres existantes :

> « A prominent and persistent example of the lobbying problem concerns the duration of copyright protection, which has been periodically extended in recent decades. In spite of clear evidence that this cannot be justified in terms of the core IP argument that copyright exists to provide economic incentives to creators to produce new works. As has

81. R. P. Merges, *Justifying intellectual property*, *op. cit.*, p. 3.
82. *ibid.*, p. 3. En dépit de ce constat plutôt pessimiste, la conclusion de Merges est qu'il faut abandonner les justifications utilitaristes pour adopter un genre d'approche propriétarienne qu'il rattache à Locke, Kant, et (assez curieusement), à Waldron et Rawls.
83. I. Hargreaves, *Digital opportunity : a review of intellectual property and growth : an independent report*, *op. cit.*
84. *ibid.*, p. 19

> been noted by a number of commentators, no one has yet discovered a mechanism for incentivising the deceased. » [85].

Hargreaves rappelle également que le fondement économique de l'extension de la durée de protection des droits voisins à 70 ans après la mort de l'interprète, aujourd'hui en vigueur, a fait l'objet de sérieuses objections, les experts lui trouvant un impact nul, ou même négatif [86].

Le fondement économique des politiques publiques en matière de lutte contre le « piratage », est également plus que lacunaire. Ainsi, la question de l'impact du téléchargement non autorisé sur le niveau d'incitation à la création reste très controversée [87]. Or, en dépit de l'incertitude sur l'ampleur du problème [88], certains États ont tout de même mis en place des dispositifs répressifs couteux pour lutter contre le « piratage », comme le régime français de riposte graduée [89] instauré en

85. *ibid.*, p. 93

86. *ibid.*, p. 19 ; cf. également B. Hugenholtz, *Open Letter concerning European Commission's "Intellectual Property Package"*, 2008 ; A. Gowers, *Gowers review of intellectual property*, rapp. tech., London : HM Treasury, 2006, url : http://www.official-documents.gov.uk/document/other/0118404830/0118404830.pdf

87. Cf.J. Thorpe, "Some challenges for copyright-related quantification", *op. cit.* ; K. Domon & T. D. Lam, "Profitable Piracy in Music Industries", *Review of Economic Research on Copyright Issues* 6.1 (2009) ; Hadopi, *Hadopi, biens culturels et usages d'Internet : pratiques et perceptions des internautes français*, 2011, url : http://www.hadopi.fr ; F Oberholzer-Gee, "The Effect of File Sharing on Record Sales : An Empirical Analysis", *Journal of Political Economy* 115.1 (2007) (pour une critique de cette dernière étude, voyez toutefois S. J. Liebowitz, *How Reliable is the Oberholzer-Gee and Strumpf Paper on File-Sharing ?*, 2007, url : http://papers.ssrn.com/abstract=1014399)

88. Sur les difficultés d'évaluer l'impact du piratage sur le marché des œuvres (manque de données fiables, la difficulté d'interpréter les résultats agrégés, difficulté d'établir un lien de causalité, etc.) voyez J. Thorpe, "Some challenges for copyright-related quantification", *op. cit.*, p. 46, 48. Au vu de ces difficultés, une étude de 2012 (B. Danaher & J. Waldfogel, "Reel Piracy : The Effect of Online Film Piracy on International Box Office Sales", jan. 2012, url : http://papers.ssrn.com/abstract=1986299) semble adopter une approche prometteuse : les auteurs utilisent comme variable le délai de diffusion internationale de différents films hollywoodiens, pour vérifier si un délai plus long (qui pourrait générer davantage de téléchargement non autorisé) présente un impact plus fort sur les recettes de la diffusion en salle de cinéma. En comparant les résultats de la période précédant et suivant l'adoption en masse du protocole de *peer-to-peer* BitTorrent, les auteurs concluent à un impact négatif d'environ 7% sur les recettes lié au piratage précédant la diffusion du film. Les auteurs suggèrent néanmoins une stratégie simple pour contenir le phénomène, consistant à réduire le délai de diffusion international des films.

Voyez également J. Waldfogel, *The Marquee Result of the "Reel Piracy" Study*, 2012, url : http://www.digitopoly.org/2012/02/15/the-marquee-result-of-the-reel-piracy-study/ (visité le 02/09/2014), sur l'interprétation erronée de cette dernière étude par de nombreux commentateurs.

89. D'après l'estimation du ministère français de la culture, le budget de la Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet pour l'année 2009 a représenté un montant de 6,7 millions d'euros : Ministère de

2009 par les lois « Hadopi » [90].

En résumé, si l'argument théorique en faveur de la protection du droit d'auteur peut présenter quelque attrait, sa vérification empirique reste éminemment problématique. Alors que selon la justification classique du droit d'auteur d'un point de vue utilitariste, la détermination de l'étendue optimale de la protection des droits d'auteur devrait résulter d'un compromis entre incitation et usage, le législateur a fréquemment étendu l'étendue de la protection à partir d'arguments économiques pratiquement sans base empirique, et souvent contestés par les économistes eux-mêmes [91].

Section 2 Le droit d'auteur pour une exploitation optimale des œuvres existantes

Parmi les justifications utilitaristes, une deuxième approche, associée aux courants de l'analyse économique du droit ou du *Law and Economics* de l'école de Chicago, insiste sur l'impact positif d'un régime de « propriété intellectuelle » sur l'efficacité du point de vue de l'analyse statique, et non plus seulement dynamique.

Cette approche soutient qu'un des buts d'un régime de droit d'auteur est d'assurer une utilisation socialement optimale des œuvres existantes, en permettant aux ayants droit de réaliser pleinement le potentiel de profit de leur œuvre. On peut trouver une bonne description de cette approche chez Netanel (en dépit du label peu éclairant de « néoclassique ») :

> « In maximizing their profit, neoclassicists argue, copyright owners will both rationalize the "development" of existing creative works and sell exploitation entitlements to those who are best able to satisfy public tastes. For neoclassicists, copyright enables owners to charge users for access to creative work public goods not so much to preserve author

la Culture et de la Communication, « Budget 2009 », 26 septembre 2008, http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/albanel/budget2009.pdf ; Les fournisseurs d'accès ou les associations d'internautes ont contesté ces estimations, qu'elles jugent sous-évaluées : http://tempsreel.nouvelobs.com/vu-sur-le-web/20100701.OBS6513/doutes-autour-du-prix-de-la-riposte-graduee.html

90. Loi fr. du 12 juin 2009 et loi fr. du 28 octobre 2009.

91. Notamment en ce qui concerne la question de l'extension optimale de la durée de protection, que nous avons abordée *supra*, 1.5.2

> incentives as to determine what creative works are worth and thus to create a guide for resource allocation » [92]

Dès lors, cette approche conduirait nécessairement à des conclusions maximalistes quant à l'extension matérielle ou temporelle du droit d'auteur :

> « The only plausible neoclassicist limitation on copyright's term might come at the point of anticipated market failure » [93]

Cette approche, parfois qualifiée de « maximaliste », est généralement associée à des auteurs tels que Paul Goldstein [94], Robert Merges, Wendy Gordon, Richard Posner, ou Harold Demsetz, ou à des courants tels que le *law & economics* ou l'analyse économique du droit [95]. Goldstein en fournit la formulation la plus forte :

> « The logic of property rights dictates their extension into every corner in which people derive enjoyment and value from literary and artistic works to stop short of these ends would deprive producers of the signals of consumer preference that trigger and direct their investments » [96]

Dans la littérature sur les justifications du droit d'auteur, on présente souvent cette approche maximaliste comme un paradigme à part entière, opposé au paradigme classique du compromis incitant-usage [97]. Toutefois, comme certains l'ont fait remarqué [98], cette présentation est sans doute excessive. En effet, formulée dans les termes forts que lui

92. N. W. Netanel, "Copyright and a democratic civil society", *The Yale Law Journal* 106 (1996), p. 309

93. *ibid.*, p. 368

94. D'après *ibid.*, p. 307

95. Pour une présentation des différences entre ces deux approches, trop peu souvent distinguées, cf. Marciano, « Value and Exchange in Law and Economics », p. 11.

96. P. Goldstein, *Copyright's Highway : From Gutenberg to the Celestial Jukebox*, *op. cit.*, p. 17.

97. Ainsi, Fisher distingue entre ce qu'il appelle « incentive theory » et une approche visant à « optimiser les schémas de productivité (W. W. Fisher, "Theories of intellectual property", *op. cit.*) ; Netanel discute ce qu'il qualifie d'« approche néoclassique du droit d'auteur » (N. W. Netanel, "Copyright and a democratic civil society", *op. cit.*) ; et Lemley parle d'un paradigme appelé « full value » ou « absolute protection » (M. A. Lemley, "Property, Intellectual Property, and Free Riding", *op. cit.*), Frischmann parle d'une tendance « Demsetzienne » en droit d'auteur, en référence à l'économiste américain Harold Demsetz, associé à l'école de Chicago. Cf. B. M. Frischmann, "Evaluating the Demsetzian Trend in Copyright Law", *Review of Law and Economics* 3.3 (2008).

98. J. Aldred, "Copyright and the limits of law-and-economics analysis", in : *Copyright and Piracy - An Interdisciplinary Critique*, sous la dir. de L. Bently, J. Davis & J. C. Ginsburg, Cambridge, MA : Cambridge University Press, 2010

attribuent ses critiques, cette approche maximaliste trouverait vraisemblablement peu de partisans parmi les économistes.

Considérons par exemple Landes et Posner, souvent cités parmi les partisans d'une telle approche maximaliste : si ces deux auteurs soutiennent effectivement la prémisse selon laquelle « autant que possible, toutes les ressources ayant de la valeur, en ce compris les œuvres protégeables, devraient être appropriées, afin de générer des incitants pour leur exploitation efficiente » [99], ils expriment toutefois des doutes sur la « propriétarisation rampante de l'information et des autres biens intellectuels », et ne rejettent pas l'approche du compromis incitation-usage mais testent seulement ses limites [100].

Il semble que plutôt qu'un paradigme maximaliste à part entière, nous ayons affaire à des arguments qui s'inscrivent essentiellement dans l'approche classique du compromis incitation-usage, mais adoptent une série d'hypothèses particulières qui fait pencher la balance en faveur d'un haut niveau de protection. La plupart de ces hypothèses particulières consistent à considérer que sous certaines conditions, les droits de propriété intellectuelle peuvent également renforcer l'efficacité d'un point de vue statique, et favoriser l'usage optimal des œuvres existantes. Dès lors, une protection plus étendue de ces droits permettrait de favoriser l'efficacité dynamique (en incitant à la création d'œuvres nouvelles) sans nécessairement sacrifier l'efficacité au niveau statique, contrairement à ce que suggérait Arrow (cf. supra 1.2) [101].

Même s'ils ne représentent pas nécessairement un courant important en théorie économique, il est important de discuter ces arguments en raison de leur influence importante en droit, tant du point de vue de la doctrine, que des juges ou des législateurs [102].

99. W. M. Landes & R. A. Posner, "Indefinitely renewable copyright", *op. cit.*, p. 475 (notre traduction) : « so far as is feasible, all valuable resources, including copyrightable works, should be owned, in order to create incentives for their efficient exploitation and to avoid overuse »

100. Cf. *ibid.*, p. 475-476. Dans un autre ouvrage (*idem*, *The economic structure of intellectual property law*, *op. cit.*, p. 11-12), ces deux auteurs se montrent très critiques vis-à-vis de la tendance à résumer le problème des droits intellectuels par l'effet dynamique du compromis entre incitants et accès (comme chez Arrow), en soutenant qu'il faut également considérer les bénéfices d'un régime de droit d'auteur d'un point de vue statique.

101. Voyez par exemple *ibid.*, p. 12. Cette distinction entre les justifications du droit d'auteur insistant sur l'efficacité d'un point de vue dynamique et celles insistant sur l'efficacité d'un point de vue statique est similaire à la distinction par Lemley entre les justifications « ex ante » et « ex post » M. A. Lemley, "Lemley Ex Ante versus Ex Post Justifications for Intellectual Property", *University of Chicago Law Review* 71.1 (2009).

102. À propos de l'influence de ces arguments, voyez notamment J. Aldred, "Copyright and the limits of law-and-economics analysis", *op. cit.*; G. S. Lunney, "Copyright's Price Discrimination Panacea", *Harvard Journal of Law and Tech-*

Nous considèrerons deux types d'arguments dans cette approche. Le premier consiste à dire qu'une durée de protection illimitée des droits intellectuels permet d'éviter une sous-exploitation ou une sur-exploitation des œuvres existantes (2.1). Le second argument soutient que la seule limite à l'extension matérielle des droits intellectuels est l'existence de défaillances de marché (2.2).

.

2.1 Des droits de propriété intellectuelle illimités dans le temps

Landes et Posner, qui n'étaient pas signataires à l'intervention des *amici curiae* dans l'affaire Eldred v. Aschcroft, ont proposé deux autres arguments visant à soutenir la désirabilité d'une extension de la durée de protection (et plus précisément un système de droit d'auteur indéfiniment renouvelable [103]). Une durée de protection étendue permettrait d'une part de prévenir une *sous*-exploitation des œuvres, et d'autre part d'éviter une *sur*-exploitation des œuvres.

2.1.1 Prévenir la sous-exploitation des œuvres

Selon Landes et Posner [104], l'incitant économique fourni par les droits intellectuelles permet d'assurer non seulement un niveau optimal de création d'œuvres nouvelles, mais également l'exploitation optimale d'œuvres existantes, en particulier les œuvres anciennes : « the need to invest in intellectual property to maximize its value is not exhausted in the initial creation of the property. Investment is necessary to maintain the value of the property as well, and also to resurrect abandoned or otherwise unexploited intellectual property » [105]. Cet argument, qualifié de « traditional incentive-argument with a new twist », constitue selon ces auteurs une objection à la limitation de la durée de protection des droits d'auteur.

Lemley rappelle que cet argument avait été invoqué dans le débat précédant l'adoption du CTEA [106]. Comme il aurait été manifestement

nology 21 (2008) ; M. A. Lemley, "Lemley Ex Ante versus Ex Post Justifications for Intellectual Property", *op. cit.*, p. 131

103. W. M. Landes & R. A. Posner, "Indefinitely renewable copyright", *op. cit.*, p. 471.

104. *ibid.*, p. 471.

105. Landes & Posner, Indefinitely Renewable Copyright, University of Chicago Law Review, vol. 70, n°2, 2003, p. 491.

106. M. A. Lemley, "Lemley Ex Ante versus Ex Post Justifications for Intellectual Property", *op. cit.*, p. 133-134.

absurde de justifier l'allongement rétroactif de la protection par l'effet d'incitation sur des auteurs depuis longtemps décédés, les partisans du CTEA ont eu recours à un autre argument, consistant à dire que l'extension de la durée de protection est nécessaire pour inciter les ayants droit à investir dans la préservation ou dans la distribution d'œuvres déjà créées. Lorsqu'une œuvre est tombée dans le domaine public, raisonnent-ils, c'est comme si elle devenait orpheline, car plus personne n'est incité à en prendre soin [107].

Le problème avec cet argument est qu'il semble répondre à un problème de bien public là où il n'y en a pas [108]. Si pour la création de l'œuvre, il y a bien un problème de bien public justifiant la mise en place d'incitants, il n'y a aucune raison d'étendre cette logique à l'exploitation d'œuvres existantes. Du point de vue de la structure des couts, le marché des vieux livres est similaire à celui des attaches trombones [109]. En effet, dans la préservation ou la distribution des œuvres déjà créées, il n'existe plus d'asymétrie dans les couts entre les différents acteurs. Dès lors, il n'y a plus de situation de défaillance de marché qui justifierait l'octroi d'un monopole d'exploitation à un acteur particulier. D'ailleurs, pourquoi un monopoliste serait-il le gestionnaire le plus efficient de l'exploitation de l'œuvre ? [110] Dans une économie de marché, les acteurs vont simplement entrer en concurrence pour préserver et diffuser l'œuvre au prix du marché.

La nécessité d'un incitant économique pour la préservation ou la diffusion est rendue encore plus douteuse par la baisse des couts de stockage et de communication des œuvres sous forme numérique. De nombreuses initiatives à but non lucratif comme l'Internet Archive, le Projet Gutenberg, Wikimedia Commons ou Europeana se sont données

107. « A public domain work is an orphan. No one is responsible for its life. But everyone exploits its use, until that time certain when it becomes soiled and haggard, barren of its previous virtues. Who, then, will invest the funds to renovate and nourish its future life when no one owns it ? How does the consumer benefit from that scenario ? The answer is, there is no benefit. » J. Valenti, *Copyright Term Extension Act : Hearing on H.R. 989 Before the Subcommittee On Courts and Intellectual Property of the House Committee on the Judicary*, 104th Cong., 1e session, 1er juin 1995, cité par J. Litman, *Digital copyright*, *op. cit.*, p. 77 ; Cf. également M. A. Lemley, "Lemley Ex Ante versus Ex Post Justifications for Intellectual Property", *op. cit.*, p. 134.

108. *ibid.*, p. 135.

109. *ibid.*, p. 136. On trouve également cet argument chez P. Heald, "Property Rights and the Efficient Exploitation of Copyrighted Works : An Empirical Analysis of Public Domain and Copyrighted Fiction Bestsellers", *Minn. L. Rev.* 92 (2007), p. 46 : « If we trust the market to produce the optimal amount of tangible goods like string, bubble gum, and diet soda without entrusting central control of those products to a single authority, why should we treat intangible public goods like My Antonia, the color yellow, or the word « coffee » any differently ? »

110. M. A. Lemley, "Lemley Ex Ante versus Ex Post Justifications for Intellectual Property", *op. cit.*, p. 137.

pour mission d'archiver des milliers d'œuvres littéraires, picturales et audiovisuelles dans le domaine public. Dans ce contexte, l'extension du droit exclusif constitue un frein à ce genre d'initiatives [111].

Enfin, les résultats de plusieurs études empiriques récentes semblent clairement contredire l'argument de Landes et Posner [112] : celles-ci montrent qu'en comparaison à des œuvres protégées, l'exploitation des œuvres dans le domaine public est sensiblement la même dans le cas des œuvres musicales [113], légèrement supérieure dans le cas des œuvres littéraires [114], voire largement plus élevée dans le cas des *audiobooks* [115] (ce qui semble indiquer l'existence d'une défaillance de marché). Il semblerait donc que des œuvres qui sont passées dans le domaine public ne souffrent en tout cas pas d'une moindre exploitation par rapport aux œuvres protégées.

Landes et Posner envisagent également une variante de l'argument de la sous-exploitation, qui consiste à dire que seule une protection étendue permet d'inciter l'auteur à investir dans des améliorations de l'œuvre [116]. Il y a bien ici une situation de défaillance de marché similaire à celle de la création initiale de l'œuvre, mais la conclusion ne suit pas : pour y remédier, on pourra accorder à celui qui améliore une œuvre dont la protection a expiré un droit exclusif sur l'œuvre dérivée ; rien n'indique que le créateur de l'œuvre originale (ou ses héritiers, ou commettants) soit le mieux placé pour cette tâche, et donc que l'allongement de la durée de protection soit la meilleure solution. Par ailleurs, pour ce qui concerne les nouveaux modèles de production collaborative dans l'environnement numérique, il semble également que le droit exclusif freine plus qu'il n'encourage les améliorations de l'œuvre.

111. La constitutionnalité du CTEA avait d'ailleurs été contestée par le responsable d'un site web d'archives littéraires dans le domaine public, dans l'affaire Eldred v. Ashcroft : US Supreme Court, *Eldred v. Ashcroft*, *op. cit.*

112. P. Heald, "Property Rights and the Efficient Exploitation of Copyrighted Works : An Empirical Analysis of Public Domain and Copyrighted Fiction Bestsellers", *op. cit.* ; P. Heald, "Bestselling Musical Compositions (1913-32) and Their Use in Cinema (1968-2007)", *Review of Economic Research on Copyright Issues* 6.2 (2009) ; C. Buccafusco & P. J. Heald, "Do Bad Things Happen When Works Enter the Public Domain ? : Empirical Tests of Copyright Term Extension", *Berkeley Technology Law Journal* 28 (2013) ; T Brooks, *Survey of Reissues of US Recordings*, Washington, DC : Council on Library, Information Resources et the Library of Congress, 2005

113. Cf. P. Heald, "Bestselling Musical Compositions (1913-32) and Their Use in Cinema (1968-2007)", *op. cit.*

114. Cf. *idem*, "Property Rights and the Efficient Exploitation of Copyrighted Works : An Empirical Analysis of Public Domain and Copyrighted Fiction Bestsellers", *op. cit.*

115. C. Buccafusco & P. J. Heald, "Do Bad Things Happen When Works Enter the Public Domain ? : Empirical Tests of Copyright Term Extension", *op. cit.*

116. W. M. Landes & R. A. Posner, "Indefinitely renewable copyright", *op. cit.*, p. 489

L'actualité récente donne une illustration (certes pas décisive, mais néanmoins frappante) de cet argument, dans une affaire portant sur la traduction française du *Vieil homme et la mer* d'Ernest Hemingway. François Bon, éditeur indépendant, réalise une nouvelle traduction visant à remplacer celle de la traduction originale, assez ancienne et critiquée [117]. Il la diffuse sur son site Internet, faisant erreur sur la date d'entrée dans le domaine public de l'œuvre d'Hemingway, mais finit par la retirer suite aux pressions de la maison d'édition Gallimard, titulaire des droits sur l'édition française. À ce jour, seule reste disponible la traduction originale de 1952 [118]. Cette affaire semble contredire les hypothèses sous-jacentes à l'argument de Landes et Posner : en l'occurrence, c'est l'entrée dans le domaine public qui suscite des améliorations de l'œuvre (une nouvelle traduction), et c'est la protection du droit exclusif qui est source de stagnation.

Pour toutes ces raisons, on peut donc émettre de sérieux doutes quant à l'argument selon lequel le régime des droits exclusifs serait plus efficace que celui du domaine public pour inciter à l'exploitation ou à l'amélioration d'œuvres existantes.

2.1.2 Prévenir la sur-exploitation des œuvres

Mais Landes et Posner ne s'arrêtent pas à l'argument de la sous-exploitation. Ils soutiennent également l'argument opposé : une extension de la durée de protection est nécessaire pour préserver l'œuvre non seulement de la sous-exploitation mais aussi de la sur-exploitation [119]. Selon Landes et Posner, cette sur-exploitation constituerait un cas de « tragédie des communs » dans le domaine intellectuel. Popularisé par l'écologue américain Garett Hardin, l'argument soutient que l'usage libre d'une ressource limitée conduira vraisemblablement à sa sur-exploitation et, *in fine*, à sa destruction [120]. La tragédie des communs est classique-

117. Ainsi, la traduction originale réalisée en 1952 de Jean Dutourd avait déjà été sévèrement critiquée par Georges Bataille en 1953 : « Dans leur ensemble, les libertés prises par le traducteur sur l'original me semblent malheureusement en changer l'intention. Dutourd prête d'un bout à l'autre au vieil homme un langage teinté d'argot, Hemingway lui prête au contraire une sorte de simplicité biblique, pleine de dignité. », Georges Bataille, « Hemingway à la lumière de Hegel », in Œuvres complètes, tome XII, Paris, Gallimard, p. 253 .

118. Pour un résumé de cette affaire voyez : C. Dehesdin, "Hemingway est-il dans le domaine public ?", *Slate.fr* (2012), URL : http : / / www . slate . fr / story / 50303 / CULTURE-hemingway-domaine-public.

119. W. M. Landes & R. A. Posner, "Indefinitely renewable copyright", *op. cit.*, p. 475

120. G. Hardin, "The Tragedy of the Commons", *Science* 162 (1968), p. 1245

ment décrite dans les manuels d'économie comme un cas de défaillance du marché causée par des droits de propriété mal définis [121].

A priori, il ne semble pourtant pas que le domaine des œuvres de l'esprit soit vulnérable à un problème de surexploitation. En effet, en tant que biens non rivaux, elles sont reproductibles à l'infini, et donc inépuisables. Mais selon Landes et Posner, il peut y avoir surexploitation dans la mesure où une trop forte exploitation risque de diminuer la valeur d'une œuvre. En effet, si un personnage aussi fameux que Mickey Mouse entrait dans le domaine public, on pourrait assister à une explosion d'œuvres mettant en scène le personnage créé par Walt Disney. Dès lors, il est possible que sa valeur aux yeux des consommateurs diminue, soit par lassitude, soit en raison d'un brouillage de son image par un trop grand nombre d'usages divergents. De sorte qu'on assisterait à une diminution de la demande pour Mickey Mouse, engendrant une perte sèche pour la société [122].

L'argument de Landes et Posner consisterait donc à dire que même si les droits exclusifs produisent une perte sèche liée au prix de monopole, elle reste moins élevée que celle qui résulterait de la surexploitation des œuvres. Il est donc plus avantageux pour la société de prolonger la protection des droits exclusifs, car la demande agrégée reste plus élevée que si l'œuvre passait dans le domaine public, en raison du risque de lassitude ou de confusion liée à sa surexploitation.

Ce second argument pour l'extension de la durée du droit d'auteur parait encore moins convaincant que le précédent. Premièrement, l'hypothèse selon lequel l'entrée dans le domaine public impliquerait un plus haut niveau d'exploitation est contredite au moins dans le cas des œuvres musicales par l'une des études empiriques citées plus haut,

121. Voy. par exemple J. Stiglitz, C. E. Walsh & J.-D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3e éd., De Boeck, 2007, p. 29. Dans l'article de G. Hardin, "The Tragedy of the Commons", *op. cit.*, la propriété privée n'est toutefois pas présentée comme la seule solution. À côté de la définition de droits de propriété privée, Hardin évoque en effet la possibilité de soumettre la ressource à un droit de propriété publique, en allouant des droits d'usage (*ibid.*, p. 1245). Plus récemment, les travaux d'Elinor Oström ont mis en évidence une troisième voie pour gérer ce problème des communs, entre propriété privée et publique, par la mise en place de principes de gouvernance locale auto-gérée (E. Ostrom, *Governing the Commons : The Evolution of Institutions for Collective Action*, t. 30, Cambridge University Press, 1990)

122. Notons que Lemley semble attribuer à Landes et Posner l'argument selon lequel, une fois la durée de protection expirée, on assisterait à un mouvement le long de la courbe de demande jusqu'au point où le revenu marginal est égal à zéro (M. A. Lemley, "Lemley Ex Ante versus Ex Post Justifications for Intellectual Property", *op. cit.*, note 55 et notes 44-46). Toutefois, il semble plutôt que l'argument de Landes et Posner porte sur l'effet de diminution de la demande (et donc un déplacement de la courbe vers la gauche), et pas sur la diminution du revenu marginal (W. M. Landes & R. A. Posner, "Indefinitely renewable copyright", *op. cit.*, p. 486-488).

qui montre un niveau d'exploitation relativement semblable pour les œuvres protégées et celles dans le domaine public [123]. Et l'hypothèse de la dépréciation de la « valeur » de l'œuvre ne semble pas non plus passer l'épreuve empirique [124]. Et les quelques exemples mentionnés par les auteurs paraissent éminemment subjectifs, et, de leur propre aveux, contradictoires : ils jugent ainsi que si des œuvres comme la Joconde ou l'ouverture de la Cinquième Symphonie de Beethoven ont pu être « dégradées » par leur reproduction illimitée [125], cela ne semble pas être le cas des pièces de Shakespeare [126].

Deuxièmement, Landes et Posner devraient également montrer que lorsque les œuvres sont protégées par un droit de propriété intellectuelle, il est plus souvent vrai que leurs auteurs (et leurs commettants) gèrent leur exploitation en bons pères de famille, comme les créateurs de Mickey [127] ou de Garfield [128], plutôt que de céder à la tentation de leur sur-exploitation commerciale comme les *blockbusters* hollywoodiens, sans considérer les éventuels effets négatifs sur la demande.

Troisièmement, même si on observait un éventuel effet négatif sur le bien-être agrégé du à la dépréciation des œuvres, il faudrait encore le comparer à d'éventuels effets positifs résultant par exemple de la possibilité ouverte aux individus de réutiliser librement les œuvres fameuses et les icônes culturelles [129].

123. P. Heald, "Bestselling Musical Compositions (1913-32) and Their Use in Cinema (1968-2007)", *op. cit.*, p. 10-12.

124. C. Buccafusco & P. J. Heald, "Do Bad Things Happen When Works Enter the Public Domain ? : Empirical Tests of Copyright Term Extension", *op. cit.*, p. 26

125. Justin Hughes, au contraire, cite la Joconde comme exemple d'une œuvre qui n'a pas souffert de cette surexposition ; J. Hughes, "Recoding Intellectual Property and Overlooked Audience Interests", *Texas Law Review* 77 (1998), p. 926.

126. Et ceci, ajoutent-ils, malgré le fait que ces œuvres dérivées soient parfois « kitsch », « such as Shakespeare T-shirts and the movie Shakespeare in Love », cf. W. M. Landes & R. A. Posner, "Indefinitely renewable copyright", *op. cit.*, p. 488 . Notons que ces contre-exemples relèvent encore d'une pure appréciation subjective de la part de leurs auteurs.

127. Landes et Posner mentionnent à l'appui de leur argument la gestion parcimonieuse de ses personnages par Walt Disney : « To avoid overkill, Disney manages its character portfolio with care. It has hundreds of characters on its books, many of them just waiting to be called out of retirement.. .. Disney practices good husbandry of its characters and extends the life of its brands by not over-exposing them.... They avoid debasing the currency. » B. Britt, « Disney's Global Goals », *Marketing* 26 (1990), cité par *ibid.*, p. 486.

128. Cf. C. Suellentrop, "Why we hate the Mouse but not the cartoon copycat.", *Slate* (2004), url : http://www.slate.com/articles/news_and_politics/assessment/2004/06/garfield.html

129. Cf. J. Litman, "Breakfast with Batman : The public interest in the advertising age", *Yale LJ* 108 (1998) ; R. Dreyfuss, "Expressive genericity : trademarks as language in the Pepsi generation", *Notre Dame Law Review* 65 (1989)

Comme le résume Epstein, « on a du mal à croire que l'étoile de Shakespeare a été ternie par les calamités commises en son nom », ou que l'on vivrait dans un monde meilleur si un hypothétique « Shakespeare Trust » pouvait faire interdire de telles réutilisations, et exiger des *royalties* confortables à toutes les autres [130]

Dès lors, il convient également de rejeter ce second argument de Landes et Posner en faveur d'une extension illimitée du droit d'auteur. À défaut de bonnes raisons d'étendre les droits d'auteur pour éviter une sur- ou une sous-exploitation de l'œuvre, on en revient donc à la formulation classique du compromis incitation-usage, et il convient de limiter la durée de protection en arbitrant entre les couts et les avantages d'un tel régime.

Notons toutefois une idée à sauver dans les arguments de Landes et Posner : le principe d'un système de droits d'auteur d'une durée plus courte mais renouvelable (sous réserve d'une durée maximale, ajouterions-nous) [131]. Un tel système ne manque en effet pas d'intérêt pour la réalisation d'un compromis entre incitation et usage, notamment celui de raccourcir les couts sociaux lié à la protection de droits qui sont d'un bénéfice minime à certains créateurs [132]

2.2 Des droits propriété intellectuelle limités seulement par les défaillances de marché

Une tendance de plus en plus courante dans la doctrine juridique est de considérer que les exceptions au droit d'auteur ne sont justifiées que dans la mesure où il existe des défaillances de marché [133]. À l'inverse, dans tous les cas où il est possible de mettre en place un marché pour les

130. R Epstein, "Liberty versus Property ? Cracks in the Foundations of Copyright Law", *op. cit.*, p. 26

131. Un tel système était en vigueur notamment dans certains pays d'Europe jusqu'au début du XXe siècle et aux États-Unis jusqu'en 1976, cf. S. van Gompel, *Formalities in Copyright Law : An Analysis of Their History, Rationales and Possible Future*, Kluwer Law International, 2011

132. Cette question des formalités connait depuis peu un regain d'intérêt : voyez notamment L. Lessig, *Free culture*, *op. cit.*, p. 248-256 ;S. Dusollier, "(Re)Introducing Formalities in Copyright as a Strategy for the Public Domain", in : *Open content licensing : from theory to practice*, Amsterdam : Amsterdam University Press, 2011., 2009 ; J. C. Ginsburg, "The US experience with formalities : a love hate relationship", in : *Global copyright : three hundred years since the Statute of Anne, from 1709 to cyberspace*, Cheltenham, UK ; Northampton, MA : Edward Elgar, 2010 ; D. Gervais & D. Renaud, "The Future of United States Copyright Formalities : Why We Should Prioritize Recordation, and How to Do It", *Berkeley Technology Law Journal* 28 (2013)

133. G. S. Lunney, « Fair Use and Market Failure : Sony revisited » ; Wendy J. Gordon, « Fair Use as Market Failure : A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors », 82 COLUM. L. REV. 1600, 1601 (1982)

licences d'utilisation des œuvres, une telle solution serait préférable, car elle augmenterait le surplus des producteurs d'œuvres intellectuelles, ce qui augmente l'incitant à créer de nouvelles œuvres [134], et permet de signaler la demande aux producteurs, ce qui leur sert à orienter leurs efforts [135]. Et le fait qu'une telle extension maximaliste des droits de propriété intellectuelle conduirait en pratique à un transfert massif de richesse des utilisateurs vers les auteurs ne perturbe pas les tenants du courant *Law and Economics*, pour lesquels de tels transfert sont « wealth-neutral » (voire « welfare-neutral », selon certains [136]). L'argument classique dans le courant *Law and Economics* est que si l'on veut redistribuer la richesse, il vaut mieux utiliser le système fiscal que d'intégrer une préoccupation distributive dans le reste du système juridique [137].

En outre, la perte sèche résultant du prix de monopole imposé par les ayants droit peut être réduite en mettant en œuvre un mécanisme de discrimination par les prix. Celui-ci est rendu plus facile par la réduction drastique des couts de transaction dans l'environnement numérique [138], qui laisse entrevoir la possibilité de soumettre littéralement tous les usages possibles de l'œuvre à de multitudes licences *ad hoc*, permettant de minimiser les défaillances de marché [139]. Dans ce monde « sans frictions » [140], certains prédisent la disparition des exceptions au droit

On attribue souvent cet argument à Wendy Gordon, bien que celle-ci ait pris ses distances avec cette interprétation : dans une réponse à Lunney, Gordon affirme que son intention « n'était pas de limiter la portée du fair use » (W. J. Gordon, "Market Failure and Intellectual Property : A Response to Professor Lunney", *Boston University Law Review* 82 (2002) ; cf. également W. J. Gordon, "Excuse and Justification in the Law of Fair Use : Commodification and Market Perspectives", in : *The Commodification of Information : Social, Political and Cultural Ramifications*, sous la dir. de N. Netanel & N. Elkin-Koren, La Haye : Kluwer Law International, 2002)

134. G. S. Lunney, "Copyright's Price Discrimination Panacea", *op. cit.*, p. 388

135. H. Demsetz, *Information and Efficiency : Another Viewpoint*, 1969, p. 11.

136. M. Sag, "Beyond Abstraction : the Law and Economics of Copyright Scope and Doctrinal Efficiency", *op. cit.*, p. 196 : « First, some consumers remain willing to purchase the work at a higher price and consequently pay more. Assuming we value the welfare of both consumers and authors equally, this is simply a wealth transfer and is welfare-neutral ».

137. L. Kaplow & S. Shavell, "Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income", *Journal of Legal Studies* 24 (1995), cité par R. P. Merges, "The End of Friction ? Property Rights and Contract in the 'Newtonian' World of On-Line Commerce", *Berkeley Technology Law Journal* 12.1 (1997), p. 134.

138. En raison non seulement de la baisse des couts de communication, mais aussi des mesures techniques de protection des œuvres permettant aux auteurs de contrôler et donc d'exclure parfaitement les usages de leurs œuvres.

139. Cf. l'opinion du juge Easterbrook dans l'arrêt ProCD v. Zeidenberg : US Court of Appeals for the Seventh Circuit, *ProCD v. Zeidenberg*, 20 juin 1996

140. Pour reprendre l'expression de R. P. Merges, "The End of Friction ? Property

d'auteur [141], et le passage d'un régime de « fair use » [142] à un régime de « fared use » (usage tarifé) [143].

Cette interprétation a notamment exercé une influence considérable en droit. Elle est devenue dominante dans la jurisprudence américaine, la Cour Suprême ayant explicitement considéré que le *fair use* n'était justifié que par l'existence de défaillances de marché [144]. Cette idée a également eu une influence sur l'interprétation restrictive du fameux « test en trois étapes » [145], selon laquelle les utilisations qui portent atteinte à « l'exploitation normale de l'œuvre » doivent être disqualifiées d'emblée, sans qu'il soit possible de les justifier par d'autres considérations. Enfin, on retrouve encore cette influence dans la tendance à admettre la neutralisation des exceptions au droit d'auteur par les mesures techniques de protection ou par réservation contractuelle [146]

Rights and Contract in the 'Newtonian' World of On-Line Commerce", *op. cit.*

141. *ibid.* ; cf. également T Hardy, "Property (and copyright) in cyberspace", *University of Chicago Legal Forum* (1996), p. 219.

142. Le régime du « fair use » ou « usage loyal » est le régime d'exception au droit d'auteur prévu par le titre 17, § 107, du Le Copyright Act américain. Cf. infra, partie IV, chapitre II, section 2, pour une discussion de ce type d'exception « ouverte ».

143. T. W. Bell, "Fair Use vs. Fared Use : the Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine", *North Carolina law review.* 76.2 (1998). Voyez également la proposition de Barker d'un « agreed use », qui vise à supprimer purement et simplement certaines exceptions au droit d'auteur : « This option would respond to the fact the internet has reduced transactions costs and reduced the role for fair use copyright exceptions – and expanded the role for agreed use copyright enforcement. »G. R. Barker, "Agreed Use and Fair Use : The Economic Effects of Fair Use and Other Copyright Exceptions"", in : *Annual Congress of the Society for Economic Research on Copyright Issue*, Paris : Mines ParisTech, 2013.

144. Ainsi, dans un certain nombre d'affaires, Cf. par exemple « Campbell v. Acuff-Rose Music », « Harper & Row v Nation Enterpises », 471 U.S. 539, 559 (par contre, comme le note Lunney, c'est à tort que l'arrêt Sony a été lu comme faisant application de cette interprétation : cf. G. S. Lunney, "Fair Use and Market Failure : Sony Revisited", *Boston University Law Review* 82 (2002), p. 975-976). Pour d'autres références à l'application de cette interprétation par la jurisprudence américaine, voyez M. Sag, "Beyond Abstraction : the Law and Economics of Copyright Scope and Doctrinal Efficiency", *op. cit.* p. 227, note 61. Cf. également R. P. Merges, "The End of Friction ? Property Rights and Contract in the 'Newtonian' World of On-Line Commerce", *op. cit.* ; G. S. Lunney, "Fair Use and Market Failure : Sony Revisited", *op. cit.* ; R. S. R. Ku, "The Creative Destruction of Copyright : Napster and the New Economics of Digital Technology", *Berkeley Technology Law Journal* 18 (2003), p. 561-563.

145. Cf. *infra*, partie IV, chapitre I, section 1.2. Cf. également M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International, 2004, p. 41.

146. Cf. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, notamment p. 256-269. Cf. également R. S. R. Ku, "The Creative Destruction of Copyright : Napster and the New Economics of Digital

Une partie de la littérature résiste cependant à cette idée que la seule limite à l'étendue matérielle des droits intellectuels réside dans des défaillances de marché. D'un point de vue interne à l'approche utilitariste, deux objections paraissent particulièrement importantes.

La première objection est que la propension à payer des consommateurs peut au contraire *sous-évaluer* la demande sociale. Lemley et Frischmann insistent sur le rôle important joué par les externalités positives, ou *spillovers*[147]. Une conclusion importante de ces analyses est que l'effet de signalement de la demande ne fonctionne pas toujours correctement en présence de biens générant d'importants *spillovers*. La propension à payer des utilisateurs aura souvent tendance à sous-estimer la valeur sociale du bien, étant donné qu'ils ne s'approprient pas eux-mêmes l'intégralité de cette valeur. C'est le cas notamment pour les biens publics, les biens tutélaires (merit goods), et en particulier pour les biens d'infrastructure, incluant par exemple l'éducation ou l'information[148].

Dès lors, Lemley et Frischmann plaident en faveur d'un régime de droit intellectuel qui soit « poreux » (« leaky »), étant donné le rôle des *spillovers*. Non seulement ces externalités positives ne perturbent pas l'allocation des ressources, mais elles produisent en outre d'importants bénéfices. Au contraire, un régime de propriété intellectuelle trop étendu sera amené à systématiquement négliger la valeur sociale de certains usages dont la valeur sociale n'est pas reflétée par la valeur privée que les acheteurs leur accordent[149] :

> « As a general matter, it is reasonable to conclude that social demand for access to and use of copyright protected works exceeds private demand, at least for a sufficient numbers of works to merit rejection of the nirvana-like combination of absolute property rights and efficient licensing »[150].

La deuxième objection, sans doute la plus importante, fait écho à l'objection de Breyer à l'approche classique de la justification du droit d'auteur pour l'incitation à la création (cf. *supra* 1.4) : une appropriation

Technology", *op. cit.*, p. 561, qui mentionne une communication du gouvernement américain soutenant le Digital Millenium Copyright Act en citant explicitement l'interprétation (erronée) de l'arrêt Sony comme justifiant le *fair use* dans une défaillance de marché.

147. Définis comme les « bénéfices non compensés que procure par l'activité d'une personne à une autre personne » cf. B. M. Frischmann & M. A. Lemley, "Spillovers", *Columbia Law Review* 107 (2007), p. 258 (c'est nous qui traduisons).

148. Cf.*ibid.*, p. 279-280. Lemley et Frischmann définissent les biens d'infrastructure comme des « shareable resources capable of being widely used for productive purposes » (p. 279) .

149. Cf.*ibid.*, p. 279-280., p. 272-275.

150. B. M. Frischmann, "Evaluating the Demsetzian Trend in Copyright Law", *op. cit.*, p. 670

complète par les auteurs des bénéfices de leurs œuvres peut conduire à surévaluer la demande sociale [151]. En effet, il n'existe aucun autre domaine d'activité où l'on permet aux innovateurs de s'approprier le bénéfice total de leurs innovations. Dès lors, si l'on étend la propriété intellectuelle afin de permettre aux auteurs de s'approprier l'intégralité du bénéfice social de leurs œuvres, on risque de détourner une grande partie de l'activité innovative vers la production d'œuvres protégées plutôt que vers la production d'autres biens non susceptibles de protection par le droit d'auteur. Par exemple, un régime trop étendu de propriété intellectuelle pourrait détourner une partie des efforts consacrés à la recherche fondamentale vers la création d'œuvres expressives, en raison de la plus grande perspective de gain procurée par celle-ci (étant donné que le droit d'auteur ne s'étend pas aux idées). Comme le résume Lunney :

> « If the copyright industry competes for the resources necessary to create more and better works primarily with other creative sectors of the economy, then the key to optimal resource allocation is not perfect appropriability, but relative appropriability » [152]

Entre ce risque de sous-utilisation ou de sur-production des œuvres intellectuelles, il y a de quoi douter sérieusement qu'une extension matérielle maximale des droits de « propriété intellectuelle » présente un effet positif pour l'efficacité du point de vue de l'analyse statique.

Conclusion du chapitre II

Nous avons examiné dans ce chapitre les deux principales justifications utilitaristes du droit d'auteur, la première mettant en avant son impact sur l'efficacité dynamique, et la deuxième sur l'efficacité d'un point de vue statique.

La justification la plus classique est celle qui justifie le droit d'auteur comme nécessaire à l'incitation à un niveau optimal de création intellectuelle. Étant donné la structure de couts induite par les techniques de reproduction industrielle, les producteurs intellectuels sont confrontés à un problème d'appropriabilité qui risque de conduire à un niveau de création sous-optimal. Accorder à l'auteur un droit exclusif sur son œuvre lui permet de jouir d'un pouvoir de marché suffisant pour recouvrer ses couts de création.

Toutefois, les droits d'auteur présentent également un certain nombre de couts pour la société. Le premier est la perte sèche résultant du prix

151. G. S. Lunney, "Reexamining Copyright's IncentivesAccess Paradigm", *op. cit.* ; *idem*, "Copyright's Price Discrimination Panacea", *op. cit.*
152. *idem*, "Copyright's Price Discrimination Panacea", *op. cit.*, p. 447.

de monopole imposé par l'auteur, et le second est le cout de transaction lié à la nécessité de négocier une licence pour pouvoir réutiliser les œuvres existantes. Dès lors, la justification utilitariste du droit d'auteur passe par un compromis entre les bénéfices liés à l'incitation à la création et les couts résultant de la limitation de l'usage des œuvres (le « compromis incitation-usage »).

Si cet argument parait plausible, il n'en présente pas moins d'importantes zones d'ombre. Premièrement, il faut apprécier l'intensité du problème d'appropriabilité au regard des modèles économiques alternatifs permettant de les compenser (effet « premier sur le marché », exclusion par les mesures techniques, ou modèles économiques hybrides) ou des facteurs conduisant à en relativiser l'ampleur (diminution du cout de création, motivations non marchandes).

Deuxièmement, pour déterminer le niveau d'incitation qu'il convient de garantir, il faut d'abord décider du niveau optimal de création intellectuelle. Or, comme toute activité, la création intellectuelle présente un cout d'opportunité. Pour évaluer l'impact sur l'utilité agrégée d'une augmentation de l'incitation à la création, il ne suffit donc pas d'évaluer le bénéfice marginal pour la société d'une œuvre supplémentaire, il faudrait encore pouvoir comparer le comparer au bénéfice marginal qui résulterait des autres activités auxquelles la création intellectuelle se substitue.

Troisièmement, parmi les autres régimes juridiques envisageables, le régime du droit d'auteur est-il le plus efficace pour inciter à la création ? N'est-il pas possible de mettre en place d'autres moyens d'inciter à la création, qui présentent un moindre cout pour l'utilité agrégée ?

À défaut d'élucider les différentes incertitudes théoriques les tentatives d'évaluer l'étendue optimale des droits d'auteur sont nécessairement incomplètes.

Les économistes s'inscrivant dans l'approche des biens publics soulignent souvent cette incertitude :

> « public goods theory fails to provide the type of simple policy inferences needed to provide the categorical conclusions that characterize so much of the copyright literature » [153]

En outre, la littérature empirique sur la vérification de l'efficacité d'un régime de droit d'auteur pour inciter à la création est sérieusement sous-développée, et le législateur a la fâcheuse tendance de fonder ses politiques en la matière sur des arguments économiques généralement dépourvus de fondement empirique. Plutôt que de faire preuve de prudence vu l'incertitude sur le caractère justifiable du régime de droit

153. J. Conley & C. Yoo, "Nonrivalry and Price Discrimination in Copyright Economics", *University of Pennsylvania Law Review* 157 (2009), p. 1830. Voyez aussi M. Abramowicz, "A New Uneasy Case for Copyright", *op. cit.*, p. 1647.

d'auteur dans sa forme actuelle, le législateur semble souvent poursuivre des politiques hasardeuses, sous l'influence des groupes de pression [154]

Face aux incertitudes théoriques et aux lacunes empiriques sur l'efficacité du droit d'auteur, on peut comprendre le scepticisme de certains sur la justification du régime du droit d'auteur, surtout dans son étendue actuelle.

Selon les critiques les plus virulentes, la diversité des modèles économiques envisageables et des motivations à la création intellectuelle laisse penser que, même en l'absence de protection des droits intellectuels le niveau de création intellectuelle ne diminuerait pas substantiellement [155].

Selon d'autres critiques, bien qu'il soit difficile d'évaluer le niveau optimal d'un régime de droit, il parait clair que la durée de protection du régime actuel se situe bien au-delà de ce qui est justifiable [156].

Quant à la seconde approche parmi les justifications utilitaristes, selon laquelle la reconnaissance de droits de « propriété intellectuelle » serait nécessaire non seulement pour son effet dynamique mais aussi pour son effet statique, nous avons vu qu'elle peinait à convaincre, tant en ce qui concerne l'extension temporelle que matérielle des droits. L'idée d'une extension temporelle illimitée, visant à lutter contre la sous-exploitation ou la sur-exploitation des œuvres existantes, s'assimile à une solution hasardeuse à un problème inexistant : non seulement l'existence d'une situation de sous-exploitation ou de sur-exploitation des œuvres tombées dans le domaine public ne se vérifie pas empiriquement, mais en plus rien n'indique qu'un acteur en situation de monopole soit le plus à même d'exploiter efficacement une œuvre.

En outre, l'idée d'un droit d'auteur limité seulement par les défaillances de marché semble se heurter un problème similaire à celui qui affectait déjà l'approche classique du compromis incitation-usage : en cherchant à assurer une appropriabilité maximale pour les créateurs, le risque est de conduire à une sur-production d'œuvres intellectuelles par rapport à la quantité socialement optimale. Étant donné le cout d'opportunité de la propriété intellectuelle, il convient d'éviter de procurer une meilleure appropriabilité dans le cas de la production intellectuelle que dans d'autres domaines de l'économie.

154. Cf. I. Hargreaves, *Digital opportunity : a review of intellectual property and growth : an independent report*, *op. cit.*, p. 93

155. Cf. M. Boldrin & D. K. Levine, *Against Intellectual Monopoly*, *op. cit.* Cet argument n'est pas neuf ; dans le même sens, voyez aussi ; Arnold Plant, "The Economic Aspects of Copyright in Books," in Economica (n.s.) (1934) : 30-51.

156. Cf. R. Pollock, "Forever minus a day ? calculating optimal copyright term", *op. cit.* ;M. Boldrin & D. K. Levine, "Market Size and Intellectual Property Protection", *op. cit.* ; R Epstein, "Liberty versus Property ? Cracks in the Foundations of Copyright Law", *op. cit.*, p. 26.

Mais au-delà de ces objections internes des justifications utilitaristes au droit d'auteur, on peut également avancer des critiques externes de la théorie utilitariste, visant à en relativiser les conclusions. À de nombreux égards, les recommandations de l'utilitarisme semblent entrer en conflit avec nos intuitions sur la justice. Les principales critiques de l'utilitarisme, liées à la critique rawlsienne selon laquelle l'utlitarisme ne prend pas au sérieux la distinction entre les personnes [157], portent sur le soutien seulement contingent de l'utilitarisme à deux dimensions importantes de la justice : une distribution égalitaire des avantages sociaux, et le respect des droits des individus [158]. Si l'utilitarisme peut répondre et intégrer la critique égalitariste, il parait impossible de déjouer la critique des défenseurs des droits sans abandonner ce qui constitue la spécificité de l'utilitarisme [159].

Face à ces limites de l'utilitarisme, nous privilégierons dans la deuxième partie de cette thèse une approche « réal-libérale » de la justice, qui ne rejette pas totalement l'approche welfariste, mais la contraint au respect de principes de justice visant à maximiser la liberté réelle des individus.

L'adoption d'une telle approche de la justice rejetant la focalisation sur la maximisation du bien-être (ou de la richesse) permettra notamment de soutenir une justification de principe, et plus seulement contingente, des exceptions et limitations au droit d'auteur. En effet, une telle approche de la justice encadre plus sévèrement les restrictions à la liberté individuelle, et permet d'avancer des arguments positifs en faveur des libertés d'usage de l'information. Ainsi, même s'il est possible d'utiliser la redistribution pour corriger les impacts « purement distributifs » d'un régime de droit d'auteur, nous verrons dans la deuxième partie de cette thèse qu'il y a de bonnes raisons, pour une théorie de la justice attachée à la liberté réelle, de préférer une distribution « en nature » des moyens d'action et d'expression découlant des libertés d'usage de l'information.

157. J. Rawls, *A theory of justice*, *op. cit.*, p. 26-27
158. P. Van Parijs, *Qu'est-ce qu'une société juste ?*, *op. cit.*, p. 53-65
159. *ibid.*, p. 59-68

Chapitre III

Les justifications personnalistes

La littérature sur les justifications du droit d'auteur identifie souvent une troisième famille, les justifications dites « personnalistes ». On pourrait réunir cet ensemble assez épars d'arguments [1] en définissant les justifications personnalistes comme celles qui soutiennent que la raison d'être du droit d'auteur découle du lien particulier entre la personnalité de l'auteur et son œuvre [2].

Il est parfois difficile de délimiter clairement les arguments appartenant à cette famille. D'abord parce que la littérature semble alterner entre des formulations plutôt conséquentialistes (quant à la nécessité de droits intellectuels pour protéger certains besoins humains [3]), et déontologiques (comme découlant du respect dû à la dignité des personnes [4],

1. Les arguments catégorisés comme appartenant à la famille des justifications personnalistes renvoient à des éléments assez divers. Selon la description de Justin Hughes, «[s]uch a justification posits that property provides a unique or especially suitable mechanism for self-actualization, for personal expression, and for dignity and recognition as an individual person »J. Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property", *op. cit.*, p. 28

2. Nous nous inspirons de la définition faite par Fisher de ce qu'il appelle les « personality theories ». Cf. W. W. Fisher, "Theories of intellectual property", *op. cit.*, p. 171.

3. Cf. la définition de Fisher : « The premise of the third approach – derived loosely from the writings of Kant and Hegel – is that private property rights are crucial to the satisfaction of some fundamental human needs ; policymakers should thus strive to create and allocate entitlements to resources in the fashion that best enables people to fulfill those needs » *ibid.*, p. 171.

4. Cf. Hughes, « Philosophy of Intellectual property » ; B. Friedman, "From Deontology to Dialogue : The Cultural Consequences of Copyright", *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 13 (1994), p. 157 Cf. également M. Spence, in Dear Images..., p. 392 (catégorisant les arguments personnalistes parmi les justifications déontologiques)

ou de leurs libertés fondamentales [5]). Mais surtout parce que certains arguments parfois cités parmi les justifications personnalistes ne sont en fait que des variantes d'arguments propriétariens (parfois qualifiés de « lockéens »). Ainsi Buydens, dans son excellente anthologie historique des justifications de la propriété intellectuelle, cite Portalis comme partisan de la « thèse personnaliste » [6], alors que celui-ci fait explicitement référence à l'appropriation « par le travail » (cf. supra 1.1), avant d'évoquer l'argument de la propriété intellectuelle comme extension de la propriété de soi de l'auteur dans son œuvre (cf. supra 1.3) [7]. De même, Fichte est souvent cité parmi les auteurs personnalistes, sans doute en raison de sa proximité avec Kant, alors que son argumentaire (assez obscur) repose en partie sur un appel à la propriété de soi et sur un argument similaire à celui de Rothbard sur la réservation par un démembrement de la propriété matérielle (cf. supra 1.5.2) [8]. Nous ne reviendrons pas sur ces arguments que nous avons déjà discutés dans notre étude des justifications propriétariennes (cf. *supra* chapitre I).

Il est en outre particulièrement difficile de discuter ces justifications personnalistes, car les tentatives d'élaborer des arguments normatifs complets sont rares. Dans la littérature juridique, l'appel à cette famille de justifications relève souvent de l'argument d'autorité, en faisant référence à des auteurs comme Hegel et Kant, dont nous verrons que la filiation avec cette famille d'arguments est pour le moins problématique [9]. D'autres se bornent à un point de vue historique, notant que cette approche personnaliste a marqué les doctrines juridiques des pays de tradition de droit d'auteur comme la France et l'Allemagne. Le

5. Cf. Hughes, p. 28 « As an alternative, I suggest ways to bring civil liberties doctrines to bear on intellectual property » ou p. 44 : « I suggest using two civil rights approaches to protect intellectual property. Although generally unrecognized, there are civil liberties arguments available that functionally can provide some "moral rights" that protect the personality of the creator as it is manifested in the creation ».

Les partisans des justifications personnalistes semblent également hésiter entre une « will theory of rights » (la fonction des droits est de procurer un contrôle absolu sur sa propriété) et une « interest theory of rights » (la fonction des droits est de favoriser certains intérêts). Cf. L. Wenar, "Rights", *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (déc. 2005), url : http://plato.stanford.edu

6. M. Buydens, *La propriété intellectuelle évolution historique et philosophique*, *op. cit.*, p. 318

7. Cf. le passage en question cité par *ibid.*, p. 318 : « si la possession de quelque chose peut être justifiée par le travail, c'est certainement celle qu'un auteur tire de son cerveau en exploitant et développant les facultés naturelles. Là il n'y a pas seulement propriété par appropriation, mais propriété par nature, par essence, par indivision, par indivisibilité de l'objet et du sujet »

8. *ibid.*, p. 326

9. Ce problème d'attribution est également pointé par J. L. L. Schroeder, "Unnatural rights : Hegel and intellectual property", *U. Miami L. Rev.* 60.80 (2005) ; M. Spence, "Justifying Copyright", in : *Dear Images : Art, Copyright and Culture*, sous la dir. de K. Schubert & D. McClean, London : Ridinghouse, 1999.

propos est alors plus descriptif que normatif, et se focalise essentiellement sur la façon dont les arguments personnalistes permettent d'expliquer certaines caractéristiques du droit positif (comme l'inaliénabilité du droit moral de l'auteur), plutôt que de discuter la plausibilité de ces arguments. Il arrive ainsi que la littérature entretienne une certaine confusion entre justification philosophique et dogmatique juridique [10] : il n'est pourtant pas suffisant d'invoquer certaines classifications positivistes avancées par des juristes (comme la théorie des droits de la personnalité d'Otto Van Gierke [11] ou la théorie des droits intellectuels d'Edmond Picard [12]) pour démontrer que les droits d'auteur sont justifiés d'un point de vue normatif [13].

Pour ces raisons, nous envisagerons cette troisième famille de justifications de manière un peu plus brève que les deux autres. Nous discuterons deux arguments : le premier, inspiré de Hegel, est que la propriété intellectuelle est nécessaire à l'auto-réalisation de l'individu (Section 1) ; le second, tiré de Kant, porte sur le rôle du droit d'auteur en tant que droit de la personnalité pour attribuer les discours à leurs auteurs (Section 2).

Section 1 Hegel : la propriété nécessaire à l'auto-réalisation de l'individu

On pourrait résumer ce premier argument comme suit : si l'on admet la proposition attribuée à Hegel selon laquelle la propriété est nécessaire à l'auto-réalisation de l'individu comme volonté libre, du fait qu'elle lui permet notamment d'objectiver sa volonté dans des objets extérieurs, alors cela vaut *a fortiori* pour la propriété intellectuelle, en raison du lien particulier entre la volonté libre et les traits de personnalité incorporés dans l'œuvre [14].

10. Sur la dogmatique juridique, et sa prétention à participer à la démarche scientifique, voyez P. Amselek, "La part de la science dans les activités des juristes", *recueil Dalloz* 39 (1997)

11. O. V. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. 1, Leipzig : Duncker und Humblot, 1895, p. 702, cité par A. Strowel, "Droit d'auteur et copyright", *op. cit.*, p. 99.

12. Cf. E. Picard, "Embryologie juridique", *J. D. I.* 10 (1883). Cf. également A. Strowel, "Droit d'auteur et copyright", *op. cit.*, p. 102-103.

13. Ainsi, il faut approuver la présentation faite par Alain Strowel dans sa thèse, qui distingue clairement entre les théories sur la « nature juridique » et sur les « justifications » du droit d'auteur et du copyright, qui contraste avec la confusion régnant parfois dans la littérature sur cette distinction. Cf. *ibid.*, p. 102-103.

14. Nous résumons ici le raisonnement développé par J. Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property", *op. cit.*, p. 330-337.

Notons d'abord que la théorie de Hegel forme un système philosophique complexe, possédant une logique propre, et qui se prête difficilement à une réinterprétation hors de son contexte pour soutenir une thèse normative particulière. On notera en outre que Hegel rejette explicitement le type de philosophie normative idéale que pratiquent les théories de la propriété intellectuelle que nous discutons, même s'il lui arrive d'adopter une démarche évaluative [15]. Et même si l'on interprétait le propos de Hegel comme un discours prescriptif, celui-ci ne serait pas d'une grande utilité pour fonder la justification de droits de propriété intellectuelle. En effet, il semble que cet argument de l'auto-réalisation de l'individu repose sur une interprétation erronée de la *Philosophie du droit* de Hegel [16].

Il faut distinguer deux dimensions du propos de Hegel dans la *Philosophie du droit* : d'une part l'argument général en faveur de la propriété comme nécessaire au développement des individus comme volontés libres, et d'autre part les considérations sur la propriété intellectuelle comme exemples de droits de propriété.

Il parait utile de resituer dans son contexte le discours de Hegel sur la propriété. Pour faire simple, disons seulement que le propos de Hegel dans la *Philosophie du Droit* est de montrer comment la propriété fait partie des institutions nécessaires à la réalisation de la liberté, que Hegel décrit comme l'auto-réalisation de l'individu comme volonté libre [17]. Hegel distingue trois étapes de cette auto-réalisation : le droit abstrait, la moralité, et l'« éthicité » (*Sittlichkeit*) [18]. Le discours de Hegel sur la propriété se situe au stade du droit abstrait, qui suppose une conception du sujet encore indéterminé. À ce stade du droit abstrait, c'est la possibilité de s'approprier des objets extérieurs et de les échanger par contrat qui permet à l'individu de se concevoir comme une volonté libre [19]. Plus précisément, la propriété lui permet de dépasser son indétermination pour se projeter à l'extérieur de lui-même, d'exercer sa liberté sur des objets extérieurs en tant qu'instruments de sa volonté, et d'objectiver sa liberté à travers la souveraineté sur des objets extérieurs, qui doit être respectée par autrui [20]. L'argument de Hegel porte donc

15. J. Waldron, *The right to private property*, Clarendon Press, 1988, p. 344-347.

16. Dans le même sens, voyez P. Drahos, *A philosophy of intellectual property*, Dartmouth : Ashgate, 1996, p. 80, et J. L. L. Schroeder, "Unnatural rights : Hegel and intellectual property", *op. cit.*

17. Nous nous inspirons notamment de l'interprétation de la *Philosophie du Droit* de Hegel par J. Rawls, *Leçons sur l'histoire de la philosophie morale*, Paris : La Découverte, 2008 et par A. Honneth, *Les pathologies de la liberté : une réactualisation de la philosophie du droit de Hegel*, Paris : La Découverte, 2008.

18. *ibid.*, p. 46-53

19. G. W. Hegel, The Philosophy of Right, §40 [transposer version fr]

20. J. Rawls, *Leçons sur l'histoire de la philosophie morale*, *op. cit.*, p. 333-335.

sur le rôle fonctionnel de la propriété en général [21] : pour qu'un système de droit incarne pleinement le concept de volonté libre, la dignité des personnes et leur supériorité par rapport aux choses, il doit reconnaitre aux personnes le droit de posséder de la propriété [22]. En tant que tel, l'argument ne dit rien sur la nécessité de la propriété intellectuelle : le droit positif peut étendre ou non le champ des choses appropriables aux œuvres de l'esprit. Lorsque Hegel cite le cas de la « production intellectuelle », c'est uniquement en tant qu'exemple de l'extériorisation de la volonté dans une chose [23] qui peut faire l'objet ou non d'un droit de propriété, au même titre que les autres types de bien.

La propriété intellectuelle n'a donc pas de statut spécial dans l'argument de Hegel [24]. Soutenir le contraire mènerait à des conclusions étonnantes : faudrait-il soutenir que la création intellectuelle est en fait indispensable à l'auto-réalisation, ou que les créateurs sont des êtres à part qui nécessitent la reconnaissance de droits de propriété intellectuelle pour leur auto-réalisation ? [25]

Le reste de la discussion par Hegel s'attache essentiellement à expliquer comment le droit d'auteur fait la distinction entre l'œuvre et son support, permettant ainsi à l'auteur de conserver le droit d'en interdire la reproduction à l'acquéreur du support [26]. Il s'agit donc seulement d'une description du fonctionnement d'un système de droits de propriété intellectuelle pouvant être mis en œuvre par le droit positif, et non d'une justification de ce régime. Le passage se rapprochant le plus d'une justification est celui où il développe l'argument instrumentaliste de la propriété intellectuelle comme moyen d'avancement des arts et des sciences [27].

De plus, les conclusions de Hegel sur la portée de tels droits de propriété intellectuelle sont de toute façon assez mitigées. Dans le domaine de la connaissance, il exprime une certaine perplexité quant à la détermination des conditions dans lesquelles une expression répétant ce qui a

21. Cf. J. L. L. Schroeder, "Unnatural rights : Hegel and intellectual property", *op. cit.*, p. 44 ; P. Drahos, *A philosophy of intellectual property*, *op. cit.*, p. 80.

22. J. Rawls, *Leçons sur l'histoire de la philosophie morale*, *op. cit.*, p. 333.

23. P. Drahos, *A philosophy of intellectual property*, *op. cit.*, p. 80 ; G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, *op. cit.*, §68

24. En ce sens, voyez J. L. L. Schroeder, "Unnatural rights : Hegel and intellectual property", *op. cit.*, p. 44.

25. Dans le même sens, cf. P. Drahos, *A philosophy of intellectual property*, *op. cit.*, p. 81 : « Hegel's argument, we have seen, is that private property is an essential part of the process in which personality realizes itself in the world. There is no suggestion by him that through this process some personalities acquire special entitlements ».

26. Comme Kant dans son texte sur la contrefaçon des livres : I. Kant, "De l'illégitimité de la contrefaçon des livres", in : *Qu'est-ce qu'un livre ? Textes de Kant et de Fichte*, sous la dir. de J. Benoist, Paris : PUF, 1995

27. G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, *op. cit.*, §64.

déjà été dit donnerait lieu à une appropriation, et celles dans lesquelles qui devraient être qualifiées de plagiat [28]. En outre, la conception que se fait Hegel des prérogatives de l'auteur original semble particulièrement limitée : selon lui, le copiste d'une œuvre d'art devrait lui aussi se voir conférer un droit de propriété sur son œuvre, sa reproduction étant le produit de ses capacités mentales et techniques [29].

Il ne parait donc pas tenable de faire appel à la théorie de Hegel dans la Philosophie du Droit pour justifier un régime de droits intellectuels tel que celui que nous connaissons aujourd'hui : même en admettant que la théorie hégélienne de la propriété ait une vocation justificatrice, la propriété intellectuelle n'y jouerait aucun rôle spécifique, au-delà de l'argument général sur le rôle de la propriété dans l'expression du concept de volonté libre.

Une telle justification du droit d'auteur d'inspiration hégélienne ne manquerait en outre pas de tensions internes : on ne voit pas trop comment la propriété intellectuelle pourrait être une condition nécessaire à l'auto-réalisation individuelle, à moins que les auteurs soient des êtres à part, ou qu'il n'y ait pas d'auto-réalisation concevable sans acte de création intellectuelle. Du reste, l'argument de la propriété intellectuelle comme nécessaire à l'auto-réalisation emprunte sans doute trop au système hégélien pour être défendu isolément.

28. Ainsi, en parlant du stock des connaissances humaines :

> « Dans quelle mesure donc, cette manière de redire ce qui a été dit ou de refaire ce qui a été fait transforme-t-elle le trésor scientifique ainsi utilisé, en particulier les pensées de quelqu'un qui est encore en possession de ses productions intellectuelles en proprété intellectuelle privée de celui qui les reproduit ? Dans quelle mesure lui donne-t-elle le droit d'en faire sa propriété extérieure et dans quelle mesure le lui refuse-t-elle ? Dans quelle mesure, lorsqu'il s'agit d'une œuvre littéraire, cette répétition devient-elle un plagiat ? C'est ce qui ne peut être déterminé selon une règle précise, ni ne peut être fixé juridiquement ou légalement »

ibid., §69, p. 122.

29. Il n'en va toutefois pas de même pour la reproduction mécanique d'une œuvre littéraire : selon Hegel, elle ne donne lieu à aucun droit. Il faut, semble-t-il, que la reproduction réalisée soit « le fruit des compétences techniques et intellectuelles » de son auteur pour qu'il puisse se l'approprier. On en déduit que, dans le modèle de propriété intellectuelle envisagé par Hegel, la reproduction à l'identique serait interdite, mais que n'importe quel usage transformatif, fut-il mineur, donnerait lieu à un droit de propriété dans le chef du copiste. Cf. *ibid.*, §68, p. 120. Toutefois, Hughes parvient à la conclusion inverse (« the work must receive protection against any changes unintended or unapproved by the creator »), apparemment à partir d'une interprétation très large du §67 sur l'aliénation de la propriété. Cf. J. Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property", *op. cit.*, [p. 41.]

Section 2 Kant : un droit de la personnalité pour attribuer les discours à leurs auteurs

Kant est souvent invoqué comme inspiration importante de la justification personnaliste [30]. Toutefois, nous allons voir que l'argument de Kant dans *De l'illégitimité de la contrefaçon de livres* [31] présente une portée limitée. Non seulement Kant rejette explicitement l'idée de propriété intellectuelle, mais en plus il avance un argument assez particulier qui ne permet pas de soutenir l'ensemble des prérogatives généralement reconnues aux auteurs dans nos régimes de droit intellectuel.

Dans *De l'illégitimité de la contrefaçon de livres*, Kant se concentre sur l'œuvre intellectuelle comme discours : « Dans un livre considéré comme un écrit, l'auteur parle à son lecteur ». D'où l'importance de la fidélité de la retransmission du discours de l'auteur par son éditeur, qui est son commettant. En effet, « faire discourir quelqu'un en public, porter son discours en tant que tel à la connaissance du public, cela signifie discourir au nom de celui-ci (...) C'est sans aucun doute une affaire que l'on ne peut mener à son terme qu'au nom d'un autre, jamais en son nom propre (en tant qu'éditeur) » [32] . L'illégitimité de la contrefaçon, selon Kant, provient du fait qu'elle revient à « conduire l'affaire d'un autre en son nom propre » mais sans y avoir été mandaté.

Tout ce qui importe pour Kant, c'est l'attribution fidèle d'un discours à son auteur. Ainsi, Kant n'est concerné que par les œuvres littéraires, et pas par les œuvres artistiques, qui ne doivent selon lui bénéficier d'aucune protection [33]. En effet, les œuvres d'art sont des œuvres (*opera*) « existant par elles-mêmes », alors que les livres sont des actions (*operæ*) qui « peuvent avoir leur existence (...) seulement dans une personne », car ils portent le discours de leur auteur. À partir de cette distinction, Kant arrive à cette conclusion cruciale pour son raisonnement :

30. W. W. Fisher, "Theories of intellectual property", *op. cit.*, p. 171 ; N. W. Netanel, "Copyright Alienability Restrictions and the Enhancement of Author Autonomy : A Normative Evaluation", *Rutgers Law Journal* 24 (1992), p. 354. Alain Strowel note également que les partisans de la théorie juridique du droit de personnalité « se réclament sans exception d'un illustre prédécesseur : I. Kant » cf. A. Strowel, "Droit d'auteur et copyright", *op. cit.*, p. 98

31. *I.* Kant, *"De l'illégitimité de la contrefaçon des livres",* op. cit.

32. *ibid.*, p. 122-123

33. On peut supposer que cet argument constitue une forme de rationalisation par Kant des usages de son époque, et notamment la perception que la reproduction d'œuvres d'art présente un caractère moins problématique que la reproduction d'œuvres littéraires.

> « Par suite, ces derniers reviennent-ils exclusivement à la personne de l'auteur ; et celui-ci y a un droit inaliénable (*jus personalissium*), à savoir celui de discourir toujours *lui-même* à travers qui que ce soit d'autre, c'est-à-dire que personne n'a le droit de tenir le même discours au public autrement qu'en son nom à lui, l'auteur » [34]

Bien sûr, on ne s'étonnera pas que le philosophe se focalise uniquement sur les écrits, en négligeant la dimension expressive des œuvres appartenant à d'autres catégories comme les arts graphiques. Ce qu'il faut retenir de l'argument de Kant, ce n'est pas l'exclusion assez arbitraire de certaines catégories d'œuvres, mais plutôt que le droit inaliénable de l'auteur porte essentiellement sur l'attribution du discours porté par l'œuvre (ou sa dimension expressive) à son auteur : celui-ci a le droit « de discours toujours *lui-même* » y compris lorsque c'est par l'intermédiaire d'un autre, et « personne n'a le droit de tenir le même discours » si ce n'est au nom de l'auteur original.

Il semble que pour Kant, derrière le droit de l'auteur de parler en son nom, il y a la préoccupation essentielle d'assurer le bon fonctionnement de la sphère publique. Pour protéger l'usage public de la raison, il convient de garantir l'attribution et l'intégrité du discours qu'un auteur communique au public [35]. Cette préoccupation essentielle pour l'usage public de la raison permet de comprendre la réflexion étonnante de Kant, par laquelle il rejette une dimension importante des droits intellectuels :

> Si toutefois on modifie le livre d'un autre (on l'abrège ou l'augmente, ou le transforme) de façon que l'on commettrait même une injustice si on le publiait maintenant sous le nom de l'auteur original, alors la réécriture au nom propre de l'éditeur n'est pas une contrefaçon et n'est donc pas interdite » [36].

Si Kant ne voit aucun problème à ce qu'un auteur ultérieur reprenne et modifie une œuvre existante, tant que celui-ci ne l'attribue pas faussement à l'auteur original, c'est bien sûr parce qu'il est principalement intéressé par les conditions de possibilité d'un usage public de la raison

34. I. Kant, "De l'illégitimité de la contrefaçon des livres", *op. cit.*, p. 131-132

35. S. Dusollier, "L'intérêt public et l'accès au savoir dans la genèse et l'évolution de la propriété intellectuelle", *Cahiers Marxistes* 232 (2005)

36. Il ajoute : « Car en l'occurrence, un autre auteur mène une autre affaire que le premier au moyen de son propre éditeur, et n'interfère donc pas dans l'affaire du premier avec son public. Il ne représente pas cet auteur comme discourant par sa bouche, mais un autre. De même la traduction dans une autre langue ne peut-elle être tenue pour une contrefaçon ; car elle n'est pas le discours même de l'auteur, bien que les pensées puissent précisément être les mêmes » I. Kant, "De l'illégitimité de la contrefaçon des livres", *op. cit.*, p. 132

dans une sphère publique où les discours sont clairement attribués à leurs locuteurs.

On voit encore cette préoccupation pour la sphère publique dans l'affirmation que si l'auteur vient à mourir sans héritier, « le public a le droit de le contraindre à l'éditer ou à céder le manuscrit à un autre qui s'offre comme éditeur », et que « [s]i l'éditeur édite l'œuvre de l'auteur après sa mort dans une version tronquée ou falsifiée (...) alors le public est autorisé à le contraindre à plus d'exactitude » [37] .

Il semble donc que dans le raisonnement de Kant, l'importance d'attribuer les discours à leurs auteurs relève donc tant de l'intérêt de l'auteur que de l'intérêt du public : l'intérêt de l'auteur à parler lui-même et à ne pas subir de fausses imputations, et l'intérêt du public à ce que le contenu et l'attribution des discours soient communiqués dans la plus grande intégrité.

Le raisonnement de Kant nous parait assez convaincant. Il semble en effet que la possibilité d'une sphère publique où les individus puissent faire un usage public de leur raison dépende d'un certain nombre de repères et de garanties. Étant donné les conditions sociales de l'élocution moderne, dans lesquelles les discours sont toujours liés à un auteur (et non pas à une tradition ou à une autorité théologique), l'impossibilité de se fier à l'attribution des discours à leurs auteurs, ainsi qu'à l'intégrité du message émis serait la source d'une immense confusion, néfaste tant pour les locuteurs que pour leur public. Il parait dès lors justifié que l'État intervienne pour assurer les conditions du discours dans la sphère publique.

Quelles sont les conséquences pratiques d'un tel raisonnement ? On voit assez bien comment la justification personnaliste développée par Kant permet de soutenir un certain nombre de droits classés dans la famille des droits moraux de l'auteur : le droit de divulgation, le droit d'attribution, ainsi qu'une version limitée du droit à l'intégrité de l'œuvre peuvent tous être justifiés par le « droit inné à la personne de l'auteur de parler lui-même », et par l'intérêt du public de recevoir une transmission fidèle du discours de l'auteur.

Il ne semble toutefois pas que l'argument kantien permette de justifier davantage que les prérogatives limitées que nous avons évoquées. Ainsi, Kant ne dit pratiquement rien sur les droits patrimoniaux, à part pour exclure explicitement un droit de l'auteur à s'opposer aux adaptations ou aux œuvres dérivées tant qu'elles respectent l'attribution du discours original à son auteur [38], ou pour faire brève allusion à la justifi-

37. *ibid.*, p. 129
38. Cf. *supra* note 36 page ci-contre

cation utilitariste d'un droit exclusif pour l'éditeur [39], une considération qui sort clairement du cadre personnaliste.

Conclusion du chapitre III

Notre discussion des principales justifications personnalistes proprement dites (c'est-à-dire en mettant de côté celles qui s'assimilent aux arguments propriétariens que nous avons discutés plus haut) appelle une conclusion nuancée. En effet, ces arguments souffrent de nombreux problèmes, à commencer par une filiation problématique à Hegel et Kant.

Ainsi, une lecture attentive de la théorie hégélienne de la propriété dans *La Philosophie du Droit*, ainsi que des brefs passages où il mentionne la propriété intellectuelle semble infirmer l'idée que Hegel soutiendrait un droit spécifique à la propriété intellectuelle, au-delà d'un droit général à *de* la propriété. Et l'idée selon laquelle un certain type de propriété, comme la propriété intellectuelle, pourrait être indispensable à l'auto-réalisation individuelle parait de toute façon peu convaincante.

De même, la portée de l'argument de Kant dans *De l'illégitimité de la contrefaçon de livres* a souvent été exagérée, et on ne voit pas comment l'argument de Kant sur l'importance de l'attribution des discours, pour leurs auteurs et pour la sphère publique, pourrait servir de soutien aux droits patrimoniaux de l'auteur.

Toutefois, l'argument de Kant sur l'importance de l'attribution des discours permet tout de même de soutenir certains droits moraux habituellement reconnus dans nos systèmes juridiques comme le droit de divulgation, le droit d'attribution et (dans une certaine mesure) un droit à l'intégrité de l'œuvre. Ainsi, on aboutirait à une solution similaire à celle visée par le compromis de l'article 6bis de la convention de Berne : « l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation » [40].

En plus de ce soutien de l'argument kantien sur la sphère publique, le régime de droit moral limité prévu par l'article 6bis de la Convention

39. « À cette obligation de l'éditeur, dont on conviendra probablement, doit cependant correspondre aussi un droit qui est fondé sur elle, à savoir le droit à tout ce sans quoi cette obligation ne pourrait être remplie. Autrement dit : le droit à l'exclusivité de son édition, car la concurrence que d'autres pourraient faire à son affaire lui en rendrait la conduite pratiquement impossible » I. Kant, "De l'illégitimité de la contrefaçon des livres", *op. cit.*, p. 129-130

40. Art. 6bis de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, adoptée le 9 septembre 1886 (c'est nous qui soulignons).

de Berne peut trouver un fondement analogue à celui des dispositions juridiques protégeant les individus contre les atteintes à l'honneur et à la réputation [41]. En effet, une attribution erronée ou une déformation d'une œuvre peuvent causer un dommage à l'auteur, en portant atteinte à son honneur ou à sa réputation.

Toutefois, il semble difficile d'invoquer cette approche personnaliste pour défendre un régime de droits moraux plus étendus (comprenant par exemple un droit à l'intégrité de l'œuvre qui ne soit pas limité aux atteintes « préjudiciables à l'honneur et à la réputation de l'auteur). Non seulement un tel régime semble manquer de justification du point de vue des arguments personnalistes que nous venons de discuter, mais il constituerait en outre un régime d'exception difficilement justifiable par rapport au droit commun des atteintes à l'honneur et à la réputation. En effet, comment expliquer la différence de traitement entre l'auteur d'une œuvre qui peut utiliser son droit à l'intégrité de l'œuvre pour faire interdire toute modification qu'il désapprouve, et une personne constituant le sujet d'une biographie non autorisée, qui ne disposerait que d'une action contre les imputations méchantes et non fondées, ou attentatoires à son honneur ?

De même, ceux qui chercheront dans les justifications personnalistes un fondement pour les droits patrimoniaux reconnus par nos systèmes juridiques risquent fort d'être déçus. Il semble qu'il n'y ait parmi les justifications personnalistes proprement dites aucun argument qui permette de justifier davantage qu'une conception limitée des droits moraux de l'auteur [42].

Si certains ont cru pouvoir fonder un régime étendu de droits moraux et patrimoniaux dans un argument personnaliste inspiré de Hegel ou Kant, c'est ou bien en vertu d'une lecture propriétarienne étrangère à la théorie de Hegel et explicitement récusée par Kant, ou bien en vertu de théories relevant de la dogmatique juridique (comme la théorie moniste, selon laquelle les droits moraux et patrimoniaux sont inséparables [43])

41. Cf. les articles 443 à 449 du code pénal belge.

Une justification plausible de ces dispositions est qu'imputer à autrui des faits qui sont de nature à porter atteinte à son honneur ou à sa réputation constitue une atteinte au principe moral de non-nuisance (l'interdiction générale de causer un dommage à autrui). Remarquons toutefois que John Stuart Mill, qui a popularisé le principe de non-nuisance (*harm principle*), était également un farouche opposant des lois sur la calomnie ou la diffamation ; cf. J. S. Mill, "Law of Libel and Liberty of the Press", *Westminster Review* III (1825).

42. Dans ce sens, cf. Moore : « Third, assuming that moral claims to personality could be expanded to tangible or intangible items, we would still need an argument justifying property rights. Personality-based moral claims may warrant nothing more than use rights or prohibitions against alteration ». A. D. Moore, "Personality-Based, Rule-Utilitarian, and Lockean Justifications of Intellectual Property", *op. cit.*, p. 109

43. Cf. le compte-rendu par Alain Strowel de la théorie de Otto Von Gierke,

qui remplacent la recherche de fondements philosophiques par de pures questions de classifications juridiques.

décrit « comme le successeur direct de Kant » dans la théorie (juridique) du droit de la personnalité ; Von Gierke classe tant les droits moraux que les droits patrimoniaux parmi les droits de la personnalité (A. Strowel, "Droit d'auteur et copyright", *op. cit.*, p. 99). Cf. également P. Goldstein & B. P. Hugenholtz, *International Copyright : Principles, Law, and Practice*, Oxford University Press, USA, 2012, p. 20.

Conclusion de la partie I

A l'issue de cette partie, la légitimité du droit d'auteur parait assez fragile. Le résultat de notre discussion interne des trois principales familles de justification du droit d'auteur est passablement mitigé.

Comme nous venons de le voir, l'approche personnaliste ne semble pas à la hauteur de ses promesses : si l'on omet les arguments redondants avec les arguments propriétariens, les deux principaux arguments restants s'avèrent ou bien intenables, ou trop faibles pour soutenir la conclusion avancée. Ainsi, l'argument de Hegel dans la Philosophie du droit porte seulement sur le rôle fonctionnel de la propriété en général, et ne dit rien sur la nécessité d'un type de propriété particulière, comme la propriété intellectuelle. En ce qui concerne l'argument de Kant sur l'importance des droits intellectuels pour l'attribution des discours, s'il ne constitue pas une justification des droits patrimoniaux, il peut néanmoins servir à soutenir une justification plausible d'un régime de droit moral du même ordre que celui prévu par la Convention de Berne [44].

La tentative la plus ambitieuse est sans doute celle avancée par les partisans des justifications propriétariennes du droit d'auteur. S'attachant à justifier un système cohérent de titres de propriété dans le cadre d'une approche de la justice, l'approche propriétarienne permettait d'envisager un régime absolutiste de droits « moraux » ou « naturels » de propriété intellectuelle.

Les justifications positives de l'appropriation consistent parfois en une transposition d'arguments avancés par Locke dans le contexte de la propriété matérielle (l'argument du mélange du travail, l'argument de la valeur ajoutée), et souffrent généralement des mêmes faiblesses : l'incohérence de l'idée de « mélanger son travail » à un objet, l'impossibilité de soutenir que le créateur-travailleur est responsable de l'entièreté de la valeur de l'objet. Quant à l'argument de l'appropriation par la première occupation, sa transposition à la création intellectuelle conduit soit à

44. *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, *op. cit.*, art. 6bis

une revendication fondée dans une théorie incohérente de l'appropriation (comme l'idée de création comme première occupation) soit à une revendication purement déclarative et dépourvue d'effet (possession de l'œuvre comme première occupation).

En outre, nous avons également discuté deux justifications positives de la propriété intellectuelle avancées par des auteurs rattachés au courant libertarien. Le premier est que la propriété de soi de l'auteur s'étend à son œuvre, qui doit donc également être protégée. Nous avons vu qu'une telle position « extensionniste » était incompatible avec l'attachement fondamental du libertarisme au principe de propriété de soi. Le second argument, avancé par Rothbard, consiste à admettre l'impossibilité pour l'auteur de revendiquer des droits de propriété intellectuelle, mais à utiliser les mécanismes juridique du droits des contrats ou du droit de propriété pour fonder un régime juridique de quasi-droit d'auteur. On retrouvera la même logique, quelques dizaines d'années plus tard, chez les partisans des licences ouvertes, qui chercheront à utiliser le droit des contrats pour créer un régime juridiques d'œuvres en libre usage par-dessus le régime juridique du droit d'auteur [45]. Toutefois, l'avantage décisif d'une telle approche peut reposer sur l'effet *erga omnes* du régime du droit d'auteur, ce qui n'est évidemment pas possible pour le régime de quasi-droit d'auteur imaginé par Rothbard. L'approche de Rothbard est donc minée par un important défaut pratique : son inopposabilité aux tiers [46].

Les tentatives propriétariennes d'avancer des justifications négatives à l'appropriation sont à peine plus fructueuses. Nous avons d'abord vu que contrairement à ce qu'affirment certains auteurs comme Hughes, Moore et Nozick, l'appropriation intellectuelle n'était pas plus facile à légitimer par la version littérale de la clause lockéenne que l'appropriation matérielle. Certes, les intuitions sous-jacentes à l'argument de la « rivière inépuisable » (l'appropriation intellectuelle n'épuise pas le commun des idées) et à l'argument des « sources magiques » (l'œuvre n'aurait pas été créée sans son auteur) sont attrayantes, mais elles relèvent d'un malentendu sur le point de comparaison pour l'application de la clause lockéenne. En partant du point de comparaison pertinent (celui où les individus disposent d'une liberté-privilège de réutiliser les œuvres existantes), on ne peut pas dire qu'un régime de propriété intellectuelle n'empire la situation de personne au sens de la clause littérale.

45. Cf. *infra*, partie III, chapitre I, 4.4 et 4.5

46. Comme nous l'avons remarqué, cela n'empêche toutefois pas aux ayants droit de remédier à la faiblesse des mécanismes de protection juridique en mobilisant également des mécanismes de protection technique, une tendance déjà à l'œuvre depuis quelques années, comme le montre N. Elkin-Koren, "Copyrights in Cyberspace-Rights Without Laws", *Chi.-Kent L. Rev.* 73 (1997).

L'approche propriétarienne en est donc réduit à soutenir qu'un régime de propriété intellectuelle peut être conçu de façon à respecter la clause lockéenne révisée, en procurant des compensations à tous ceux que l'appropriation prive d'une manière ou d'une autre. Les limitations qui découleront vraisemblablement de telles compensations minent très largement la prétention de l'approche propriétarienne à justifier des droits absolus. En effet, vu les couts d'un régime de droit intellectuels, les compensations requises pour satisfaire la clause lockéenne révisée risquent fort d'être massives. Dans ce contexte, les conclusions de l'approche propriétarienne risquent fort de ne pas différer sensiblement de celles découlant d'une approche utilitariste.

L'approche utilitariste, précisément, semble la plus prometteuse pour justifier un régime de droit d'auteur. Le constat de base de l'argument de l'incitation à la création semble a priori plausible : les problèmes d'appropriabilité résultant de la structure de cout de la production intellectuelle risquent fort de décourager les producteurs intellectuels à s'engager dans cette voie, avec pour conséquence un déficit de création intellectuel par rapport à ce qui serait socialement optimal. Toutefois, comme les couts d'un régime de droit d'auteur affectent l'utilisation optimale des œuvres, l'approche utilitariste doit s'efforcer de réaliser un compromis entre incitation à la création et usage des œuvres. Dans ce cadre, on peut dès lors concevoir un rôle pour un régime équilibré de droit d'auteur.

Toutefois, nous avons mentionné une série d'incertitudes affectant cette approche du compromis incitation-usage. Une première incertitude porte sur l'étendue du problème d'appropriabilité, étant donné les modèles économiques alternatifs, reposant soit sur une appropriabilité indirecte, soit sur une solution technique aux problèmes d'appropriabilité, soit encore sur des motivations non marchandes.

Une seconde incertitude porte sur le niveau optimal de création intellectuelle, étant donné son cout d'opportunité : jusqu'à quel point faut-il diriger des ressources vers la création d'œuvres nouvelles, au détriment d'autres activités ?

Une troisième incertitude porte sur l'efficacité d'un régime de droit d'auteur pour inciter à la création, en comparaison à d'autres régimes juridiques envisageables. N'existe-t-il pas d'autres moyens d'inciter à la création, à un moindre cout pour l'utilité agrégée ?

En outre, nous avons déploré les lacunes de la littérature empirique sur l'efficacité d'un régime de droit d'auteur.

Dès lors, la détermination du niveau de protection optimal du droit d'auteur est une tâche particulièrement délicate. Face aux incertitudes affectant l'étendue actuelle du droit d'auteur, on aurait pu à tout le moins espérer que le législateur fasse preuve d'une certaine circonspection face à toute proposition d'extension.

Il semble toutefois que ces incertitudes n'aient pas trop préoccupé les législateurs européens et américains, notamment lors de la récente extension de la durée du droit d'auteur de 50 à 70 ans *post mortem auctoris*[47]. En effet, il parait particulièrement difficile de justifier ces extensions du point de vue du compromis incitation-usage : non seulement parce qu'il est impossible d'inciter les auteurs déjà morts[48], mais aussi parce que le faible bénéfice sur l'incitation à la création (étant donné la valeur présente négligeable des bénéfices futurs escomptés) est bien trop faible pour en compenser les couts[49].

Il semble que d'autres courants soient à l'œuvre pour expliquer cette tendance à l'extension du droit d'auteur[50]. D'une part, le poids du lobbyisme des représentants des ayants droit, auquel les législateurs européens et américains semblent tendre une oreille très favorable[51].

D'autre part, une approche alternative à l'approche classique utilitariste, issue des courants de l'analyse économique du droit et du *Law and Economics* soutient que maximiser l'étendue du droit d'auteur (et donc l'appropriabilité pour les producteurs intellectuels) a un effet positif sur l'efficacité d'un point de vue statique, en permettant une exploitation optimale des œuvres. Toutefois, nous avons vu que les arguments en faveur de cette approche étaient peu convaincants : d'une part parce qu'il ne semble pas y avoir de défaillance de marché liée à la sous- ou à la sur-exploitation des œuvres ; et d'autre part parce que l'idée de maximiser l'appropriabilité de la création intellectuelle fait à nouveau face au problème du cout d'opportunité d'un régime de droit d'auteur. Étant donné ce cout d'opportunité, il semble clair que l'étendue optimale d'un régime de droit d'auteur devra être en deçà de l'étendue maximale.

Au vu de ce tableau, on a de quoi rester perplexe par rapport à la possibilité de justifier un régime de droit d'auteur tel que celui que nous connaissons. Les principales familles de justifications du droit d'auteur ne permettent (au mieux) que d'avancer une conclusion mitigée.

Toutefois, étant donné qu'un tel régime existe, qu'il a pu générer des attentes légitimes chez les créateurs, et qu'il constitue un des piliers

47. Cf. en Europe la directive 93/98/EEC, et aux États-Unis le Copyright Term Extension Act, 28 octobre 1998 ;

48. I. Hargreaves, *Digital opportunity : a review of intellectual property and growth : an independent report*, *op. cit.*, §2.16 ; G Akerlof et al., *Brief as Amici Curiae in support of the Petitioners in Eldred v. Ashcroft*, *op. cit.*, p. 8

49. *ibid.*, p. 5

50. Nous avons déjà évoqué cette tendance dans l'introduction générale.

51. Cf. à ce sujet I. Hargreaves, *Digital opportunity : a review of intellectual property and growth : an independent report*, *op. cit.*, p. 93 ; L. Lessig, *Free culture*, *op. cit.*, p. 217-218 ; *idem*, *Republic, Lost : How Money Corrupts Congress–and a Plan to Stop It*, *op. cit.*, p. 56.

autour duquel s'est développée l'économie de l'information, il parait raisonnable de s'abstenir d'en appeler à son abolition.

L'économiste américain Fritz Machlup aboutissait à une conclusion similaire en exposant devant le Congrès son étude très critique sur l'efficacité économique d'un régime de droit des brevets, aboutissait également à cette conclusion :

> « If we did not have a patent system, it would be irresponsible, on the basis of our present knowledge of its economic consequences, to recommend instituting one. But since we have had a patent system for a long time, it would be irresponsible, on the basis of our present knowledge, to recommend abolishing it. » [52]

Ces faiblesses dans la justification du droit d'auteur ne sont pas propres à l'environnement numérique : elles étaient là dès l'origine.

Toutefois, l'émergence de l'environnement numérique semble avoir mis ces difficultés au grand jour. On peut y voir deux raisons : d'une part en suscitant des réactions excessives de la part des ayants droit et de leurs représentants (procès contre les internautes, extension de la durée du droit d'auteur, mesures techniques de protection générant des frustrations pour les utilisateurs ayant acquis une copie licite de l'œuvre) et d'autre part en provoquant une inadaptation croissante du régime existant du droit d'auteur vis-à-vis des nouvelles conditions d'utilisation des œuvres. Nous explorerons cette deuxième piste dans notre partie II [53], qui sera consacrée à une articulation de notre propre approche de la justice, avec les nouvelles opportunités et difficultés nouvelles induites par l'environnement numérique.

L'approche « réal-libérale » de la justice que nous défendrons dans la partie II permettra en outre de répondre aux critiques externes que nous avons opposées aux deux principales approches normatives dans le cadre de ce chapitre : le fétichisme des droits de l'approche propriétarienne, et au contraire leur défense purement contingente par l'approche utilitariste. Nous verrons toutefois qu'il est possible d'y faire une place pour certains raisonnements de type utilitariste, bornés par la protection des droits des individus. Dans ce cadre, nous verrons qu'un régime modéré de droit d'auteur peut avoir un rôle à jouer dans notre approche normative. Ce faisant, nous concrétiserons notre engagement à intégrer la problématique du droit d'auteur et celle de la régulation de l'environnement numérique.

52. F. Machlup, *An economic review of the patent system*, Subcommittee on Patents, Trademarks & Copyrights of the Senate Committee on the Judiciary, 85e Cong., 2e Sess., 1958

53. Cf. *infra*, partie II, chapitre II, 3.3

Deuxième partie

Défense de l'ouverture de l'environnement numérique

Introduction

Dans la partie précédente, nous nous sommes cantonnés à une critique des justifications classiques du droit d'auteur, en admettant, pour les besoins de la discussion, les prémisses éthiques des différentes approches envisagées (propriétarienne, utilitariste, personnaliste). Dans cette deuxième partie, nous délaissons à présent la critique pour développer notre propre approche normative, par laquelle nous soutiendrons une régulation de l'environnement numérique guidée par une présomption en faveur de l'ouverture.

Nous commencerons par exposer nos prémisses éthiques fondamentales (chapitre I), c'est-à-dire l'approche de la justice qui sous-tend notre propos. Nous brosserons rapidement les grands principes d'une approche réal-libérale, apparentée aux théories libérales-égalitaires de la justice, insistant sur l'importance de la liberté réelle. Dans une telle approche, la justice requiert que les institutions garantissent non seulement la protection des libertés formelles contre la contrainte étatique, mais également la liberté réelle des individus, en procurant à chacun les moyens d'exercice de leur liberté [54].

Cette question de la liberté réelle est particulièrement importante pour notre propos. D'abord parce qu'un des enjeux les plus évidents de l'environnement numérique est son rôle dans l'augmentation des moyens d'action à disposition des individus. Or l'étendue de la liberté formelle qui est reconnue aux utilisateurs du réseau influe directement sur leur capacité à utiliser les nouveaux moyens technologiques à leur disposition, et donc sur l'étendue de l'impact de l'environnement numérique sur la liberté réelle. De même, l'évolution des conditions matérielles d'exercice de certaines libertés fondamentales (comme la liberté d'expression) influe sur la protection du caractère réel de ces libertés.

54. Nous nous inspirerons notamment de la théorie de la justice comme équité de J. Rawls, *La justice comme équité*, *op. cit.*, et de la théorie de la liberté réelle pour tous développée par P. Van Parijs, *Real freedom for all*, *op. cit.*, p. 3-29. Cf. également T. W. M. Pogge, *Realizing Rawls*, 1989, pour une approche comparable.

Ensuite, parce qu'en raison des caractéristiques particulières de l'environnement numérique, les individus sont de plus en plus soumis au pouvoir d'acteurs privés qui sont à même limiter leurs options et influencer leurs décisions de manière non transparente. En outre, « [d]es fonctions de "gouvernance" autrefois assumées entièrement par les États sont aujourd'hui partagées de manière croissante avec des réseaux et plateformes privés » [55]. Parfois, les multinationales qui contrôlent les infrastructures ou services de l'environnement numérique semblent détenir un pouvoir qui surclasserait presque celui d'un État, parfois elles collaborent avec les États pour renforcer l'effectivité de l'application de la loi.

Ces changements appellent à mettre en œuvre une approche de la justice qui ne se focalise pas uniquement sur les limites aux libertés individuelles imposées par la contrainte étatique, mais prend également en compte les conditions d'exercice de ces libertés par les citoyens, et l'influence des acteurs privés sur celles-ci.

Nous envisagerons dès lors l'impact que peut avoir l'environnement numérique pour notre approche de la justice, en discutant les nouvelles opportunités et difficultés qu'il suscite du point de vue de la liberté réelle (chapitre II).

Enfin, cette discussion nous mènera à une conclusion normative quant au principe qui devrait guider la régulation de l'environnement numérique (chapitre III). Nous soutiendrons que celle-ci devrait être guidée par une présomption en faveur de l'ouverture, qu'on peut définir à ce stade comme une présomption en faveur de la liberté de disséminer et de (ré)utiliser l'information. Nous montrerons qu'un tel principe normatif est nécessaire pour tirer profit du potentiel positif et répondre aux difficultés nouvelles posées par l'environnement numérique pour la liberté réelle. De cette présomption en faveur de l'ouverture, nous faisons découler plusieurs lignes directrices pour la régulation de l'environnement numérique, pour lesquelles nous présenterons différentes pistes d'implémentation, passant parfois par une action positive du législateur, parfois par une abstention d'agir. Toutefois, cette présomption n'étant pas absolue, elle peut parfois être renversée par d'autres considérations normatives importantes dans notre approche de la justice : nous examinerons deux cas d'exceptions envisageables à la présomption en faveur de l'ouverture, c'est-à-dire deux cas où il existe de bonnes raisons pour limiter dans une certaine mesure la liberté de disséminer et de (ré)utiliser l'information.

55. R. MacKinnon, *Consent of the Networked : The World-wide Struggle for Internet Freedom*, 2012, p. xxiv.

Chapitre I

Prémisses éthiques fondamentales

Dans ce chapitre, nous présenterons les prémisses éthiques fondamentales de notre propre approche normative. Après avoir exposé l'exigence fondamentale de « justification publique » propre aux théories libérales de la justice, nous esquisserons les principes de l'approche « réallibérale » de la justice qui animera notre discussion de la régulation de l'environnement numérique.

Section 1 L'exigence de justification publique

La justification de l'autorité politique constitue une préoccupation fondamentale de la philosophie politique [1]. On considère généralement qu'il existe une distinction entre le pouvoir et l'autorité : alors que le pouvoir de l'État réside dans sa capacité à susciter l'obéissance, son autorité dépend de la perception de légitimité de ce pouvoir par ses administrés [2]. Ainsi, une puissance étrangère occupant un territoire peut

1. Nous suivons ici la présentation faite par C. Larmore, "What is Political Philosophy", *Journal of Moral Philosophy* 10.3 (2013), p. 290.

2. Cf. la définition fameuse par Weber de l'État comme une « entreprise politique de caractère institutionnel lorsque et tant que sa direction administrative revendique avec succès, dans l'application des règlements, le monopole de la contrainte physique légitime » M. Weber, *Économie et société*, Paris : Plon, coll. Pocket, 1995, p. 97

exercer son *pouvoir* par le recours à la force, mais celui-ci ne fait pas *autorité*.

Pour être doté d'autorité, l'État doit justifier d'une manière ou d'une autre à ses administrés la légitimité de son pouvoir. Dans les sociétés traditionnelles, cette justification peut par exemple prendre une forme mythique (mythe des origines), théologique (fondement divin), charismatique (lié à la personnalité du chef), etc. [3]

Pour les théories politiques libérales de la justice, la question de la légitimité du pouvoir politique doit nécessairement prendre en compte un certain nombre de conditions historiques qui caractérisent la « modernité », comme la reconnaissance du caractère inévitable d'un désaccord raisonnable entre les individus sur le juste et le bien, et la conviction que « le pouvoir politique est légitime seulement si ceux qu'il oblige, se concevant comme citoyens libres et égaux, peuvent avoir des raisons d'adhérer aux règles fondamentales sur lesquelles il repose » [4].

Partant de là, l'approche libérale de la légitimité de l'exercice du pouvoir coercitif de l'État requiert que l'exercice du pouvoir politique soit justifié « selon des termes que tous peuvent accepter comme justes » [5] : c'est le principe de justification publique. Ce principe implique non seulement que l'exercice du pouvoir politique ne peut pas être justifié par référence à une conception particulière de la valeur de l'existence (ou une conception « perfectionniste » [6]), mais également que la conception de la justice qui reçoit force de loi soit elle-même justifiée sur la base de principes fondamentaux déterminant les conditions d'admissibilité du pouvoir coercitif [7].

Pour désigner cette idée, on parle parfois de « neutralité libérale » ou de « neutralité politique ». Toutefois le terme « neutralité » est quelque peu trompeur. Non seulement parce que l'idée de neutralité renvoie à un idéal impraticable [8], mais surtout parce que les principes déterminant l'admissibilité du pouvoir coercitif de l'État ne sont pas axiologiquement neutres, mais constituent eux-mêmes des principes moraux substantiels [9]. Cette reconnaissance n'implique pas que l'idée de justifi-

3. C. Larmore, "What is Political Philosophy", *op. cit.*, p. 291

4. *ibid.*, p. 292 (notre traduction)

5. J. Rawls, *La justice comme équité*, *op. cit.*, p. 49-50

6. Cf. J. Quong, *Liberalism without perfection*, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2011.

7. C. Larmore, "What is Political Philosophy", *op. cit.*, p. 295.

8. Cf. J. Rawls, *Political liberalism*, New York : Columbia University Press, 1996, p. 191.

9. Cf. C. Larmore, "What is Political Philosophy", *op. cit.*, p. 296 :

> « in putting forward some conception of social justice, [political philosophy] has to specify the conditions under which any such concep- tion may rightly be made authoritative in society. Yet at the same time it needs to recognize that these conditions are themselves

cation publique soit vouée à l'échec. En effet, le pari de théories libérales comme celle de John Rawls [10] est qu'un petit nombre de principes fondamentaux, à savoir le principe libéral de légitimité et la conception sous-jacente des personnes comme citoyens libres et égaux [11], peuvent faire l'objet d'un large accord de la part de personnes qui divergent par ailleurs sur ce qui constitue une vie bonne (c'est l'idée du « consensus par recoupement ») [12]. Si un tel accord est concevable, il devient possible d'exiger que la justification du pouvoir politique dérive de ces prémisses partagées.

Dans le cadre de l'approche normative qui fait l'objet de ce chapitre, nous chercherons à développer des arguments qui respectent l'exigence de justification publique, en nous abstenant donc de faire appel à des conceptions controversées de la vie bonne, qui invoqueraient par exemple une conception particulière du mérite, ou l'idée d'une valeur intrinsèque de la création intellectuelle, etc. Nous aspirerons donc à justifier le principe qui devrait guider la régulation de l'environnement numérique en référence à une théorie de la justice formulée en des termes publiquement justifiables.

---

moral principles delineating the legitimate use of coercion »

10. J. Rawls, *La justice comme équité*, *op. cit.*

11. Cf. C. Larmore, "What is Political Philosophy", *op. cit.*, p. 296 (et notre résumé supra,), selon qui l'exigence de justification publique (qui constitue le principe libéral de légitimité), bien que potentiellement controversée, doit être reconnue comme un principe moral substantiel. Cf. également J. Quong, *Liberalism without perfection*, *op. cit.*, p. 5, qui soutient que la théorie de Rawls doit nécessairement reposer sur cette conception de la personne qui constitue une « norme libérale de base ». On peut considérer que ces présupposés moraux constituent une limite à l'ambition des théories libérales, mais comme le note Larmore, « no political association, however legitimate, can be infinitely accommodating » (C. Larmore, "What is Political Philosophy", *op. cit.*, p. 296).

12. Cf. J. Quong, *Liberalism without perfection*, *op. cit.*, p. 162, qui s'oppose à la lecture dominante de la fonction du consensus par recoupement chez Rawls :

> « the subject of the overlapping consensus should not be the conclusions we reach about justice, but rather the more fundamental idea of society as a fair system of social cooperation between free and equal citizens. This idea provides the normative material to guide our deliberations about justice, and so I claim it is this more fundamental idea that must be the focus of the overlapping consensus. I argue the overlapping consensus is thus not, despite how it is sometimes portrayed, a further test that a political conception of justice must pass in order to be fully justified. Instead, the consensus provides the initial common ground from which any attempt at public justification needs to proceed »

Section 2 Une approche réal-libérale de la justice

Avant de discuter les questions liées à la régulation de l'environnement numérique, nous devons d'abord exposer notre approche de la justice [13], que nous qualifions de « réal-libérale » parce qu'elle s'inscrit dans le courant des théories égalitaristes-libérales de la justice, tout en insistant sur l'importance de la liberté réelle des individus. Cette approche reposera essentiellement sur trois principes : un principe d'égales libertés de base, un principe d'égales opportunités de participer au débat public, et un principe de maximisation de la valeur des libertés pour tous.

2.1 Protéger les libertés de base

La première caractéristique d'une société juste doit être la protection d'un certain nombre de libertés fondamentales, ou libertés de base. Suivant Rawls, notre approche de la justice inclura donc en premier lieu un principe d'égales libertés de base, défini comme le droit égal de chacun à « un système pleinement adéquat de libertés de base égales pour tous, qui soit compatible avec un même système de libertés pour tous » [14]. Ce premier principe a pour objet de simples libertés formelles, en protégeant les citoyens contre toute contrainte par des institutions ou individus dans la réalisation de certaines actions.

Dans la théorie de Rawls, les libertés de base découlent de la conception politique de la personne comme citoyen libre et égal, fondement essentiel auquel on suppose l'adhésion des partenaires de la coopération sociale. Cette conception de la personne comme citoyen libre et égal postulée par la théorie de Rawls inclut deux « pouvoirs moraux » : d'une part la capacité d'avoir un sens de la justice, et d'autre part la capacité de former, réviser, et poursuivre rationnellement une conception du bien [15]. Les libertés de base sont conçues comme constituant les « conditions sociales essentielles permettant le développement adéquat et le plein exercice des deux facultés de la personnalité morale au cours d'une vie complète » [16].

13. Si nous parlons simplement d'*approche* de la justice, c'est parce qu'il ne s'agit pas d'une théorie complète, mais seulement des principes centraux, empruntés à certaines théories du courant égalitariste-libéral de la justice, permettant de soutenir notre argument.

14. Nous reprenons ici la formulation par Rawls de son premier principe de justice dans J. Rawls, *Libéralisme Politique*, trad. par C. Audard, Paris : P.U.F, 1995, p. 347

15. *ibid.*, p. 44

16. *ibid.*, p. 349

Dès lors, on peut dériver une liste de libertés de base en recherchant quelles sont les conditions sociales essentielles aux deux facultés morales. Ainsi, Rawls justifie la liberté de conscience de plusieurs façons. Premièrement, le principe de la liberté de conscience découle directement de l'exigence d'impartialité : étant donné l'existence d'une pluralité de conceptions du bien non négociables, « les principes de justice qui garantissent la liberté de conscience égale pour tous sont les seuls qu'ils [les partenaires sous voile d'ignorance] peuvent adopter » [17]. Deuxièmement, la liberté de conscience constitue le moyen indispensable à l'exercice de la capacité à former, réviser et poursuivre une conception du bien [18]. Et troisièmement, la capacité à évaluer les raisons qui sous-tendent nos croyances, nos actions et nos finalités peut être une partie essentielle d'une conception du bien, et « [p]our que cette conception du bien soit possible », il faut avoir le droit « de faire des erreurs et de [se] tromper à l'intérieur des limites établies par les libertés de base » [19].

On peut donc dériver les autres libertés de base en recherchant quelles sont les conditions sociales essentielles au développement adéquat et au plein exercice des deux facultés morales. Ainsi, on peut dire que les libertés d'expression et d'association sont indispensables à la protection effective de la liberté de conscience, et doivent donc être protégées à ce titre. En outre, dans sa dimension politique, la liberté d'expression peut également être justifiée par la préoccupation pour la stabilité d'une société juste : il vaut mieux laisser s'exprimer même les discours les plus radicaux et révolutionnaires afin que les revendications qu'ils portent puissent être entendues et si possible prises en compte par le gouvernement, plutôt que de risquer qu'après avoir couvés « sous le calme apparent de la vie politique », ils n'embrasent des forces sociales volatiles et destructrices qui pourraient « exploser soudainement avec une force incontrôlée qui détruit tout sur son passage » [20].

En nous inspirant de Rawls, nous définissons donc le système de

17. *ibid.*, p. 373. Comme le note Rawls, « [à] strictement parler, cette première raison en faveur de la liberté de conscience n'est pas un argument » (*ibid.*, p. 370). En effet, cette façon d'argumenter, qui se rapproche presque de la pétition de principe, montre clairement que même une théorie qui respecte l'idéal de justification publique requiert l'adhésion à certains engagements substantiels (cf. J. Quong, *Liberalism without perfection*, *op. cit.*, p. 14-15). Face à ceux qui rejettent même ces engagements substantiels minimaux, le libéralisme n'a pas beaucoup d'arguments à faire valoir : « Si quelqu'un nie que cette liberté de conscience soit une liberté de base et maintient que tous les intérêts humains sont commensurables (...) alors nous sommes dans une impasse. Une façon de continuer l'analyse est d'essayer de montrer que le système des libertés de base (...) convient à la structure de base d'un régime démocratique et (...) n'est pas contradictoire avec ses convictions les plus essentielles » J. Rawls, *Libéralisme Politique*, *op. cit.*, p. 370.

18. *ibid.*, p. 371

19. *ibid.*, p. 373

20. *ibid.*, p. 409

libertés protégées par le premier principe comme une liste limitative [21] constituée par la liberté de conscience, la liberté d'expression, la liberté d'association, le droit à la vie privée, les libertés politiques, les libertés protégeant l'intégrité de la personne, et les libertés protégées par l'État de droit (*rule of law*) [22].

2.2 Garantir la liberté réelle

On peut considérer que le sens fondamental de l'idée de liberté ne se limite pas à la liberté formelle, définie par l'absence de contrainte. En effet, il parait contre-intuitif de dire qu'un travailleur est libre de contracter un contrat d'embauche s'il n'a pas d'autre moyen de survie que de vendre son travail [23]. De même, si je n'ai pas un sou, on ne peut pas réellement dire que je sois libre de faire une croisière autour du monde [24]. Ou encore : si je ne dispose pas des moyens de diffuser mes opinions à un public, je ne suis pas réellement libre de m'exprimer.

L'intuition derrière ces exemples est qu'on n'est vraiment libre que si on dispose des moyens pour exercer cette liberté. En ce sens, on peut définir la liberté réelle comme la garantie non seulement de la liberté formelle de réaliser une action, mais également d'être doté des moyens de la réaliser. Une théorie de la justice est incomplète si elle se contente de protéger des libertés formelles sans se préoccuper de la liberté réelle des individus.

2.2.1 Égaliser les opportunités de participer au débat public

Il faut en outre compléter ce principe d'égales libertés de base en lui adjoignant un principe d'égale opportunité de participer au débat public, découlant de la nécessité d'assurer la valeur équitable des libertés politiques.

Comme le note Rawls, « [les libertés politiques] perdent leur valeur lorsque ceux disposant de moyens économiques plus importants peuvent utiliser leurs avantages pour contrôler le cours du débat public. Car ces inégalités finiraient par permettre aux plus favorisés d'exercer une plus grande influence sur l'élaboration de la législation » et « d'acquérir

21. La liste des libertés de base protégées par ce premier principe se limite à protéger les conditions sociales essentielles au développement des deux facultés morales des citoyens. Elle ne s'étend donc pas à l'ensemble des nombreux « droits fondamentaux » reconnus par les instruments juridiques dans le domaine des droits de l'homme.

22. J. Rawls, *Libéralisme Politique*, *op. cit.*, p. 347-348

23. G. A. Cohen, *Self-ownership, freedom, and equality*, *op. cit.*, p. 53

24. P. Van Parijs, *Real freedom for all*, *op. cit.*

un poids prépondérant dans le règlement des questions sociales » [25]. Si l'on veut éviter que les plus favorisés utilisent leurs moyens économiques pour détourner l'action de l'État à leur avantage, il faut donc prendre un certain nombre de mesures pour garantir l'égale participation au débat public. Rawls en envisage trois : une distribution équitable de la propriété et de la richesse, des subsides publics pour encourager le débat public, et des règles encadrant le financement des partis politiques [26].

On pourrait également dire que cette préoccupation pour la valeur équitable des libertés politiques implique de maximiser les opportunités pour les plus défavorisés d'exercer leur liberté d'expression, afin de leur permettre d'exercer une influence sur l'exercice du pouvoir politique. En ce sens, la liberté réelle d'expression (disposer des moyens d'exercer sa liberté d'expression) prend une importance particulière dans notre approche, puisqu'elle constitue un facteur essentiel d'égalisation des opportunités de participation politique.

Notons que l'argument vaut non seulement pour les informations ou les discours de nature politique, mais également pour les créations culturelles artistiques. Si la culture importe pour le débat public et pour la participation politique, c'est en raison de la vision du monde qu'elle véhicule. La culture d'une société peut influencer la façon de concevoir les questions politiques, voire la présence même de certaines problématiques à l'agenda du débat public. En outre, la culture dominante peut avoir pour effet de soustraire des situations d'injustice au regard des citoyens, ou de rendre plus acceptables les injustices aux yeux de ceux qui la subissent, par un phénomène d'adaptation des préférences. Afin de permettre à tous les citoyens de participer aux soubassements du discours politique et de dénoncer les situations d'injustice, il parait donc important d'égaliser les opportunités d'expression en général, et pas seulement les opportunités d'expression politique [27].

25. J. Rawls, *A Theory of Justice*, Revised ed, Cambridge MA : Belknap Press of Harvard University Press, 1999, p. 198 (notre traduction). Voyez la citation originale :

> « The liberties protected by the principle of participation lose much of their value whenever those who have greater private means are permitted to use their advantages to control the course of public debate. For eventually these inequalities will enable those better situated to exercise a larger influence over the development of legislation. In due time they are likely to acquire a preponderant weight in settling social questions, at least in regard to those matters upon which they normally agree, which is to say in regard to those things that support their favored circumstances. »

26. *ibid.*, p. 198

27. L'argument que nous présentons est apparenté aux discussions sur l'idée de « démocratie sémiotique ». La démocratie sémiotique, suivant la formule de Fiske reprise par une certaine littérature juridique, désigne l'idéal d'une société où les

2.2.2 Maximiser la valeur des libertés pour tous

Même pour les autres libertés (sans lien avec les opportunités de participation politique), la garantie de simples libertés formelles ne suffit pas. En effet, bien que la protection des libertés de base soit la même pour tous, leur exercice est souvent affecté par des obstacles tels que la pauvreté ou l'ignorance.

Comme beaucoup d'auteurs dans la tradition philosophique libérale-égalitariste, Rawls est préoccupé par cette difficulté, qu'il présente en distinguant entre les libertés de base elles-mêmes et la valeur de ces libertés. Selon Rawls, les obstacles tels que le manque de moyens ou d'éducation peuvent empêcher l'exercice de ces libertés et donc réduire la valeur de ces libertés pour les personnes [28]. Or, garantir à chacun la valeur des libertés de base constitue « un des buts centraux de la justice politique et sociale » [29]. Dans la théorie de Rawls, les principes de différence et d'égalité équitable des chances ont donc notamment pour but de maximiser la valeur des libertés dont jouissent les plus désavantagés, déterminée par un indice de biens premiers. Chez Van Parijs, ce rôle est joué par un principe de « leximin opportunités », qui requiert que chaque personne ait la plus grande opportunité possible de faire ce qu'elle pourrait avoir envie de faire [30].

Dans le cadre de cette thèse, il n'est pas nécessaire d'entrer dans le détail des implications redistributives de ces principes chez chacun de ces auteurs [31]. Nous nous contenterons de considérer les implica-

citoyens participent tous à la constitution du sens, des significations socialement partagées. Cf. J Fiske, *Television culture*, Methuen & Co. Ltd Routledge, 1987, p. 236-39 ; Voyez aussi M Madow, "Private ownership of public image : Popular culture and publicity rights", *California Law Review* 81.1 (1993), p. 146 ; W. W. Fisher, "Property and Contract on the Internet", *Chi.-Kent L. Rev.* 73 (1998), p. 1217 ;J. M. Balkin, "Digital Speech and Democratic Culture : A Theory of Freedom of Expression for the Information Society", *New York University law review.* 79.1 (2004)

28. À la différence de Van Parijs, Rawls considère donc que les obstacles affectent l'*utilité* des libertés, plutôt que de contraindre la liberté elle-même (J. Rawls, *Libéralisme Politique*, *op. cit.*, p. 385). Mais cette divergence semble essentiellement terminologique, et l'argument de Rawls sur la nécessité d'assurer à chacun une certaine valeur des libertés de base est largement similaire à celui de Van Parijs en faveur de la liberté réelle.

29. *ibid.*, p. 386

30. P. Van Parijs, *Real freedom for all*, *op. cit.*, p. 25. Par contraste, on peut considérer que ce principe dépasse les principes de différence et d'égalité équitable des chances chez Rawls. En effet, non seulement le principe de *leximin opportunity* de Van Parijs n'est pas restreint à « talents égaux », mais il inclut en outre les emplois et autres rentes comme « actifs » à redistribuer, ce qui le fait porter « sur une grande partie de ce qui sont souvent situés du côté des résultats plutôt que des opportunités » (*ibid.*, p. 169, note 88).

31. Par exemple, selon Van Parijs, la garantie de la liberté réelle pour tous implique la distribution d'un revenu de base universel et d'une redistribution destinée

tions pour la régulation de l'environnement numérique de cet engagement (partagé plus ou moins implicitement par bon nombre de théories libérales-égalitaristes) à défendre une liberté qui soit réelle, et non simplement formelle.

Conclusion du chapitre I

Ce chapitre liminaire n'appelant pas de très longues conclusions, nous nous contenterons de résumer brièvement les prémisses éthiques fondamentales qui guideront notre discussion des enjeux de la régulation de l'environnement numérique.

Nous avons d'abord présenté l'exigence fondamentale de justification publique, qui exige que l'exercice du pouvoir politique soit justifié « selon des termes que tous peuvent accepter comme justes » [32]. Nous verrons plus tard (chapitre III, section 1.1) ce que ce principe implique comme limite aux restrictions injustifiées à la liberté individuelle.

Nous sommes ensuite passés à l'exposition des principes de notre approche « réal-libérale » de la justice, en distinguant entre les principes visant à protéger des libertés formelles et ceux visant à garantir le caractère réel de ces libertés. Nous avons vu dans un premier temps (section 2.1) que l'adhésion à une conception politique des personnes comme citoyens libres et égaux devait conduire à soutenir un principe d'égales libertés (formelles) de base, qui garantit à chacun un droit égal à un système pleinement adéquat de libertés de base constitué par la liberté de conscience, la liberté d'expression, la liberté d'association, le droit à la vie privée, les libertés politiques, les libertés protégeant l'intégrité de la personne, et les libertés protégées par l'État de droit (*rule of law)*. Dans un second temps, nous avons soutenu que ce premier principe était insuffisant s'il n'était pas complémenté par des principes visant à protéger le caractère réel de ces libertés (ce que Rawls appelle « la valeur des libertés de base ») : d'une part un principe d'égale opportunité de participation politique (section 2.2.1), et d'autre part les principes visant à distribuer les opportunités et les avantages socio-économiques de manière à maximiser la valeur des libertés de base des plus défavorisés (section 2.2.2).

Conceptualiser la justice en termes de liberté réelle nous permettra de mieux saisir certains des défis posés par l'émergence de l'environnement numérique, dont nous synthétisons les enjeux dans le chapitre suivant.

à assurer une « diversité non-dominée » (Cf. *ibid.*, chapitre 2 et 3).

32. J. Rawls, *La justice comme équité*, *op. cit.*, p. 49-50

Chapitre II

Contexte : l'impact ambivalent de l'environnement numérique sur la liberté réelle

Avant d'aborder la question de la régulation souhaitable de l'environnement numérique du point de vue de notre approche de la justice, un préalable essentiel consiste à faire un état des lieux de l'impact de l'environnement numérique sur la liberté réelle. Et ce d'autant plus que cet impact s'avère éminemment ambigu. Si la littérature discute abondamment de la réalité (ou non) d'un impact positif d'Internet sur la liberté individuelle, elle remarque moins souvent que les évolutions causées par l'environnement numérique peuvent également avoir un impact négatif à cet égard. Nous examinerons les différents impacts potentiels de l'environnement numérique sur la liberté réelle, de par les opportunités nouvelles qu'il suscite (2.1) ou les vieux problèmes auxquels il s'attaque (2.2), mais aussi les difficultés nouvelles qu'il génère (2.3).

Il est utile de souligner que notre discussion ne porte que sur le potentiel de l'environnement numérique, pas sur son impact effectif. Savoir si en pratique Internet contribue réellement à augmenter significativement les opportunités d'accès au savoir, d'expression ou de participation politique reste une question ouverte, qui devrait faire l'objet d'un examen empirique dépassant largement le cadre de cette thèse, ainsi que les compétences de son auteur. Rappelons que notre propos a seulement vocation à servir une discussion normative : en abordant ces enjeux, nous aspirons ultimement à éclairer les choix de régulation de l'environnement numérique les plus à même de développer pleinement ses potentialités positives pour la liberté réelle, une question qui sera

l'objet du chapitre III.

Section 1 Nouvelles opportunités

Les nouvelles opportunités offertes par l'environnement numérique ont fait l'objet d'une littérature abondante [1]. Nous nous concentrerons sur les nouvelles opportunités pour l'augmentation de la liberté réelle des individus qui découlent des nouvelles possibilités d'*accéder* à l'information et de *participer* à la production de l'information.

1.1 Les opportunités dues aux nouvelles possibilités d'accéder à l'information

Les nouvelles possibilités d'accès à l'information, dues à la diminution des couts de disséminer l'information sur le réseau, ont un effet positif sur les opportunités dont jouissent les individus, en ce qu'elles peuvent procurer de nouveaux moyens d'action et de nouvelles compétences.

Les exemples de l'effet habilitant de l'environnement numérique en matière d'éducation sont bien connus. Ainsi, les ressources éducatives en ligne augmentent les opportunités d'éducation et de formation pour les individus n'y ayant pas accès, soit en raison d'un système éducatif inégalitaire, soit parce qu'ils sont issus d'une région du monde où ces possibilités d'éducation et de formation sont indisponibles. Outre l'accès des étudiants et chercheurs à des publications scientifiques grâce au mouvement en faveur de l'*open access*, ou à des formations complètes comme les Massive Open Online Course (MOOC), l'accès au savoir rendu possible par Internet promet également des bénéfices en dehors du monde de l'éducation, en permettant à des paysans de pays pauvres d'accéder à des informations sur des méthodes d'agriculture ou à des travailleurs qualifiés de réactualiser leur formation, etc. [2]

Une illustration un peu moins classique est celle des nouveaux moyens d'action que procure l'environnement numérique en matière de santé.

1. Cf. par exemple Y. Benkler, *The wealth of networks : How social production transforms markets and freedom*, *op. cit.* ; J. Zittrain, *The Future of the Internet–And How to Stop It*, *op. cit.* ; C. Shirky, *Here comes everybody : the power of organizing without organizations*, New York : Penguin Press, 2008 ; L. Lessig, *Remix : making art and commerce thrive in the hybrid economy*, *op. cit.* ; C. Sunstein, *Infotopia : How Many Minds Produce Knowledge*, t. 13, Oxford : Oxford University Press, 2006 ; H. Jenkins, *Convergence culture : where old and new media collide*, New York : New York University Press, 2006

2. Y. V. Perez & Y. Ben-David, "Internet as freedom - does the internet enhance the freedoms people enjoy ?", *Information Technology for Development* 18.4 (2012), p. 297

Non tellement par la possibilité plutôt théorique de compenser le manque d'accès à un système de soins de santé par davantage d'accès à l'information médicale [3], mais plutôt par la possibilité de combler d'autres besoins que même un système médical bien développé n'est pas en mesure de satisfaire. Ainsi, des sites comme PatientsLikeMe.com changent profondément la position du patient face à sa maladie : en matière de traitement symptomatique ou de médecine de confort, les possibilités de communication entre patients eux-mêmes leur permettent de traiter bien plus efficacement les nombreux tracas quotidiens liés à leur pathologie, ainsi que de bénéficier d'un soutien moral de la part de personnes partageant leur situation [4].

1.2 Les opportunités dues aux nouvelles possibilités de participer à la production d'information

Au-delà du simple accès à l'information, l'environnement numérique accroit également les moyens à disposition des individus pour participer à la production d'information. En effet, il suffit de disposer d'un ordinateur personnel connecté à Internet, comme une part grandissante de la population [5], pour créer et disséminer des informations sur le réseau.

Dans le domaine de la création culturelle, on voit ainsi apparaitre la figure de l'utilisateur, contrastant avec celle du spectateur comme récepteur passif, typique de la conception du public dans l'économie industrielle de la culture du XXe siècle [6]. Ni simplement un consommateur passif, ni uniquement un producteur, l'utilisateur prend une part plus active dans la production de l'information [7].

3. En effet, un tel effet de compensation, s'il existe, doit être relativisé en notant qu'il est tributaire d'un niveau d'éducation suffisant pour accéder et faire bon usage d'une telle information.

4. C. Shirky, *Cognitive surplus : creativity and generosity in a connected age*, New York : Penguin Press, 2010, p. 155 ; J. Frost & M. Massagli, "Social uses of personal health information within PatientsLikeMe, an online patient community : what can happen when patients have access to one another's", *Journal of Medical Internet Research* 10.3 (2008)

5. Si dans les pays développés le phénomène dit de la « fracture numérique » reste bien réel, celui-ci tend à se résorber. Ainsi, de 2007 à 2012 en Belgique, le nombre de ménages ne disposant d'aucun ordinateur est passé de 33% à 20%, et le nombre de ménages ne disposant pas de connexion à Internet est passé de 39% à 21%. Cf.S.P.F. Economie, *Indicateurs T.I.C. auprès des ménages et individus (2005-2012)*, 2013, url : http://statbel.fgov.be

La plus significative fracture numérique se situe au niveau mondial, avec une très forte disparité entre les pays développés et les pays en développement en termes d'accès à un ordinateur et à une connexion à Internet. Cf. International Telecommunication Union, *Measuring the Information Society*, 2012

6. Y. Benkler, *The wealth of networks : How social production transforms markets and freedom*, *op. cit.*, p. 135

7. *ibid.*, p. 138

On peut brosser un rapide portrait des différentes pratiques favorisées par l'augmentation de l'accessibilité des facteurs de production de l'information.

Le *remix* est un bon exemple de pratique de création qui tire directement parti des nouvelles possibilités offertes par la technique. On peut distinguer plusieurs catégories de pratiques de *remix*. Il est parfois considéré comme un genre en soi, qui met en avant la technique de l'emprunt. Il se rapproche alors de l'Appropriation Art, courant initié par des artistes comme Andy Warhol ou Marcel Duchamp, qui revendique l'appropriation d'œuvres ou d'objet préexistants comme forme artistique visant à recontextualiser les éléments empruntés. Il peut également s'agir d'utiliser l'œuvre originale à des fins d'en faire un commentaire critique, ce qui s'apparente à la pratique de la parodie. La recontextualisation opérée par le *remix* peut également présenter un aspect purement ludique, comme souvent chez Duchamp. La pratique des « *memes* » combine parfois l'aspect ludique avec la critique sociale [8]. Mais dans les *remix*, la technique de l'emprunt peut également être considérée comme un simple moyen. Il s'agit alors moins de susciter une réflexion sur la contextualisation du sens de l'œuvre, que de profiter du fond d'images, de sons, etc. disponibles pour créer quelque chose de nouveau. L'objectif est parfois simplement d'améliorer une œuvre existante, comme dans le cas des nombreux montages non autorisés des films de la nouvelle trilogie du cycle Star Wars réalisés par des passionnés dont l'objectif affiché était d'améliorer les lacunes des films originaux [9]. Mais il s'agit parfois de créer une œuvre entièrement nouvelle : dans le domaine des œuvres musicales par exemple, les pratiques du *sampling* et du *mashup* [10] consistent à créer un morceau entière-

8. Le Oxford Dictionary définit le terme meme comme "An element of a culture or system of behaviour passed from one individual to another by imitation or other non-genetic means" ; cf. *Oxford Dictionary*, 2014, http://www.oxforddictionaries.com, v° « meme ». Les pratiques de « memes » prennent souvent la forme d'images ou de vidéos qui constituent des variations sur un thème commun, et peuvent elles-mêmes constituer un *remix*, un *mashup*, ou une œuvre originale (quand elles ne réalisent pas vraiment d'emprunts à partir d'expressions existantes mais ne font que s'en inspirer). Sur le rôle des memes comme instruments de critique sociale, voyez la discussion de l'exemple du « Hitler meme » dans P. Dias da Silva & J. L. Garcia, "YouTubers as satirists : Humour and remix in online video", *eJournal of eDemocracy and Open Government* 4.1 (2012).

9. Voyez à ce sujet D. Kraus, "The Phantom Edit", *Salon* (2001), url : http://www.salon.com/2001/11/05/ ;"Mystery of Star Wars phantom edit", *BBC News* (2001), url : http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/1375742.stm ; R. Fausset, *A Phantom Menace ?*, 2002. Si la réaction de la société de production Lucasfilm détenant le droit sur les films originaux avait été initialement positive, celle-ci finit par faire interdire la circulation de ces versions non autorisées.

10. Pour un contraste entre les pratiques de *remix* (logique d'altération) et de *mashup* (logique d'agrégation), voyez S. Sonvilla-Weiss, "Introduction : Mashups, Remix Practices and the Recombination of Existing Digital Content", in : *Mashup*

ment nouveau sur la base d'un échantillon d'un morceau existant, ou de l'agrégation de plusieurs morceaux existants [11].

En littérature, les communautés de *fanfictions* rassemblent des amateurs qui concrétisent leur passion pour certaines œuvres de la culture populaire (films, séries télévisées, romans ou bandes dessinées) en rédigeant des œuvres dérivées qui en reprennent les personnages, l'univers ou la trame scénaristique. Elles sont souvent réalisées sans l'autorisation de l'auteur original, dont la réaction varie : certains utilisent leur droit d'auteur pour faire interdire ces *fanfictions*, alors que d'autres adoptent une attitude plus tolérante, voire enthousiaste [12] .

Si la pratique des suites ou adaptations trouve bien sûr de nombreux exemples historiques comme le Frankenstein de Mary Shelley (1818) [13], ou *Don Quichotte* de Cervantès (1605) [14] — en tirant un peu, on pourrait même faire remonter ce genre de pratiques à la littérature antique et aux récits mythologiques—, la possibilité de se regrouper dans des communautés de création collective visant à publier, critiquer ou réécrire des *fanfictions* représente une rupture qualitative dans la culture contemporaine. De plus, les *fanfictions* peuvent servir de porte d'entrée à la carrière d'écrivain : la popularité de certaines d'entre elles est parfois telle qu'elles parviennent à trouver leur chemin vers le grand public (comme le roman *Fifty Shades of Grey*, vendu à 60 millions d'exemplaires, bien qu'issu à l'origine d'une *fanfiction* de la série *Twilight* [15]).

Cultures, sous la dir. de S. Sonvilla-Weiss, Vienna : Springer Vienna, 2010, p. 9.

11. Cf. A. Power, "The Mouse that Roared : Addressing the Post-Modern Quandary of Mash-ups through Traditional Fair Use Analysis", *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 8 (2006) ; G. Reynolds, "A Stroke of Genius or Copyright Infringement ? Mashups and Copyright in Canada", *SCRIPTed* 6.3 (2009)

12. Comme J.K. Rowling, l'auteur de la série *Harry Potter*. Cf. D. Waters, "Rowling backs Potter fan fiction", *BBC News* (2004), url : http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/3753001.stm.

13. Le nombre de suites littéraires ou d'adaptations cinématographiques plus ou moins fidèles est tel que la notoriété du personnage de Frankenstein a probablement dépassé celle de son auteur. Citons l'adaptation théâtrale en 1826 *The Man and The Monster* ou *The Fate of Frankenstein* par Henry Milner, la première adaptation cinématographique en 1910 par J. Searle Dawley, ainsi qu'une litanie d'autre jusqu'à nos jours avec le *Frankenweenie* de Tim Burton (2012).

14. Plusieurs « suites » (non autorisées) sont ainsi parues à une époque relativement proche de la parution du livre de Cervantès, comme la traduction extrêmement libre de François Filleau de Saint-Martin, Histoire de l'admirable Don Quichotte de la Manche(1677), la suite de la version de Saint-Martin par Robert Challe (1715) la Suite nouvelle et véritable de l'histoire et des aventures de l'incomparable Don Quichotte de la Manche (1741). Cf. à ce sujet E. F. Judge, "Kidnapped and Counterfeit Characters : Eighteenth-Century Fan Fiction, Copyright Law and the Custody of Fictional Characters", in : *Originality and intellectual property in the french and english enlightenment*, sous la dir. de R. McGinnis, 2009.

15. E. Morrison, "In the beginning, there was fan fiction : from the four gospels to Fifty Shades", *The Guardian* (2012), url : http://www.theguardian.com/books/

Mais les moyens techniques ne sont pas le seul facteur rendu plus accessible sur le réseau. Un autre cout potentiellement affecté est le cout de main-d'œuvre (de travail humain) nécessaire à la réalisation d'un projet de production d'information. En effet, l'impressionnante facilité de coordination entre individus sur le réseau permet de tirer profit de comportements coopératifs de nombreux individus, dont l'agrégation permet de réaliser des tâches complexes. C'est ce qu'on appelle la production collaborative (ou *peer production*) [16]. Sans rentrer dans un commentaire détaillé de ces nouveaux modes de production collaborative, disons seulement que la canalisation de la force de travail de nombreux volontaires a priori désorganisés et éloignés géographiquement permet la réalisation de nombreux projets complexes dont certains rivalisent (voire surpassent) leurs équivalents commerciaux. À titre d'exemple, citons l'encyclopédie Wikipedia, les logiciels libres et open source parmi lesquels les systèmes d'exploitation GNU/Linux, la populaire plateforme de blogs Wordpress, ou encore le service OpenStreetMaps.

Dans le domaine des jeux vidéos, la production collaborative est également mise en œuvre dans la création de *mods*. Les *mods* sont des extensions modifiant un jeu vidéo original. Ils se limitent parfois à apporter des modifications marginales ou à corriger des défauts techniques du jeu original. Mais certains d'entre eux, plus ambitieux, visent à créer un jeu totalement nouveau, en transposant intégralement les éléments artistiques dans un autre univers, et en modifiant significativement les règles du jeu original (on parle alors de « *total conversions* »). Certains *mods* ont tellement de succès qu'ils dépassent en notoriété le jeu original (comme le *mod* Counter-Strike qui a pratiquement éclipsé le jeu original Half-life auprès du grand public). Or ces *mods* ne sont pas réalisés par des studios de développement professionnels : ils sont le fruit du travail de passionnés sur leur temps libre. Si certains *mods* sont développés par une seule personne, les *total conversions* atteignent généralement un degré de complexité tel qu'elles nécessitent le travail d'une équipe de plusieurs développeurs. Ce sont les forums des communautés de joueurs qui constituent le lieu de recrutement et de coordination des développeurs de *mods*. La pratique est aujourd'hui largement encouragée par les studios professionnels, pour autant qu'elle reste dans un cadre non commercial : les développeurs du jeu original bénéficient en effet du regain de notoriété et de rentrées financières liées à ces créations dérivées, et les communautés de développeurs de *mods* permettent de révéler de nouvelles recrues talentueuses.

2012/aug/13/fan-fiction-fifty-shades-grey

16. Cf. Y. Benkler, "Coase's Penguin, or, Linux and "The Nature of the Firm"", *op. cit.*

Comme on peut le voir à travers ces différentes illustrations, dans de nombreux domaines, l'accessibilité des moyens de production de l'information n'a jamais été aussi grande. Il n'est plus nécessaire d'avoir accès aux moyens fournis par un studio de production ou une agence de presse pour entreprendre une activité de création audiovisuelle ou journalistique. Certes, la possibilité d'en faire son activité principale reste bien sûr conditionnée à la capacité à vendre son travail sur le marché. Mais en eux-mêmes, ces nouveaux moyens d'action constituent tout de même une augmentation significative de la liberté réelle, en ce qu'ils facilitent l'accès à certains types d'activités traditionnellement réservées aux membres d'une profession.

En outre, ces nouveaux moyens constituent également une augmentation indirecte de la liberté réelle des individus, dans la mesure où ces activités peuvent jouer un rôle éducatif substantiel. En effet, on peut analyser la plupart des illustrations mentionnées ci-dessus, comme des occurrences de ce que des théoriciens de l'éducation tels que Jean Lave et Étienne Wenger [17] appellent des « communautés de pratique », à savoir des groupes de personnes qui approfondissent leurs connaissances dans un domaine en interagissant avec d'autres individus qui partagent leurs préoccupations, problèmes ou passions [18] (une qualification à rapprocher de la notion d'« affinity spaces » proposée par certains [19]). L'étude des communautés de pratiques met en évidence le rôle de « l'apprentissage situé » dans un contexte social, par rapport à la vision traditionnelle de l'apprentissage par une transmission abstraite et décontextualisée. Les nouvelles formes de création participatives sur le web au sein de « communautés de pratiques » ou d'« affinity spaces » présenteraient de nombreux avantages en matière d'éducation, notamment parce qu'elles mobilisent la motivation intrinsèque des participants, parce qu'elles font concevoir l'apprentissage comme une expertise à perfectionner, ou parce qu'elles créent des ponts entre personnes de classes d'âges ou d'origines sociales diverses [20]. Pour reprendre l'exemple des communautés de *fanfiction*, le *feedback* permanent que se donnent les

17. J. Lave & E. Wenger, *Situated Learning : Legitimate Peripheral Participation*, Cambridge University Press, 1991.

18. Cf. E. Wenger, R. A. McDermott & W. Snyder, *Cultivating Communities of Practice : A Guide to Managing Knowledge*, Harvard Business Press, 2002, p. 4.

19. Selon J. P. Gee et E. Hayes : « Affinity spaces are places - real world or virtual world on Internet sites or in virtual worlds like Second Life - where people interact around a common passion » ; cf J. P. Gee & E. Hayes, *Public Pedagogy through Video Games : Design, Resources & Affinity Spaces*, url : http://www.gamebasedlearning.org.uk/content/view/59/ (visité le 25/06/2014).

20. Nous sommes redevables ici à l'excellente synthèse des thèses de J. P. Gee proposée par Jenkins, H. Jenkins, *Confronting the Challenges of Participatory Culture : Media Education for the 21st Century*, Massachusetts Institute of Technology, 2009, p. 9.

participants leur permet d'améliorer leur maitrise de l'écriture en même temps que leurs compétences de lecteur, le tout dans le contexte positif lié à une passion commune [21]. Quant aux communautés de développement de *mods*, elles permettent à leurs participants d'acquérir non seulement des compétences spécialisées (programmation, graphisme, etc.) mais aussi des compétences sociales (travail en équipe) ou cognitives [22].

Toutes ces pratiques illustrent bien l'effet habilitant des nouvelles possibilités de participer à la production d'information dans l'environnement numérique, contribuant directement ou indirectement à l'augmentation des moyens réels à disposition des individus.

Section 2 De vieux problèmes en voie de résolution ?

En plus de générer des opportunités nouvelles, Internet peut également contribuer à résoudre des problèmes classiques, comme celui de la persistance d'inégalités d'opportunités d'expression et de participation politique au sein de la société (2.1), ou la survenance du phénomène que nous appelons les partenariats public-privé de la censure (2.2).

2.1 L'accès aux moyens d'expression et de participation politique

La problématique des inégalités d'accès aux moyens d'expression n'est évidemment pas neuve. En 1967, le juriste américain Jerome Barron écrivait :

> « There is an anomaly in our constitutional law. While we protect expression once it has come to the fore, our law is indifferent to creating opportunities for expression. Our constitutional theory is in the grip of a romantic conception of free expression, a belief that the "marketplace of ideas" is freely accessible. But if ever there were a self-operating marketplace of ideas, it has long ceased to exist. The mass media's development of an antipathy to ideas requires legal

21. R. W. Black, "Access and Affiliation : The Literacy and Composition Practices of English-Language Learners in an Online Fanfiction Community", *Journal of Adolescent & Adult Literacy* 49.2 (2005), p. 125-6 Cf. également H. Jenkins, *Confronting the Challenges of Participatory Culture : Media Education for the 21st Century*, *op. cit.*, p. 9.

22. R. L. Webb, "The Online Game Modding Community : A Connectivist Instructional Design for Online Learning ?", thèse de doct., Capella Univeristy, 2009.

> intervention if novel and unpopular ideas are to be assured a forum » [23]

Selon Barron, tout comme il existe des inégalités de pouvoir de négociation entre les acteurs dans un marché du travail non régulé, il existe des inégalités de pouvoir d'expression entre les locuteurs sur le libre marché des idées [24], reflétant les inégalités socioéconomiques entre locuteurs. Selon Barron, le « libre marché des idées » [25] ne suffit pas à assurer à chacun les mêmes opportunités d'expression. Ceux dont les idées sont ignorées ou réprouvées par les propriétaires des médias de masse et qui n'ont pas les moyens suffisants pour financer une campagne publicitaire (ni a fortiori pour fonder leur propre agence de presse) sont clairement désavantagés du point de vue de leurs opportunités d'expression [26].

Or, comme nous l'avons vu, il est important de fournir aux individus les moyens d'exercer leur liberté d'expression pour assurer une chance égale d'influer sur le débat public, afin de protéger l'égale valeur des libertés de base et le bon fonctionnement d'institutions justes [27].

C'est dans ce contexte que Barron s'est illustré par sa proposition d'un « droit d'accès à la presse » [28]. Une première interprétation de ce droit consisterait en un droit opposable d'accès aux journaux. L'exercice de ce droit, note Barron, « trouverait naturellement à s'appliquer à la rubrique courrier des lecteurs ou à la section publicitaire » [29]. Il pourrait toutefois être limité par des contraintes d'espace et de cout, mais

23. J. A. Barron, "Access to the Press. A New First Amendment Right", *Harvard Law Review* 80.8 (1967), p. 1641

24. *ibid.*, p. 1647-1648

25. L'idée du « libre marché des idées » renvoie à une théorie influente en droit américain de la liberté d'expression, qui soutient que la liberté d'expression a pour but d'assurer une libre compétition entre les idées. On attribue à Olivier W. Holmes une des premières formulations de cette idée : « the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas—that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution ». Cf. O. W. Holmes, opinion dissidente dans US Supreme Court, *Abrams v. United States*, 10 novembre 1919, 250 U.S. 616.

26. Il convient de remarquer que Barron ne s'intéresse pas seulement à la question des inégalités d'opportunités d'expression, mais développe aussi un argument distinct portant sur la transformation de l'infrastructure d'expression avec l'avènement des médias de masse, par rapport au modèle du « soapbox speaker » haranguant les foules dans un parc public. Ce deuxième type d'argument se rapproche de la discussion que nous réalisons *infra* sur la façon dont Internet altère l'infrastructure de l'expression individuelle (cf. *infra*, 2.3.1.). À des fins de simplification, nous nous retenons uniquement ici la partie de l'argument de Barron qui porte sur la question des inégalités de pouvoir d'expression.

27. J. Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 198

28. J. A. Barron, "Access to the Press. A New First Amendment Right", *op. cit.*

29. *ibid.*, p. 1667. Barron mentionne également l'idée d'un droit de réponse, à laquelle la jurisprudence américaine a toujours résisté, mais qui a est implémentée dans certains pays européens.

seulement en des termes non discriminatoires [30]. En outre, pour qu'un tel droit soit praticable, Barron propose de le restreindre aux cas où l'expression en cause est « effectivement réprimée ou sous-représentée » par la presse [31]. Dans une deuxième interprétation, Barron envisage une règlementation visant à limiter les refus d'accès arbitraire de la part des médias, par exemple en imposant que le tarif des annonces de propagande politique ne soit pas supérieur à celui pour les annonces publicitaires [32].

Si le diagnostic fait par Barron des problèmes d'accès aux moyens d'expression dans son article de 1967 est tout à fait lucide, les solutions n'ont qu'une ambition très limitée. Et pour cause : à l'ère des médias de masse, où les moyens de diffusion de masse nécessitaient un investissement considérable, le pouvoir d'influencer les questions soumises au débat public était ultimement concentré dans les mains d'un petit nombre d'hommes politiques, d'éditeurs et de propriétaires d'agence de presse, ou d'organisations disposant des moyens de s'offrir de l'espace publicitaire. Dans ce contexte, mis à part quelques correctifs marginaux, il était difficile d'augmenter significativement les opportunités d'expression des plus défavorisés, à moins de redistribuer massivement les richesses.

C'est de ce point de vue que l'environnement numérique change radicalement la donne, en rendant beaucoup plus facile de tendre vers l'idéal d'un « libre marché des idées ». Étant donné la très large accessibilité des moyens de diffusion de l'information, il devient envisageable d'accéder à un public en contournant la presse traditionnelle. En diminuant fortement le cout d'entrée de l'expression individuelle, l'environnement numérique augmente dès lors les opportunités des plus défavorisés de participer au débat public.

En outre, les possibilités accrues de réutiliser les informations numérisées peuvent également contribuer à compenser les inégalités d'expression. En effet, ceux qui ont le moins de moyens pour se faire entendre peuvent plus facilement se greffer [33] sur le message de ceux qui en ont le plus, par l'intermédiaire de réutilisations transformatives comme les parodies ou les détournements (cf. supra, 1.2). Bien que les normes sociales induites par le régime du droit d'auteur nous conduisent souvent à réprouver de telles stratégies considérées comme du « parasitisme », celles-ci prennent une tout autre dimension lorsqu'on prend en compte

30. *ibid.*, p. 1667.
31. *ibid.*, p. 1677.
32. *ibid.*, p. 1670.
33. C'est la stratégie que Balkin désigne par l'expression « glomming on [the mass media] » J. M. Balkin, "Digital Speech and Democratic Culture : A Theory of Freedom of Expression for the Information Society", *op. cit.*, p. 9.

l'étendue des inégalités d'opportunités d'expression, et leur impact sur la participation politique.

Certes, les médias de masse n'ont pas entièrement perdu leur avantage, comme le montrent les statistiques de fréquentation des sites Internet [34]. On est essentiellement passé d'une inégalité dans les moyens de diffusion de l'information à une inégalité dans les moyens de capter l'attention du public [35]. Il n'en demeure pas moins que cette transition constitue un progrès considérable dans la quête d'une égalisation des opportunités d'expression, à un point qui paraissait inimaginable en 1967, comme le note Barron quarante ans plus tard :

> « [T]he rise of the Worldwide Web has given an opportunity for individual exercise of free speech that did not exist when I first wrote. (...) The individual participation in debate that a right of access to the media was intended to provide has, to some extent, been provided by the rise of the Internet. » [36]

Si le constat selon lequel « Freedom of the press is guaranteed only to those who own one » n'a pas pas perdu tout son mordant [37], on peut néanmoins considérer que l'environnement numérique représente un pas vers une société où « chacun est sa propre agence de presse » [38], et où l'accès aux moyens matériels serait si répandu que les opportunités de s'exprimer et de participer seraient largement égalisées [39].

34. Y. Benkler, *The wealth of networks : How social production transforms markets and freedom*, *op. cit.*, p. 241

35. De même, l'idée que l'attention du public serait répartie de manière plus égalitaire dans l'environnement numérique qu'à l'ère des médias traditionnels mobilise souvent l'hypothèse de la « longue traine » (selon laquelle l'attention des internautes sur le réseau suit une distribution qui, au-delà d'une concentration initiale sur un petit nombre de contenus vedettes, s'étale sur une grande diversité de contenus à l'audience plus modeste) qui fait l'objet d'un certain nombre de critiques ces dernières années.

Sur la « longue traine », voyez C. Shirky, *Power Laws, Weblogs, and Inequality*, 2003, URL : http://www.shirky.com ; C. Anderson, *The long tail : why the future of business is selling less of more*, New York : Hyperion, 2006 ; pour un regard critique, voyez P.-J. Benghozi & F. Benhamou, "Longue traîne : lever numérique de la diversité culturelle ?", *Culture prospective* 1 (2008) .

36. J. A. Barron, "Access to the Media : A Contemporary Appraisal", *Hofstra Law Review* 35 (2007), p. 113-114.

37. Comme le note Barron, citant la fameuse formule du journaliste A.J. Liebling. Cf. *ibid.*, p. 113-114

38. Cf. C. Shirky, *Here comes everybody : the power of organizing without organizations*, *op. cit.*, p. 55

39. On pourrait en quelque sorte parler d'une « démocratie des propriétaires » d'agence de presse, en référence à l'idéal envisagé par Rawls d'une démocratie des propriétaires, à savoir un régime qui s'efforce de « disperser la propriété des richesses et du capital, et donc [...] empêcher qu'une partie infime de la société contrôle l'économie, et indirectement la vie politique ». Cf. J. Rawls, *La justice comme équité*, *op. cit.*, p. 192, §42.3.

Internet présente donc le potentiel d'une rupture importante avec l'ère des médias de masse, en contribuant à une égalisation des opportunités d'expression au sein de la société. La régulation d'Internet et les choix d'architecture des différentes couches du réseau ont un rôle crucial à jouer dans la réalisation de ce potentiel.

2.2 Les partenariats public-privé de la censure

Un autre problème classique susceptible de trouver une voie de solution dans l'environnement numérique est celui des « partenariats public-privé de la censure », par lesquels les pouvoirs publics contournent les garanties fondamentales de la liberté d'expression au moyen d'une collaboration informelle avec les acteurs privés.

La collaboration entre les pouvoirs publics et les acteurs privés n'est pas nécessairement problématique en soi : il peut être raisonnable pour les pouvoirs publics d'y recourir pour contribuer à l'effectivité de la loi, dans la mesure où celle-ci fournit le cadre et les garanties appropriés [40]. Toutefois, lorsqu'une telle collaboration avec les acteurs privés en dehors de tout cadre juridique constitue un moyen pour les pouvoirs publics de contourner les garanties juridiques du respect des droits fondamentaux des citoyens [41], on a de bonnes raisons de s'y opposer. Une protection effective du principe d'égales libertés de base ne peut en effet tolérer que les autorités publiques utilisent des manœuvres visant à échapper à leur devoir de protéger les libertés de base [42].

Le phénomène des partenariats public-privé de la censure n'est pas nouveau. On peut citer des cas fameux comme celui des listes noires d'Hollywood recensant les personnes soupçonnées de sympathies communistes à l'époque du McCarthysme [43], ou plus récemment du New York Times qui a accepté de reporter la publication d'un scandale de

40. Il peut par exemple être nécessaire de compter sur les intermédiaires techniques d'Internet pour assurer la suppression des contenus illégaux, à condition qu'un tel procédé ne revienne pas à un régime de restriction préalable, et que la loi prévoie des mécanismes efficaces permettant de préserver le droit à la liberté d'expression (intervention d'un juge, possibilité de recours effectif face à la décision de suppression, etc.)

41. Dans notre approche de la justice, l'expression « droits fondamentaux » doit s'entendre comme renvoyant à la liste limitative de libertés de base protégées par le premier principe (cf. *supra*, chapitre I, 2.1), moins étendue que l'ensemble des droits fondamentaux reconnus en droit positif.

42. Dans ce sens, cf. M. D. Birnhack & N. Elkin-Koren, "The Invisible Handshake : The Reemergence of the State in the Digital Environment", *Vanderbilt Journal of Law & Technology* 8.2 (2003), p. 4.

43. Exemple cité par J. M. Balkin, "The First Amendment is an Information Policy", *Hofstra L. Rev* 41.1 (2013), p. 128.

surveillance domestique de la NSA jusqu'après l'élection présidentielle de 2004, sur pression du gouvernement Bush [44].

L'environnement numérique n'a pas mis fin à ces dangereuses collusions, comme l'atteste l'attaque « multi-système » à l'encontre de Wikileaks, par laquelle un grand nombre d'intermédiaires d'hébergement, de gestion de nom de domaine, ou de paiement ont apparemment accédé à l'invitation des autorités américaines de mettre fin à leurs prestations à l'égard du site de lanceurs d'alertes [45], alors que les activités de l'organisation Wikileaks n'avaient rien d'illégal, et auraient probablement bénéficié d'une protection au titre de la liberté d'expression si elles avaient été mises en cause devant un juge.

Toutefois, dans la mesure où aucun acteur dominant n'exerce un contrôle décisif sur l'architecture de l'environnement numérique, les sources d'informations controversées et vulnérables à répression peuvent bénéficier d'une résilience accrue. Ainsi, si les pressions impressionnantes issues des partenariats public-privé de la censure ont sans doute affaibli l'organisation Wikileaks [46], elles n'ont jamais vraiment réussi à la faire taire, et le site est encore accessible à ce jour. Comme le montre Benkler [47], une association de la presse traditionnelle avec une organisation décentralisée en réseau comme Wikileaks (comme on l'a vu dans l'affaire des télégrammes diplomatiques américains en 2010-2011) représente sans doute de meilleures chances de permettre aux « lanceurs d'alerte » de jouer leur rôle de manière responsable, tout en résistant aux pressions émanant des autorités publiques.

Les choix de régulation et d'architecture du réseau peuvent donc avoir pour effet d'affaiblir ou d'accroitre cette résilience de l'information, et partant de rendre plus aisés ou plus difficiles les partenariats public-privé de la censure.

Section 3 Des difficultés nouvelles

Lorsqu'on envisage les bouleversements produits par l'environnement numérique, il est facile de voir les nouvelles opportunités et les

44. Cf. Y. Benkler, "A Free Irresponsible Press : Wikileaks and the Battle over the Soul of the Networked Fourth Estate", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 46.2 (2011), p. 393-394 ; J. M. Balkin, "The First Amendment is an Information Policy", *op. cit.*, p. 124

45. Selon Y. Benkler, "A Free Irresponsible Press : Wikileaks and the Battle over the Soul of the Networked Fourth Estate", *op. cit.*

46. Notons également les poursuites judiciaires à l'encontre de son fondateur, Julian Assange, dont nous nous garderons de juger si elles sont fondées ou si elles font également partie des pressions issues des partenariats public-privé de la censure.

47. Cf. Y. Benkler, "A Free Irresponsible Press : Wikileaks and the Battle over the Soul of the Networked Fourth Estate", *op. cit.*

développements positifs du point de vue de la liberté réelle. Mais on conçoit plus difficilement les nouvelles difficultés qu'il est susceptible de susciter : il semble en effet que de nouveaux outils, procurant de nouveaux moyens d'action, ne puissent pas avoir un impact pire que neutre du point de vue de la liberté réelle.

Pourtant, l'apparition de ces nouveaux moyens d'action et l'évolution corrélative des pratiques sociales peuvent également avoir un impact plus insidieux, dans la mesure où elles rendent obsolètes certaines garanties implicites aux droits et libertés reconnus par le régime juridique, généralement considérées comme acquises.

En effet, un régime juridique ne peut se comprendre indépendamment du contexte de son adoption. La protection juridique de droits ou d'intérêts a toujours lieu sur fond d'un contexte matériel et social. La plupart du temps, ce contexte matériel et social est simplement supposé par le législateur (ou le constituant). Dès lors, les raisons qui ont conduit à considérer telle protection juridique comme acceptable à un moment donné dépendent non seulement du texte légal, mais aussi de certains éléments du contexte matériel et social non expressément visés par celui-ci. On peut considérer ces éléments comme des garanties implicites du caractère réel des droits ou intérêts garantis par le régime juridique.

Mais quand ces garanties implicites sont de moins en moins pertinentes en raison de l'évolution des pratiques sociales (liée à l'évolution technologique) la protection des droits ou intérêts réalisée par le régime juridique devient dangereusement formelle.

Comme le note le juge Alito dans une opinion concourante à l'arrêt United States v. Jones[48] devant la Cour Suprême américaine, portant sur une affaire de surveillance policière au moyen d'un GPS embarqué dans un véhicule :

> « *In the pre-computer age, the greatest protections of privacy were neither constitutional nor statutory, but practical.* Traditional surveillance for any extended period of time was difficult and costly and therefore rarely undertaken. The surveillance at issue in this case—constant monitoring of the location of a vehicle for four weeks—would have required a large team of agents, multiple vehicles, and perhaps aerial assistance. Only an investigation of unusual importance could have justified such an expenditure of law enforcement resources. Devices like the one used in the present

48. United States Supreme Court, *United States v. Jones*, 23 janvier 2012, 615 F. 3d 544

> case, however, make long-term monitoring relatively easy and cheap. » [49]

Dès lors, conclut Alito, face à d'importants bouleversements liés à l'évolution technologique, il importe de rechercher un nouvel équilibre entre protection de la vie privée et sécurité publique [50]. Cet exemple montre bien comment les nouvelles techniques de surveillance à disposition des autorités contribuent à une érosion des protections implicites du droit à la vie privée.

Cette érosion des garanties implicites des droits et libertés est particulièrement problématique du point de vue de notre approche de la justice. Nous envisagerons trois occurrences de ce phénomène : la tendance à la privatisation des espaces d'expression (3.1), les nouvelles possibilités d'exécution parfaite de la loi par le code (3.2), et l'inadaptation du droit d'auteur aux nouvelles conditions d'utilisation des œuvres dans l'environnement numérique (3.3).

3.1 La tendance à la privatisation des espaces d'expression

Si comme nous l'avons vu, l'accessibilité du matériel informatique conduit à une augmentation des opportunités d'expression, l'architecture du réseau Internet contribue à précariser une garantie essentielle de la liberté d'expression : l'existence d'espaces de libre expression. Pour bien saisir cet enjeu, il parait utile de commencer par une digression sur la question de la protection juridique des espaces d'expression aux XIXe et XXe siècles.

49. United States Supreme Court, United States v. Jones, opinion concourante du juge Alito (c'est nous qui soulignons). Dans cet arrêt, la solution retenue par la Cour est au centre d'une controverse entre les partisans et les opposants d'une interprétation originaliste de la Constitution : ainsi, le juge Alito accuse l'opinion du juge Scalia de chercher à tout prix à appliquer le *tort law* du 18e siècle, ce qui complique inutilement la discussion. C'est pour cette raison que le juge Alito et quatre autres juges soumettent une opinion concurrente à celle de la majorité, aboutissant aux mêmes conclusions par un raisonnement différent.

50. Selon Alito, il appartient au législateur de trancher ce nouvel équilibre. En l'espèce, le législateur n'ayant pas assumé sa responsabilité de pallier cette lacune, en appliquant (toujours selon Alito) le droit au respect de la vie privée au regard d'un critère de "reasonable expectation of privacy", que la Cour a déjà eu l'occasion de mettre en œuvre des de précédentes décisions. Ce critère d'attente raisonnable "has a source outside of the Fourth Amendment, either by reference to concepts of real or personal property law orto understandings that are recognized and permitted by society". Ce raisonnement n'est toutefois pas celui qui est retenu par le juge Scalia, rédigeant le jugement pour la majorité (cf. note précédente).

3.1.1 La protection des espaces d'expression en droit

Si la disponibilité d'espaces publics (rues, places, parcs publics) [51] permettant l'exercice de la liberté d'expression semble aujourd'hui relever de l'évidence, il n'en a pas toujours été ainsi. Durant les années 1860, le débat sur la réforme électorale au Parlement britannique est émaillé d'une série d'incidents aux alentours de Hyde Park. La *Reform League*, mouvement ouvrier en faveur de la réforme électorale, se voit interdire de manifester à Hyde Park pour des raisons de maintien de la paix publique. Dans leur conflit avec le gouvernement britannique, les manifestants reçoivent le soutien éminent de John Stuart Mill, qui interviendra à plusieurs reprises à la Chambre des Communes pour soutenir le droit de s'exprimer librement dans les parcs publics. Mill usera même de la flibuste en invitant les membres de la *Reform League* au salon de thé de la Chambre des Communes, afin de créer un effet de diversion suffisant pour bloquer un projet de loi *ad hoc* sur la règlementation des parcs publics. Finalement, devant l'affluence de plus de 200 000 manifestants, le gouvernement finit par céder, ce qui contribuera au succès de la réforme introduisant le suffrage universel masculin, en 1867. C'est depuis cette époque que le Speaker's Corner de Hyde Park est considéré comme le symbole par excellence de l'espace de libre expression [52].

Dans une de ses interventions à la Chambre des Communes, Mill aborde explicitement la relation entre liberté d'expression et d'association, et l'existence d'espaces pour exercer ces libertés :

> « I am not going to enter into the question of the right of the people to meet in Hyde Park. We know that Her Majesty's Government have the opinion of eminent lawyers to the contrary. (...) I maintain that if the people have not that right now, they ought to have it. (...) I maintain that the public ought to have the use of the Park for this purpose, for if not, what other place is there that can suit them ? In what other place can they meet where there would be less interruption to recreation ? Is there likely to be less interruption to traffic, or to other pursuits or persons, in Trafalgar Square than in Hyde Park ? (...) if these reasons are to prevail to exclude the people, there is no place for

51. Nous adoptons ici une définition étroite de l'expression « espace public », désignant les espaces qui relèvent du domaine public.

52. Cf. le compte-rendu par N. Capaldi, *John Stuart Mill : A Biography*, Cambridge University Press, 2004, p. 326-7. Cf. également l'évocation de l'incident à la Chambre des Communes John Stuart Mill, *The Collected Works of John Stuart Mill, vol 28 - Public and Parliamentary Speeches, Part I*, sous la dir. de J. M. Robson & B. L. Kinzer, Londres : Routledge, 1988, §29, 31, 32 et 34, et 79 ; Cf. également J. Roberts, "The Development of Free Speech in Modern Britain", *Speakers' Corner Trust* (2011), url : http://www.speakerscornertrust.org/.

> which equally strong reasons might not be given for their exclusion » [53]

En filigrane à l'argument de Mill, on trouve déjà l'intuition selon laquelle la liberté d'expression (de même que la liberté d'association ou la liberté de manifester), pour être effective, doit pouvoir disposer de lieux où s'exercer librement. En l'occurrence, les assurances du Gouvernement, selon lequel il n'entrait nullement dans son intention de limiter la liberté d'organiser des rassemblements politiques, sonnent creux : cette liberté serait purement formelle si le gouvernement parvenait à priver les manifestants de lieux pour se réunir.

À peu près à la même époque, cette même difficulté à concevoir la liberté d'expression de manière plus que simplement formelle se retrouve également aux États-Unis, en dépit de la reconnaissance depuis un siècle de la liberté d'expression dans la constitution américaine. Dans une affaire Davis v. Massachusetts [54], la Cour Suprême américaine considérait que la ville de Boston avait parfaitement le droit d'interdire les discours publics dans le Boston Common, en invoquant un parallèle entre le contrôle exercé par les autorités sur les espaces publics et le contrôle d'un individu sur sa propriété :

> "For the legislature absolutely or conditionally to forbid public speaking in a highway or public park is no more an infringement of the rights of a member of the public than for the owner of a private house to forbid it in his house" [55]

En mettant en avant les droits du propriétaire sur les droits des locuteurs, la Cour semble considérer qu'un individu n'a pas besoin d'espaces privilégiés pour s'exprimer librement. Pour voir les limites d'un tel régime de liberté d'expression sans garantie d'espaces pour l'exercer, considérons la situation hypothétique suivante : imaginons une société libertarienne, dans laquelle la moindre parcelle de terrain ferait l'objet de droits de propriété privée. Dans une telle société, la liberté d'expression n'est pas affectée par la décision d'un propriétaire de restreindre l'expression d'autrui sur sa propriété. La liberté d'expression se confondrait en fait avec la liberté d'un propriétaire d'utiliser sa propre propriété : liberté du propriétaire d'un terrain d'y proférer les opinions qu'il souhaite (et de réprimer celles des autres), liberté d'un propriétaire de presse de diffuser des informations (à ceux qui consentent à les recevoir), liberté de l'agence en charge des voiries d'y diffuser de la propagande (ou de réguler les expressions autorisées), etc. Et bien sûr,

53. John Stuart Mill, *The Collected Works of John Stuart Mill, vol 28 - Public and Parliamentary Speeches, Part I*, *op. cit.*, §29, « The Reform Meeting in Hyde Park ».

54. US Supreme Court, *Davis v. Massachusetts*, 10 mai 1897, 167 U.S. 43

55. *ibid.*, p. 47 (citant la décision de la Cour Suprême du Massachusetts).

ceux qui sont démunis de toute propriété n'auraient littéralement aucun droit à s'exprimer nulle part. À défaut d'un réel droit à s'exprimer en dehors de leur propriété, les individus pourraient seulement compter sur la tolérance bienveillante des propriétaires des espaces qu'ils empruntent. Une telle conception purement formelle de la liberté d'expression semble clairement contre-intuitive, et s'assimile davantage à une liberté de censure.

Il faudra quarante années de plus pour que la Cour Suprême, dans un arrêt Hague v. Committe for Industrial Organization [56], rejette les conclusions de l'arrêt Davis : l'affaire mettait en cause les autorités de la ville de Jersey, qui avaient interdit à un syndicat ouvrier d'organiser des rassemblements ou de distribuer des pamphlets sur la voie publique [57]. La Cour, écartant la question du titre de propriété sur les voiries et parcs publics, insiste sur le fait que ces espaces ont de tout temps été mis à la libre disposition du public à des fins de réunion et de discussion publiques [58]. La Cour conclut qu'une interdiction d'utiliser ces espaces pour s'exprimer revient à une interférence arbitraire dans la liberté d'expression individuelle.

Dans un arrêt ultérieur Schneider v. State [59], la Cour ira plus loin, en considérant que les autorités ont un devoir de maintenir les rues ouvertes au public, car celles-ci sont le lieu "naturel et approprié" pour la dissémination d'information et d'opinion. Par ces deux arrêts, la Cour pose les fondations de ce qu'on appellera la *public forum doctrine*, définissant une série de règles protégeant l'expression dans certains espaces sous propriété publique. Ces principes sont généralement reconnus en droit européen, même s'ils ne connaissent pas le même degré de formalisation [60].

Selon Sunstein, la *public forum doctrine* sert à protéger trois dimensions différentes de la liberté d'expression. Premièrement, elle permet d'assurer que les locuteurs ont accès à une large gamme d'auditeurs ; deuxièmement, elle permet aux locuteurs d'avoir accès à certaines personnes ou à certaines institutions, envers lesquelles ils ont un grief ; troisièmement, elle sert à augmenter la probabilité que les citoyens soient

56. US Supreme Court, *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 5 juin 1939, 307 U.S. 496

57. Les membres du syndicat avaient même été arrêtés, et embarqués de force sur un ferry à destination de New York (cf. *ibid.*).

58. *ibid.* : « Wherever the title of streets and parks may rest, they have immemorially been held in trust for the use of the public and, time out of mind, have been used for purposes of assembly, communicating thoughts between citizens, and discussing public questions »

59. US Supreme Court, *Schneider v. State of New Jersey*, 22 novembre 1939, 308 U.S. 147, 22 novembre 1939, 308 U.S. 147

60. Cf. C.E.D.H., *Mouvement Raëlien c. Suisse*, 13 juillet 2012, 16354/06

exposés à une large gamme d'expression [61].

Autrement dit, la *public forum doctrine* permet de contribuer à un caractère réel de la liberté d'expression (dans le sens où elle assure des opportunités d'exercer cette liberté) [62]. Plus précisément, on peut considérer que cette doctrine du *public forum*, en garantissant que les espaces publics soient des espaces de libre expression, relève d'une approche « suffisantiste » de la liberté réelle d'expression : même si les opportunités d'expression du prolétaire et du propriétaire d'un empire médiatique sont très inégales, tous deux bénéficient du même seuil minimal de moyens d'expression, par la garantie d'espaces publics soumis au respect de la *public forum doctrine*. Le présupposé implicite d'une telle approche est que les règles de non-interférence s'appliquant aux espaces publics traditionnels, les rues, places et parcs publics, permettent de protéger un seuil de moyens suffisant pour exercer sa liberté d'expression. En quelque sorte, dans l'esprit de l'approche américaine de la liberté d'expression, il s'agit d'assurer les conditions d'une concurrence équitable permettant le bon fonctionnement du libre marché des idées.

Bien que l'on puisse débattre de la question de savoir si la garantie de ce seuil est vraiment suffisante pour une juste distribution des opportunités d'expression (elle ne l'est pas, au vu de nos prémisses éthiques), cette approche suffisantiste participe en tout cas à une égalisation d'un bien important pour l'expression individuelle (les espaces d'expression), et donc contribue, certes modestement, à l'égalisation des opportunités d'expression.

3.1.2 Le cas des villes privées et centres commerciaux

Mais cette *public forum doctrine* impose seulement une interdiction d'interférence arbitraire par les autorités publiques sur les espaces appartenant à l'État et mis à la disposition du public. Elle suppose donc que de tels espaces publics existent. Qu'en est-il lorsque l'expression individuelle se déplace vers des espaces ou médiums couverts par des droits de propriété privée ?

Internet n'est pas un espace public. Pratiquement l'entièreté de l'infrastructure du réseau, et dès lors des canaux ou médiums d'expression individuelle, relève de la propriété privée. Il n'existe pas d'« espaces » [63]

61. C. Sunstein, "The Daily We", *Boston Review* 26.3 (2001)

62. Dans le même sens, les auteurs américains parlent d'une conception "affirmative" de la liberté d'expression ("affirmative first amendment") ; cf. D. Nunziato, *Virtual freedom : net neutrality and free speech in the Internet age*, Stanford : Stanford Law Books, 2009, p. 42.

63. À l'instar d'Ammori, nous faisons ici un usage très limité de la notion d'"espaces virtuels" pour désigner les moyens de communication qui permettent de connecter des locuteurs entre eux, tout en insistant sur les similitudes entre ces

analogues aux voiries ou aux parcs affectés à l'usage général par les autorités publiques, et où l'expression est protégée par des règles de non-interférence et de non-discrimination. Le caractère essentiellement privé du réseau Internet, qui accueille aujourd'hui une bonne part de l'expression individuelle, remet en question les présuppositions familières quant à la protection de la liberté d'expression [64].

La question des espaces de libre expression dans l'environnement numérique est largement analogue à celle de la protection de la liberté d'expression dans les villes privées ou les centres commerciaux. Dans les deux cas, on observe un déplacement de l'expression individuelle vers des médiums ou espaces couverts par des droits de propriété privée. La jurisprudence américaine et européenne permettra d'illustrer la difficulté de penser la protection de la liberté d'expression dans des espaces privés [65].

L'arrêt Marsh v. Alabama [66] représente la première occasion pour la Cour Suprême américaine de traiter cette question de l'exercice de la liberté d'expression sur la propriété privée d'autrui. Dans les années 1940, la ville de Chickasaw (Alabama) est encore une ville privée, comme beaucoup d'autres villes ouvrières, contrôlée en l'occurrence par la Gulf Shipbuilding Corporation [67]. Les habitants qui souhaitent faire leurs courses dans le *shopping district* sont libres de prendre leur voiture pour rouler sur les routes privées, puis d'emprunter les trottoirs privés pour se rendre dans les commerces attenants. Le seul élément remarquable est la présence d'écriteaux placardés par la compagnie, notifiant aux passants :

---

moyens de communication et les espaces physiques qui permettent habituellement aux individus de s'exprimer. Cf. M. Ammori, "First Amendment Architecture", *Wisconsin Law Review* 2012.1 (2012), p. 2, note 10 ; Cf. également M. A. Lemley, "Place and Cyberspace", *California Law Review* 91.2 (2003) (critiquant l'application déraisonnée par les cours et tribunaux de la métaphore du cyberespace comme lieu, tout en reconnaissant l'intérêt d'une telle métaphore pour penser les similitudes entre Internet et le monde physique).

64. À ce sujet, voyez M. Ammori, "First Amendment Architecture", *op. cit.* ; J. M. Balkin, "Digital Speech and Democratic Culture : A Theory of Freedom of Expression for the Information Society", *op. cit.* ; voyez également L. Lessig, "The Architecture of Innovation", *Duke Law Journal* 51.6 (2011), p. 1787-1791, pour un essai de typologie de différents systèmes de communication en fonction du contrôle des différentes couches du réseau (physique, logique, contenu), et une application de ce modèle à l'environnement numérique.

65. Voyez également l'excellente analyse de cette jurisprudence, en lien avec la question de la liberté d'expression dans l'environnement numérique, dans D. Nunziato, *Virtual freedom : net neutrality and free speech in the Internet age*, *op. cit.* et M. Ammori, "First Amendment Architecture", *op. cit.*

66. US Supreme Court, *Marsh v. Alabama*, 7 janvier 1946, 326 U.S. 501

67. La ville sera transformée en municipalité en 1946 (quelques mois après l'arrêt de la Cour Suprême américaine - ironie de l'Histoire).

> « This Is Private Property, and Without Written Permission, No Street, or House Vendor, Agent or Solicitation of Any Kind Will Be Permitted. » [68]

L'affaire implique une femme témoin de Jehovah distribuant des tracts religieux devant le bureau de poste qui, ayant refusé de quitter le trottoir (et la ville) comme ordonné par les forces de police, est finalement appréhendée pour violation de propriété. Lorsqu'elle sera saisie dans le cadre de cette affaire, la Cour Suprême remarquera que si les faits avaient eu lieu dans une ville normale, sur la voie publique, la condamnation aurait certainement été annulée en vertu de la doctrine du *public forum*. En l'espère, la Cour considèrera qu'il n'y a pas lieu d'appliquer une solution différente, car non seulement en mettant les voiries de Chickasaw à la disposition du public la compagnie opère essentiellement une "fonction publique", mais en outre les habitants de Chickasaw, comme n'importe quels autres citoyens, doivent pouvoir jouir de leur droit à la liberté d'expression [69]. La Cour réitèrera cette solution dans un arrêt Logan Valley impliquant les travailleurs d'un supermarché, interdits de manifester sur le parking (privé) adjacent [70].

Dans un mouvement similaire à celui opéré dans l'arrêt Hague, la Cour Suprême dans ces deux arrêts Marsh et Logan Valley refuse de confiner son raisonnement à des questions formalistes comme le titre de propriété sur les espaces en question, et s'intéresse plutôt à leur fonction d'espace d'expression, et à la nécessité de protéger de tels espaces pour garantir le caractère réel de la liberté d'expression [71]. Cette jurisprudence, constituant une exception à la *state action doctrine* (qui exempte les acteurs privés des obligations découlant des amendements à la Constitution), soumet le pouvoir de censure des acteurs privés exerçant une « fonction publique » les mêmes limites que celles qui s'imposent aux pouvoirs publics.

Mais cette importante jurisprudence sera sérieusement limitée dans deux arrêts ultérieurs, Lloyd v. Tanner [72] et Hudgens v. NLRB [73]. Les circonstances de l'affaire Lloyd v. Tanner semblaient pourtant particulièrement propices à une application de la *state action doctrine* : bien plus important que le centre commercial de Logan Valley, le Lloyd Center couvre près de 20 hectares de terrain [74], intégrant de nombreux

68. US Supreme Court, *Marsh v. Alabama*, *op. cit.*
69. *ibid.*
70. US Supreme Court, *Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza*, 14 mars 1968, 391 U.S. 308
71. En ce sens, voyez D. Nunziato, *Virtual freedom : net neutrality and free speech in the Internet age*, *op. cit.*, p. 54
72. US Supreme Court, *Lloyd Corp. v. Tanner*, 22 juin 1972, 407 U.S. 551
73. US Supreme Court, *Hudgens v. NLRB*, 3 mars 1976, 447 U.S. 74
74. Estimation d'après la description qu'en fait la cour dans l'arrêt Lloyd (la

commerces couvrant la plupart des besoins des habitants, ainsi que de nombreux services, dont un important auditorium [75]. Ce qui détermina la Cour à rejeter le recours c'est que contrairement à l'arrêt Logan Valley, qui portait sur un conflit syndical interne au centre commercial, la revendication d'expression en cause dans Lloyd ne concernait pas spécifiquement le centre commercial, mais portait sur une contestation de l'implication des États-Unis dans la guerre du Vietnam. Dès lors, selon la Cour, les manifestants disposaient ici "d'autres alternatives adéquates" pour s'exprimer [76]. Pour reprendre la typologie développée par Sunstein, on peut dire que la Cour dans l'arrêt Lloyd se focalise exclusivement sur la deuxième dimension de la liberté d'expression protégée par la *public forum doctrine*, à savoir la possibilité d'avoir accès à un public spécifique. Ce faisant, elle passe largement sous silence les deux autres dimensions : la possibilité d'atteindre un large public, et l'opportunité pour le public d'avoir accès à une large gamme d'opinions. Plus tard, reniant explicitement la solution adoptée dans l'affaire Logan Valley, la Cour précisera dans l'arrêt Hudgens v. NLRB qu'en dehors des cas où les acteurs privés exercent des fonctions publiques (comme dans l'arrêt Marsh), la Constitution ne requiert pas une telle « dédication de propriété privée à l'usage public » [77].

À notre connaissance, la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est prononcée sur cette problématique qu'à une seule occasion, dans un arrêt aux conclusions assez modestes, l'arrêt Appleby c. Royaume-Uni [78]. Les circonstances de l'affaire Appleby sont globalement similaires à celles de Lloyd : dans la petite ville de Washington, au Royaume-Uni, il a été décidé de construire un "nouveau centre-ville" proposant un certain nombre de commerce et de services publics, qui a été ensuite vendu par les pouvoirs publics à une entreprise commerciale. Les

Cour semble désigner le terrain couvert par l'ensemble du complexe commercial, pas seulement la surface commerciale). À titre de comparaison, City 2, le principal centre commercial du centre de Bruxelles s'étend sur environ 3 hectares de terrain (source : Google maps).

75. Comme le note le juge Marshall dans son opinion dissidente à l'arrêt de la Cour : « Lloyd Center is even more clearly the equivalent of a public business district than was Logan Valley Plaza » US Supreme Court, *Lloyd Corp. v. Tanner*, *op. cit.*

76. *ibid.*

77. *idem*, *Hudgens v. NLRB*, *op. cit.*. Toutefois, dans un arrêt Pruneyard v. Robbins, la Cour a admis la validité de l'inclusion par un État dans sa constitution d'un tel droit à la liberté d'expression dans un espace privé. Cf. US Supreme Court, *Pruneyard v. Robbins*, 9 juin 1980, 326 U.S. 501. Pour une revue de cette jurisprudence, voyez également P.-F. Docquir, "La liberté d'expression dans le réseau mondial de communication : propositions pour une théorie du droit d'accès à l'espace public privatisé", thèse de doct., Université Libre de Bruxelles, 2009, §589 à 598.

78. C.E.D.H., *Appleby c. Royaume-Uni*, 6 mai 2003, n°44306/98

requérants font partie d'un collectif de citoyens opposés à un projet immobilier prévu à l'emplacement du parc public à proximité du nouveau centre-ville. S'étant vu refuser par les propriétaires du nouveau centre-ville d'y récolter des signatures, ils se rabattent sur l'ancien centre-ville qui est toutefois nettement moins fréquenté par les résidents, comme le remarque la Cour [79].

La Cour rejette toutefois le recours alléguant d'une violation du droit à la liberté d'expression [80], au motif que les requérants disposaient d'autres alternatives pour s'exprimer. Néanmoins, elle laisse la porte légèrement entrouverte à une protection des espaces privés d'expression, mais seulement « lorsque l'interdiction d'accéder à la propriété a pour effet d'empêcher *tout exercice effectif* de la liberté d'expression, ou lorsqu'on peut considérer que *la substance même* de ce droit s'en trouve anéantie » [81]. Et de citer l'exemple d'une ville privée, en mentionnant l'arrêt Marsh v. Alabama de la Cour Suprême américaine.

Pris au pied de la lettre, le standard d'effectivité adopté par la Cour semble excessivement laxiste : s'il suffit qu'il existe d'autres espaces où s'exprimer pour sauvegarder l'existence d'alternatives, alors il est difficile d'imaginer un cas de figure où *tout exercice effectif* de la liberté d'expression serait empêché. En effet, à moins d'envisager un lieu coupé du monde ou une société totalitaire, on pourra toujours argüer que les citoyens ont des espaces alternatifs où s'exprimer : ils n'ont qu'à se rendre sur la place publique d'une ville voisine s'ils cherchent un endroit où s'exprimer. Selon ce critère, même le cas de la ville de Chickasaw n'empêcherait pas *tout exercice effectif* de la liberté d'expression, en dépit de sa mention par la Cour comme cas-limite. On peut néanmoins faire une interprétation plus charitable de l'arrêt, et concevoir le raisonnement de la Cour comme une question de degré : la référence à l'arrêt Marsh semble indiquer que pour la Cour le seuil minimal d'exercice effectif de la liberté d'expression est à l'échelle d'une ville : si dans une ville, il n'existe aucun espace où les citoyens peuvent

79. *ibid.*, §18.

80. En effet, les requérants invoquent l'application horizontale du droit à la liberté d'expression. Cf. *ibid.*, §33 et 34 :

> "33. Les requérants soutiennent que l'Etat est directement responsable de l'ingérence survenue dans leur liberté d'expression et de réunion puisque c'est un organisme public qui fit construire les Galeries sur un terrain public et un ministre qui approuva leur cession à un propriétaire privé. La commune aurait pu exiger que l'acheteur conclût un accord prévoyant un droit de passage qui aurait étendu aux voies d'accès la protection des arrêtés municipaux, mais elle ne le fit pas.
>
> 34. Les requérants arguënt également que l'Etat avait l'obligation positive de garantir l'exercice de leurs droits dans les Galeries".

81. *ibid.*, §47 (c'est nous qui soulignons)

s'exprimer librement, alors la Cour pourrait considérer que « l'interdiction d'accéder à la propriété à pour effet d'empêcher tout exercice effectif de la liberté d'expression » [82].

Comme la Cour Surprême américaine dans l'arrêt Lloyd, la CEDH néglige la question de l'efficacité de la liberté d'expression, qui nécessite notamment la possibilité d'avoir accès à une large audience, ou la probabilité pour le public d'être exposé à une large gamme d'opinions [83]. Ces dimensions sont indubitablement garanties lorsqu'il existe des espaces publics d'expression. Mais dès lors qu'il s'agit d'espaces sous propriété privée, les juges semblent se contenter d'un niveau de protection bien inférieur (comme le critère selon lequel la liberté d'expression est suffisamment protégée tant que *tout exercice effectif* n'est pas empêché), et considérer les autres dimensions comme des demandes exorbitantes, qui doivent forcément céder le pas face à la protection de la propriété privée, ou à la protection de la liberté d'expression des propriétaires de ces espaces.

3.1.3 Le déplacement du débat public vers un environnement numérique privatisé

Nous avons vu que la « public forum doctrine » américaine présupposait une approche suffisantiste des opportunités d'expression [84], en assurant à chacun, par l'existence d'espaces de libre expression, un seuil minimal d'opportunité d'atteindre une large audience ou un public spécifique, ou de recevoir des informations variées. L'évolution des conditions matérielles et sociales conduisant à la privatisation des espaces d'expression n'enlève rien à l'importance de cette fonction, et ne devrait donc pas faire obstacle à la garantie d'espaces de libre expression en ligne. Mais le caractère largement implicite du rôle des espaces de libre expression dans la garantie d'une liberté réelle d'expression empêche de penser correctement la protection de la liberté d'expression lorsque de tels espaces publics n'existent pas, comme dans le cas des villes privées, des centres commerciaux, ou de l'environnement numérique.

On pourrait nous rétorquer que l'émergence d'Internet ne peut qu'augmenter les opportunités d'expression : en effet, les « espaces » numériques ne remplacent pas les espaces publics matériels, et chacun reste libre d'aller manifester en rue ou de discourir sur une boite à savon dans un parc public. Néanmoins, une telle objection nous parait victime de la même myopie que celle de la CEDH dans l'arrêt Appleby : comme l'ancien centre de la petite ville de Washington, un espace de

82. *ibid.*
83. Cf. la discussion de la *public forum doctrine* selon Sunstein, résumée *supra.*
84. Cf. *supra,* texte accompagnant la note 61 page 175

libre expression est de peu d'utilité s'il n'est que peu fréquenté. En se contentant de constater l'existence d'espaces d'expression, sans considérer leur efficacité, on risque de défendre une liberté de parler aux murs. Pour que la liberté d'expression ne soit pas simplement formelle, elle doit présenter suffisamment de chances d'être efficace, ce qui implique une certaine probabilité pour le locuteur d'atteindre une large audience ou un public spécifique, et une certaine probabilité pour le public d'être exposé à une variété d'opinions et de points de vue.

Dès lors, lorsque le débat public se déplace vers d'autres canaux, comme l'environnement numérique, les espaces d'expression plus efficaces ne sont plus les espaces publics traditionnels, et les garanties traditionnelles de la liberté d'expression peuvent s'avérer insuffisantes. Sur Internet, les locuteurs sont de plus en plus exposés au pouvoir de « censure » des propriétaires de l'infrastructure d'expression (fournisseurs d'accès à Internet, propriétaires des plateformes des réseaux sociaux, etc.). Ceux-ci peuvent en effet avoir de nombreuses raisons de supprimer certaines expressions, que ce soit par intérêt commercial [85], en raison de convictions idéologiques [86], ou encore pour éviter d'être tenus responsables de contenus potentiellement illégaux [87].

Il ne s'agit pas de dire que le pouvoir des intermédiaires d'Internet (fournisseurs d'accès ou d'hébergement, mais aussi médias sociaux et éditeurs de contenus) de sélectionner ou de supprimer certaines expressions serait nécessairement illégitime. Le problème est que dans l'environnement numérique il n'existe pas d'espaces publics d'expression (ou d'espaces procurant une protection équivalente), ce qui implique que l'expression individuelle y est toujours soumise au pouvoir discrétionnaire des propriétaires de l'infrastructure du réseau. On peut donc dire que le déplacement d'une partie grandissante des expressions individuelles vers les espaces privés de l'environnement numérique exacerbe la difficulté de transposer les garanties traditionnelles du caractère réel

85. Voyez par exemple l'affaire impliquant l'organisation DearAOL.com, dont les courriers électroniques critiquant le fournisseur d'accès américain AOL avaient été bloqués par le même AOL (cf. D. Nunziato, *Virtual freedom : net neutrality and free speech in the Internet age*, *op. cit.*, p. 9

86. Cf. par exemple le refus par Google d'accepter les annonces publicitaires Adwords portant sur la religion ou l'avortement (cf. *ibid.*, p. 15)

87. En effet, un certain nombre de commentateurs considèrent que le caractère déséquilibré du régime de responsabilité limitée des intermédiaires d'Internet incite ces derniers à faire preuve d'excès de zèle et à accéder systématiquement aux demandes de suppression, même lorsqu'elles sont abusives, par crainte d'encourir un risque juridique en cas de refus. Cf. R Tushnet, "Power without responsibility : Intermediaries and the First Amendment", *Geo. Wash. L. Rev.* 76 (2007) ; S. Kreimer, "Censorship by proxy : the first amendment, Internet intermediaries, and the problem of the weakest link", *University of Pennsylvania Law Review* 155.1 (2006).

de la liberté d'expression aux nouvelles conditions matérielles et sociales d'expression.

3.2 Les dangers d'une application parfaite de la loi par le code

Un autre danger d'érosion des garanties implicites des libertés individuelles dans l'environnement numérique réside dans la montée en puissance d'un nouveau modèle d'application parfaite de la loi au moyen du « code ».

Le modèle traditionnel d'application de la loi par la (menace de) sanction judiciaire est nécessairement imparfait. En effet, la sanction d'une violation de la loi ne peut avoir lieu qu'a posteriori, et l'effet dissuasif de cette sanction ainsi que les possibilités de contrôle du comportement des justiciables sont nécessairement limités. Dès lors, son effectivité (sa capacité à orienter le comportement de ses destinataires dans le sens souhaité) ne peut être que partielle.

Dans le contexte de l'environnement numérique, Lessig a popularisé l'idée que « l'architecture » du réseau [88], et plus particulièrement le « code » [89], pouvait constituer un outil particulièrement puissant pour influencer les comportements [90]. L'application de la loi par le code permet un autre moyen d'orienter les comportements que la sanction ou la menace de sanction, par la réduction des opportunités d'un individu de réaliser une action, en manipulant les moyens techniques à sa disposition.

Le modèle d'application de la loi par le code possède certaines qualités qui font généralement défaut au modèle traditionnel d'application de la loi par la menace de sanction. Premièrement, l'exécution d'une règle de comportement au moyen du code est automatique, et ne requiert donc pas d'intervention humaine. Deuxièmement elle peut inter-

88. cf. L. Lessig, *Code v2.0*, New York : Basic Books, 2006, p. 136, et références note 5. Cette expression « architecture » fait référence aux choix de conception en théorie de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire, qui jouent également un rôle dans l'orientation des comportement N. Katyal, "Architecture as crime control", *Yale Law Journal* 111.5 (2002). Pour notre part, nous avons définis plus haut le concept d'architecture du réseau comme « l'ensemble des choix de conception présidant à son organisation technique ». Cf. *supra* Introduction générale.

89. Cf. la définition par L. Lessig, *Code v2.0*, *op. cit.* :

> « the instructions embedded in the soft- ware or hardware that makes cyberspace what it is. This code is the "built environment" of social life in cyberspace. It is its "architecture" ».

90. Cf. également J. Grimmelmann, "Regulation by Software", *The Yale Law Journal* 114.7 (2005) ; N. Katyal, "Digital architecture as crime control", *Yale Law Journal* 112 (2003)

venir soit de manière préventive en empêchant la réalisation de certains actes (p. ex. blocage du téléchargement d'œuvre protégée) soit de manière répressive en la sanctionnant (p. ex. mécanisme de riposte graduée aboutissant à la suspension de l'accès à Internet). Dès lors, son effectivité est quasi totale : elle peut empêcher certains comportements de se réaliser dans la plupart des cas, à moins que le contrevenant ne possède les compétences techniques pour contourner le code. En théorie, ce modèle permet donc d'envisager une application *parfaite* de la loi (*perfect enforcement*), celle-ci jouissant d'une effectivité totale [91].

La possibilité de façonner l'architecture d'Internet de manière à assurer un filtrage automatique des contenus indésirables ou illégaux [92] (p. ex. par les hébergeurs ou par les fournisseurs d'accès) n'a pas échappé aux législateurs, et pas seulement dans des États autoritaires comme la Chine, mais également dans des États démocratiques. On peut ainsi citer les filtres visant à protéger les droits d'auteur (comme le dispositif de filtrage envisagé dans l'affaire Sabam c. Scarlet [93], ou les systèmes comme ContentID sur Youtube [94]) ou le filtre contre les sites « pornographiques ou dangereux » mis en place au Royaume-Uni par un accord entre le gouvernement et les quatre principaux fournisseurs d'accès [95].

On conçoit aisément le potentiel liberticide de ces nouvelles techniques d'application de la loi lorsqu'elles sont aux mains d'États non démocratiques, qui peuvent les utiliser pour maintenir leur emprise sur

91. J. Zittrain, *The Future of the Internet–And How to Stop It*, *op. cit.*, p. 107 ; Voyez également l'éclairant commentaire par Balkin du livre de Julie E. Cohen (*Configuring the Networked Self : Law, Code, and the Play of Everyday Practice*, Yale University Press, 2012) :J. M. Balkin, "Room for Maneuver : Julie Cohen's Theory of Freedom in the Information State", *Jerusalem Review of Legal Studies* 6.1 (avr. 2013).

92. Une stratégie également mise en œuvre par des dispositifs consensuels comme les filtres anti-spam ou les filtres contre les sites malveillants. Cf. par exemple https://support.mozilla.org/kb/how-does-phishing-and-malware-protection-work

93. C.J.U.E., *Sabam c. Scarlet*, *op. cit.* ; *idem*, *Sabam c. Netlog*, *op. cit.*

94. Cf. *Fonctionnement de Content ID - Centre d'aide YouTube*, url : http://www.youtube.com/t/contentid

95. Voy. British Department for Education, "Press Release : Parents asked if adult websites should be blocked" (juin 2012), url : https://www.gov.uk/government/news/parents-asked-if-adult-websites-should-be-blocked. Notons qu'en fonction des fournisseurs d'accès, le caractère contraignant du dispositif de filtrage peut varier entre différentes modalités (« default-on », « opt-in », « active choice », « active-choice+, cf. Family Online Safety Institute, *Active Choice Features at UK Online Safety Summit*, url : http://www.fosi.org/emailers/fosibriefs-active-choice-features-at-uk-online-safety-summit.html (visité le 12/08/2014)). L'appellation exacte utilisée pour décrire le caractère contraignant du système est, semble-t-il, devenu un enjeu de communication (cf. O. Duggan, "'Active Choice+' vs 'Default On' : how Cameron's crackdown on Internet pornography became a rebranding exercise", *The Independent* (juil. 2013), url : www.independent.co.uk/news/uk/politics/active-choice-vs-default-on-revealed-how-camerons-crackdown-on-internet-pornography-became-an-exercise-in-rebranding-8710076.html)

la société civile et faire taire toute opposition. Toutefois, dans ce cas, ce qui soulève notre désapprobation n'est probablement pas tant l'application de la loi par le code en tant que telle, mais plutôt le fait que l'application de lois injustes puisse voir son effectivité démultipliée [96].

Il est plus difficile d'imaginer pourquoi l'application de la loi par le code serait indésirable même dans le cas de lois justes, adoptées par un régime démocratique. Qu'est-ce qui pourrait bien justifier une application moins que parfaite de lois adoptées par des institutions représentatives soumises au respect des droits fondamentaux, et qui sont donc (supposément) dotées d'une légitimité procédurale ? Si des lois sont légitimes, ne devraient-elles pas être appliquées de la manière la plus efficace, la plus drastique possible ?

Même lorsqu'on a affaire à des lois légitimes, on peut toutefois concevoir au moins trois raisons de s'opposer à ce modèle visant l'application parfaite de la loi par le code [97].

Une première raison est l'absence de flexibilité du code, pourtant indispensable à une application adéquate du droit.

Lors de l'application du droit par le juge, celui-ci ne se contente pas de répéter machinalement le droit, mais joue un véritable rôle d'interprète. Tout d'abord, il faut qualifier les faits, et identifier la règle applicable. Il convient ensuite d'interpréter la règle elle-même. Ost relève trois sources de doute dans l'interprétation juridique : une difficulté sémantique lorsque les ambigüités du langage naturel rend difficile l'élucidation de la signification d'un terme ; une difficulté systémique lorsque l'on est face à une « antinomie, une redondance ou une lacune » du système juridique ; et enfin, un problème axiologique, « lorsque l'interprétation choisie confèrerait à la décision des conséquences estimées injustes ou déraisonnables » [98].

Chacune des étapes de l'interprétation juridique pose d'immenses difficultés pour un système expert [99]. La règle juridique formulée en langage naturel devrait subir une traduction en langage machine, sous

96. Ce point est également souligné par C. Mulligan, "Perfect Enforcement of Law : When to Limit and When to Use Technology", *Rich. JL & Tech.* XIV.4 (2007), §12-16, qui note que chez certains, les objections à l'utilisation du code pour appliquer la loi résultent parfois d'un désaccord avec la loi elle-même, en citant l'exemple de la prohibition du cannabis ou des limitations de vitesse.

97. Cf. J. Zittrain, *The Future of the Internet–And How to Stop It*, *op. cit.*, p. 114-115 ; J. M. Balkin, "Room for Maneuver : Julie Cohen's Theory of Freedom in the Information State", *op. cit.* ; C. Mulligan, "Perfect Enforcement of Law : When to Limit and When to Use Technology", *op. cit.* ; D. Citron, "Technological due process", *Wash. UL Rev.* 85.6 (2007)

98. Cf. F. Ost & M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, p. 397-398

99. Forme d'intelligence artificielle capable d'effectuer un raisonnement à partir de règles préprogrammées.

la forme d'instructions précises applicables à chacun des différents cas envisageables. Or non seulement une telle traduction fidèle du sens exact de la loi est impossible en raison des difficultés sémantiques et systémiques d'interprétation, mais en outre il est bien sûr impossible de prévoir l'ensemble des cas envisageables. Par ailleurs, une appréciation de la justice ou du caractère raisonnable de la solution est largement hors d'atteinte même pour les intelligences artificielles les plus évoluées à ce jour [100].

Il semble donc impossible de confier à un système expert la tâche d'identifier correctement les utilisations d'une œuvre qui constituent une atteinte au droit d'auteur et celles qui sont couvertes par une exception [101]. Les exemples de systèmes de filtrage existants semblent corroborer notre thèse. Ainsi, le système ContentID mis en place sur Youtube, sans doute l'exemple le plus abouti dans son genre, est régulièrement accusé de censurer de nombreux contenus licites [102]. Dans un autre domaine, le dispositif de filtrage britannique visant les contenus « pornographiques ou dangereux » [103] ne parait guère plus fiable, et aurait notamment bloqué des sites manifestement non pornographiques tels des sites d'éducation sexuelle, des sites d'aides aux victimes de viol ou encore des sites communautaires LGBT [104].

100. Pour une critique similaire, voyez F. Ost & M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 401, note 51

101. Dans le même sens, cf. C. Mulligan, "Perfect Enforcement of Law : When to Limit and When to Use Technology", *op. cit.*, p. 36 :

> « for a rule to be enforced perfectly using technology, the rule must be expressed concisely to a computer or similar device ; there is no room for a concept as complex as fair use. Such simple expressions of rules will almost necessarily be poor expressions of what behavior is actually desirable ».

102. À titre d'illustration, voyez : Electronic Frontier Foundation, *Mars Landing Videos, and Other Casualties of the Robot Wars*, 2012, url : https://www.eff.org/deeplinks/2012/08/mars-landing-videos-and-other-casualties-robot-wars (visité le 12/08/2014) ; Electronic Frontier Foundation, *Lawrence Lessig Strikes Back Against Bogus Copyright Takedown*, 2013, url : https://www.eff.org/press/releases/lawrence-lessig-strikes-back-against-bogus-copyright-takedown (visité le 12/08/2014) ; L. Maurel (Calimaq), "Peut-on échapper à la 'télévisionnisation' de YouTube ?", *blog S.I.Lex* (déc. 2013), url : http://scinfolex.com/2013/12/23/peut-on-echapper-a-la-televisionnisation-de-youtube/ ; A. Baio, *YouTube's Content ID Disputes Are Judged by the Accuser*, 2012, url : http://waxy.org/2012/03/ (visité le 12/08/2014).

103. Cf. *supra*, note 95 page 183.

104. Cf. M. D. Smith, "Porn filters block sex education websites", *BBC News* (déc. 2013), url : http://www.bbc.com/news/uk-25430582 ; M. Robbins, "Cameron's internet filter goes far beyond porn - and that was always the plan", *New Statesman* (déc. 2013), url : http://www.newstatesman.com/politics/2013/12/camerons-internet-filter-goes-far-beyond-porn-and-was-always-plan. Étant donné le manque de transparence du dispositif en cause, il est difficile d'évaluer le caractère accidentel

Dès lors, comme il n'est pas possible de confier au législateur la tâche de réaliser un droit objectif, certain, et capable de subsumer l'ensemble des situations particulières, il n'est pas souhaitable de se passer du rôle du juge, apportant un degré indispensable de flexibilité à l'application de la règle juridique. L'application inadéquate de la règle juridique étant évidemment source d'injustice. Ce problème est d'autant plus sensible qu'une plus grande effectivité dans l'exécution des règles implique également un plus important dommage en cas d'erreur d'interprétation [105].

Deuxièmement, on peut également avoir de bonnes raisons de s'opposer à l'application parfaite de la loi par le code lorsqu'elle a lieu de manière préventive, et ce pour des raisons similaires à celles qui conduisent nos régimes juridiques à considérer les restrictions préalables à l'exercice du droit de la liberté d'expression (ou *prior restraint*) avec la plus grande circonspection [106]. Les régimes de restrictions préalables font peser sur l'auteur du message le cout de l'autorisation, et donnent au censeur un pouvoir d'inertie : la diffusion du message est tributaire du bon vouloir du censeur de traiter avec diligence ou non la demande d'autorisation ou le recours contre une décision de refus (lorsqu'un tel recours est possible) [107]. Or, lorsque, comme dans le cas des faits d'actualité, « l'information est un bien périssable », retarder sa diffusion peut la priver de toute sa valeur et de son intérêt, au détriment du locuteur [108]. À l'inverse, une procédure de restriction préalable qui serait trop rapide risquerait de ne pas conférer les mêmes garanties procédurales qu'une procédure judiciaire a posteriori. Une autre difficulté avec les restrictions préalables à l'expression est qu'elles sont généralement

ou non de ces blocages.

105. J. Zittrain, *The Future of the Internet–And How to Stop It*, *op. cit.*, p. 114-115

106. Selon la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, si l'article 10 n'interdit pas en soi toute restriction préalable, « [d]e telles restrictions présentent pourtant de si grands dangers qu'elles appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux », cf. C.E.D.H., *Association Ekin c. France*, 17 juillet 2001, n°39288/98, §58. Cf. également J. M. Balkin, "Room for Maneuver : Julie Cohen's Theory of Freedom in the Information State", *op. cit.*, p. 116, ainsi que T. Emerson, "The Doctrine of Prior Restraint", *Law & Contemp. Probs.* 20 (1955) (bien qu'Emerson se concentre sur les régimes d'autorisation préalable, certains de ses arguments sont également applicables aux régimes de restriction préalable sous forme d'injonction par exemple)

107. J. M. Balkin, "Room for Maneuver : Julie Cohen's Theory of Freedom in the Information State", *op. cit.*, p. 116

108. C.E.D.H., *Association Ekin c. France*, *op. cit.*, §56. Dans le même sens, voyez T. Emerson, "The Doctrine of Prior Restraint", *op. cit.*, p. 657 :

> « Under a system of prior restraint, the communication, if banned, never reaches the market place at all. Or the communication may be withheld until the issue of its release is finally settled, at which time it may have become obsolete or unprofitable ».

invisibles, alors que les mesures de restriction a posteriori ont plus de chance d'être portées à la connaissance de l'opinion publique. Cette absence de transparence et d'obligation pour le censeur de rendre des comptes à l'opinion publique génère un risque d'abus et de discrimination. En outre, le fait que tant la mesure de restriction que l'expression mise en cause sont passées sous silence empêche le public de prendre connaissance d'éléments potentiellement importants pour le débat démocratique [109]. Enfin, les restrictions préalables contribuant à établir la censure comme étant la norme, ce qui favorise l'émergence d'une tendance à l'auto-censure de la part des citoyens [110].

Pour finir, le troisième argument contre l'application de la loi par le code est le risque d'une sévérité excessive. En effet, une application automatique de la loi peut conduire à une application trop drastique par rapport à ce que justifient ses objectifs. Ce problème est particulièrement vif dans le cas où la loi protège essentiellement des intérêts privés, comme le droit d'auteur ou le délit d'injure [111]. Des atteintes à ces lois n'ont généralement de raison d'être sanctionnées que pour autant qu'elles sont considérées par celui qui a intérêt à agir comme une atteinte à ses droits d'auteur ou à son honneur ou sa réputation [112]. Parfois, si des expressions pouvant constituer une atteinte à ces droits ou intérêts ne sont pas poursuivies, c'est parce que la personne ayant intérêt à agir ne dispose pas des moyens ou n'est pas prête à assumer le cout d'une action en justice [113]. Mais il est également possible que certaines expressions potentiellement punissables soient tolérées par la personne ayant intérêt à agir, soit parce qu'elle n'y voit pas une atteinte à ses

109. *ibid.*, p. 658.

110. J. M. Balkin, "Room for Maneuver : Julie Cohen's Theory of Freedom in the Information State", *op. cit.*, p. 116

111. Prévu à l'art. 448 du Code pénal belge.

112. C'est la raison pour laquelle la loi subordonne généralement la poursuite d'une atteinte à ces droits ou intérêts à la mise en œuvre d'une action par la personne lésée. Ainsi, l'article 450 du Code pénal prévoit d'ailleurs que les délits portant atteinte à l'honneur et à la réputation (à l'exception de la dénonciation calomnieuse) « ne pourront être poursuivis que sur la plainte de la personne qui se prétendra offensée ». Dans le même sens, l'atteinte au droit d'auteur est principalement poursuivie par l'action civile (limitée à la partie lésée) prévue par les art. XI.335 et XVII.14 à XVII.20 du code de droit économique (anciennement art. 86bis à 87 de la loi belge sur le droit d'auteur) ; l'action publique constituée par le délit de contrefaçon prévue à l'art. XI.293 du code de droit économique (anciennement 80 de la loi sur le droit d'auteur) présente des conditions plus strictes, notamment l'existence d'une atteinte « méchante ou frauduleuse ».

113. On ne peut donc pas considérer qu'une telle abstention à agir en justice soit forcément une bonne chose : le fait qu'un justiciable s'abstienne de recourir au juge par manque de moyens financier relève d'une inégalité d'accès à la justice qui doit être combattue. Toutefois, il semble raisonnable de maintenir un cout minimum, ne serait-ce qu'en temps, pour l'accès à un recours en justice, afin de prévenir les procédures purement frivoles ou vexatoires.

droits ou intérêts, soit parce qu'elle en tire un bénéfice quelconque [114].

Dès lors, un système de filtrage automatique de toutes les reproductions non autorisées d'œuvres sous droit d'auteur ou de tous les propos injurieux, en imaginant qu'il soit possible, aboutirait à une application plus drastique de la loi que ce qui est désirable. En effet, un tel système conduirait sans doute à supprimer des expressions qui, bien qu'en principe illicites, auraient en pratique fait l'objet d'une certaine tolérance de la part de celui qui a intérêt à agir [115]. Dans un système d'application a priori du droit par le code, il sera toujours plus difficile de moduler la sévérité de la mesure prise que dans un système qui nécessite une action de la part de la personne lésée [116].

Bien qu'elles semblent a priori utiles pour renforcer l'effectivité de lois parées de la légitimité démocratique, il semble finalement que les nouvelles possibilités d'applications parfaites de la loi par le code posent de nouvelles difficultés pour la protection effective des libertés de base, en créant un risque de restrictions excessives. La régulation de l'environnement numérique doit prendre en compte ces difficultés, et rechercher les principes permettant de contrebalancer les risques posés par les nouvelles techniques d'application de la loi.

3.3 L'inadaptation du droit d'auteur aux nouvelles conditions d'utilisation des œuvres

Enfin, une troisième difficulté suscitée par l'environnement numérique est l'inadaptation du droit d'auteur et de certains concepts centraux (tels qu'interprétés par la jurisprudence) aux nouvelles conditions d'utilisation des œuvres intellectuelles. Cette inadaptation conduit à rendre plus précaire la liberté dont jouissent les individus vis-à-vis de l'information dans l'environnement numérique, par rapport à celle dont ils jouissaient auparavant. Nous illustrerons ce point en évoquant le cas du droit de reproduction, du droit de communication au public, et du droit de réaliser des œuvres dérivées.

114. Pour davantage de développements sur cette idée d'« usages tolérés » en droit d'auteur, et une discussion de différents régimes juridiques envisageables, voyez T. Wu, "Tolerated Use", *Colum. JL & Arts* 31 (2007).

115. Dans le même sens, voyez J. Zittrain, *The Future of the Internet–And How to Stop It*, *op. cit.*, p. 119.

116. Dans un système de suppression a posteriori d'atteintes au droit d'auteur tel que les régimes américain et européen de notification et retrait, rien n'empêche toutefois l'utilisation du code à des fins d'augmenter l'efficacité de la détection des atteintes potentielles au droit d'auteur, à charge ensuite aux ayants droit demander la suppression des contenus qu'ils jugent illicites. Il faut toutefois prendre garde à ce qu'un tel système n'incite pas les auteurs à se montrer plus stricts qu'ils n'auraient été autrement.

3.3.1 Le droit de reproduction et les actes de copies dans l'environnement numérique

Les premières lois sur le droit d'auteur ne connaissaient pas de « droit de reproduction » à proprement parler. Au Royaume-Uni, le Statute of Anne accorde aux auteurs d'œuvres littéraires « the sole liberty of printing and reprinting » [117]. Largement inspiré par la loi britannique, le premier Copyright Act américain de 1790 utilise une formule similaire, en disposant que l'auteur « shall have the sole right and liberty of printing, reprinting, publishing and vending » [118]. En France, la loi du 19 juillet 1793 accorde aux auteurs le « droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages » [119]. Le droit d'auteur n'était donc pas défini comme un droit exclusif sur tout type de reproduction d'une œuvre, mais comme un droit limité à des actes d'exploitation commerciale tels que la publication, la vente ou la distribution.

Ce n'est que bien plus tard, au XIXe et XXe siècle, que les termes « copying » ou « reproduction », seront introduits dans la plupart des lois sur le droit d'auteur [120]. À l'ère de la reproduction industrielle des œuvres intellectuelles, la notion générique de reproduction pouvait aisément servir d'équivalent fonctionnel aux notions de « vente », « impression » ou « distribution » [121]. En pratique, les conditions matérielles de reproduction étaient telles qu'on pouvait généralement supposer que ceux qui étaient prêts à encourir les couts nécessaires à la reproduction d'une œuvre, au moyen d'outils industriels tels qu'une presse d'imprimerie, étaient animés par un but commercial, ou visaient une diffusion à une échelle susceptible d'affecter l'exploitation commerciale de l'œuvre.

De ce fait, l'équilibre (implicite) réalisé par le régime du droit d'auteur incluait l'autorisation de facto de la plupart des utilisations personnelles ou non commerciales, étant donné que celles-ci n'impliquaient pas le droit de reproduction.

Avec la démocratisation des techniques de reproduction d'abord analogiques et aujourd'hui numériques, la « reproduction » ne constitue plus un indice pertinent d'une exploitation commerciale ou à une échelle commerciale : en effet, des actes de reproduction sont aujourd'hui fréquemment réalisés tant par des exploitants commerciaux que par des particuliers, à une échelle commerciale ou pour un usage privé [122].

117. Cf. le Statute of Anne du 10 avril 1710, art. 2
118. Cf. le Copyright Act américain du 31 mai 1790, Section 1.
119. Loi française du 19 juillet 1793, art. 1.
120. Cf. loi belge du 22 mars 1886, le Copyright Act britannique de 1911, le Copyright Act américain de 1909, et la loi française du 11 mars 1957.
121. E Miller & J. Feigenbaum, "Taking the Copy Out of Copyright", *Lecture notes in computer science.* 2320 (2002), p. 4
122. Nous nous inspirons ici de l'argument de Miller & Feigenbaum (*ibid.*), bien qu'il soit centré sur la notion de distribution au public, plutôt que celle d'exploi-

Mais plus généralement, il faut remarquer que les actes de copie sont omniprésents dans l'environnement numérique, même lorsque l'utilisateur n'a pas l'intention de réaliser un acte de reproduction. Ainsi, la transmission d'informations sur Internet ne procède pas par « expédition » d'un contenu donné comme on expédierait un livre, mais par sa copie par une multitude d'intermédiaires ; la requête d'une page Internet entraine sa copie par le serveur vers le poste client ; celui-ci copie la page en mémoire « cache » pour accélérer son affichage ultérieur ; l'affichage d'informations à l'écran implique lui-même une copie dans la mémoire vive pour être traité, etc. De nombreuses manipulations anodines comme le fait de consulter, de déplacer, ou d'assurer la conservation d'une copie d'une œuvre, tombent dorénavant sous le coup du droit de reproduction. Ce n'est que par l'artifice des exceptions de copie privée et de copie transitoire ou accessoire que tous ces actes sont *in fine* exclus de la définition du droit de reproduction. Autrement dit, l'évolution des conditions technologiques a imposé au droit de reproduction une révolution copernicienne : plutôt que de viser spécifiquement les actes qu'il convient de soumettre au droit exclusif de l'auteur, le droit de reproduction couvre à présent la quasi-totalité des actes portant sur une œuvre numérique, pour ensuite être évidé d'une bonne partie de son contenu par les exceptions de copie privée et de copie transitoire ou accessoire [123].

Cette définition expansive du droit de reproduction est très critiquable. Non seulement parce qu'on peut difficilement la qualifier de bonne pratique législative étant donné l'ampleur des exceptions nécessaires, mais aussi parce qu'elle reste probablement trop restrictive pour accommoder correctement l'évolution technologique. Dès qu'un procédé technique nécessitera la réalisation de copies d'une manière qui ne correspondrait pas tout à fait aux conditions d'une de ces exceptions, il sera systématiquement suspecté de constituer une violation au droit d'auteur.

En laissant les choses en l'état, on fait peser sur les nouvelles pratiques techniques et sociales la charge de la preuve de leur licéité [124], et à défaut, le poids de l'inertie législative. En outre, les exceptions de copie privée et de copie transitoire ou accessoire pourraient bien s'avérer insuffisantes pour accommoder la technologie existante, tant on remarque que bon nombre des procédés centraux au fonctionnement

tation commerciale ou à une échelle commerciale.

123. Cf. *Directive 2001/29/CE*, du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la soci'et'e de l'information, 5.2 b) et art. 5.1.

124. Une telle preuve étant rendue plus difficile encore par la doctrine de l'interprétation stricte des exceptions soutenue par la CJUE dans sa jurisprudence issue de l'arrêt C.J.U.E., *Infopaq c. Danske Dagblades Forening ("Infopaq I")*, C-5/08, 16 juillet 2009 (cf. *infra*, partie IV, chapitre 1, 2.2.2)

du World Wide Web n'ont pas fini, près de 25 ans après sa création, de générer des controverses chez les spécialistes du droit d'auteur.

À titre d'illustration, on peut citer la récente affaire Public Relations Consultants Association (PRCA) v. Newspaper Licensing Agency (NLA) au Royaume-Uni, dont l'enjeu était de savoir si les clients (PRCA) d'un service de revue de presse par courrier électronique (Meltwater) devaient également obtenir une licence de la part des organes de presse (NLA) pour afficher le contenu qui leur était envoyé. Le jugement en première instance [125], confirmé en appel [126], commence par remarquer que le fait d'afficher un courrier électronique contenant des contenus protégés [127] déclenche des actes de copie couverts par le droit exclusif :

> « When an End User receives an email containing Meltwater News, a copy is made on the End User's computer and remains there until deleted. Further, when the End User views Meltwater News via Meltwater's website on screen, a copy is made on that computer.
>
> Therefore the End User makes copies of the headline and the text extract in those two situations and there is prima facie infringement. » [128]

Les juges britanniques rejettent ensuite l'invocation de l'exception de copie transitoire ou accessoire prévu à l'article 5(1) de la directive

125. Nous reprenons ici le jugement du tribunal de première instance, confirmé en appel. Cf. High Court of Justice, Chancery Division, *NLA c. Meltwater*, *PRCA et. al.*, 26 novembre 2010, EWHC 3099 (Ch) (notre traduction)

126. Court of Appeal, NLA c. Meltwater, PRCA, et. al., 27 juillet 2011, EWCA Civ 890

127. En faisant référence à l'arrêt Infopaq I, le juge rappelle en effet que de très courts extraits d'un texte pouvaient être considérés comme suffisamment originaux pour être protégés (cf. Cf. High Court of Justice, Chancery Division, *NLA c. Meltwater*, *PRCA et. al.*, *op. cit.*, §75. Sur ce point, cf. également Cour d'appel de Bruxelles, *Google c. Copiepresse*, 5 mai 2011, *A&M.* 2 (2006), note A. de Francken.

128. Notons que le juge britannique est légèrement moins affirmatif à propos des hyperliens :

> « When an End User clicks on a Link a copy of the article on the Publisher's website which appears on the website accessible via that Link is made on the End User's computer. It was (I believe) said by PRCA that owing to the factors considered under the previous heading there was an implied licence to copy articles directly from the Publishers' website. The argument on this head was, as I have said, a broad brush argument, and not presented as clearly as I would have liked. However it seems to me that in principle copying by an End User without a licence through a direct Link is more likely than not to infringe copyright. »

Il ajoute par contre que le fait d'utiliser la fonction « Share » pour partager un lien, et a fortiori le fait de transférer une copie d'un courrier électronique, constituent clairement des violations au droit d'auteur.

2001/29, en se prévalant d'une interprétation stricte de l'exception (découlant de la jurisprudence de la CJUE dans l'arrêt Infopaq I [129]), qui les conduisent à considérer que le procédé n'est ni « essentiel pour le processus technologique » ni « transitoire ou accessoire », notamment car « le stockage de la copie et la durée de ce stockage sont sous le contrôle de l'utilisateur » [130]

Suivant ce raisonnement, le simple fait d'ouvrir un courrier électronique contenant des contenus protégés constituerait une violation au droit d'auteur.

Cette interprétation particulièrement rigoriste (et contraire à l'intention du législateur européen [131]) sera heureusement invalidée par la CJUE, sur question préjudicielle posée par la Cour Suprême britannique [132]. La Cour suprême britannique notait déjà avec beaucoup de clairvoyance que la préoccupation de protéger les droits d'auteur doit rester dans des limites proportionnées :

> « if it is an infringement merely to view copyright material, without downloading or printing out, then those who browse the internet are likely unintentionally to incur civil liability, at least in principle, by merely coming upon a web-page containing copyright material in the course of browsing. This seems an unacceptable result, which would make infringers of many millions of ordinary users of the internet across the EU who use browsers and search engines for private as well as commercial purposes. » [133]

La CJUE suit une approche plus formaliste, en commençant par réaffirmer sa doctrine de l'interprétation stricte des exceptions avant d'invoquer le tempérament des arrêts Painer et Premier League [134] pour la neutraliser : en effet, l'interprétation des exceptions doit préserver son effet utile et respecter sa finalité. Or la finalité de l'exception prévue à l'article 5(1) de la directive est « de rendre possible et assurer le développement et le fonctionnement de nouvelles technologies », ainsi que de maintenir un juste équilibre entre les droits et intérêts des ayants

129. C.J.U.E., *Infopaq c. Danske Dagblades Forening ("Infopaq I"), op. cit.*
130. Cf. High Court of Justice, Chancery Division, *NLA c. Meltwater*, *PRCA et. al.*, *op. cit.*
131. Cf. le considérant 33 de la directive 2001/29 : « Le droit exclusif de reproduction doit faire l'objet d'une exception destinée à autoriser certains actes de reproduction provisoires, qui sont transitoires ou accessoires (...) Pour autant qu'ils remplissent ces conditions, cette exception couvre les actes qui permettent le survol (browsing), ainsi que les actes de prélecture dans un support rapide (caching) »
132. C.J.U.E., *Public Relations Consultants Association c. Newspaper Licensing Agency*, C-360/13, 5 juin 2014
133. Supreme Court of the UK, « PCRA v. NLA », 17 avril 2013, UKSC 18, §35
134. C.J.U.E., *Eva-Maria Painer v Standard VerlagsGmbH*, C-145/10, 1e décembre 2011 ; C.J.U.E., *Premier League c. QC Leisure*, C-403/08, 4 octobre 2011

droit et utilisateurs [135]. À cette lumière, la Cour examine une par une les conditions de l'article 5(1) et conclut que l'usage en question est couvert par l'exception.

Il est en tout cas regrettable que la licéité de nombreux actes de copies devenus omniprésents dans l'environnement numérique ne tienne qu'à l'application d'exceptions au droit de reproduction. Or, comme nous aurons l'occasion de le voir plus loin (cf. partie IV, chapitre I, section 1 et 2), le bénéfice des exceptions au droit d'auteur est souvent précaire, notamment en raison de la doctrine de l'interprétation stricte, ainsi que du couperet que constitue souvent le test en trois étapes. Si la jurisprudence de la CJUE a pour le moment préservé la portée de l'exception de copie transitoire, elle a par contre considérablement restreint celle de l'exception de copie privée, dans un arrêt ACI Adam, en excluant du champ de l'exception les copies réalisées à partir de sources illicites (ce qui fait peser le risque juridique de l'appréciation de la source licite sur les bénéficiaires de l'exception) [136].

3.3.2 Le droit de communication au public et les hyperliens

Le droit de communication au public, auparavant appelé droit de représentation ou droit d'exécution publique, vise toute diffusion d'une œuvre à un public « par un procédé quelconque » [137], notamment par la récitation ou la représentation devant un public, ou par la télédiffusion [138].

La définition assez floue du droit de communication au public n'est pas d'une grande aide pour qualifier juridiquement les nouveaux modes d'interactions avec l'information dans l'environnement numérique. Ainsi, dans une affaire Svensson, la CJUE a été confrontée à la question de savoir si le fait de fournir un hyperlien vers une œuvre constituait une communication au public [139]. Mitigée, la Cour répond que dans cer-

135. *idem*, *Premier League c. QC Leisure*, *op. cit.*, §164

136. Cf. C.J.U.E., *ACI Adam*, C-435/12, 10 avril 2014

137. Selon les termes de l'art. XI.165. § 1er, al. 4 du code de droit économique (anciennement art. 1, §1, al. 4 de la loi belge du 30 juin 1994).

138. Cf. par exemple l'article L. 122-2 du Code français de la propriété intellectuelle, qui distingue clairement entre ces deux modes de communication au public. La directive 2001/29 reprenant la formulation de l'article 8 du traité OMPI sur le droit d'auteur, ajoute les services interactifs en ligne, au moyen d'une formule particulièrement ampoulée, à savoir « la mise à disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement » (cf. art. 3 de la *Directive 2001/29/CE*, *op. cit.* ; cette formule est reprise telle quelle dans l'art. XI.165. § 1er du code de droit économique, anciennement art. 1, §1, al. 4 de la loi belge du 30 juin 1994) .

139. C.J.U.E., *Svensson*, C-466/12, 13 février 2014. Cf. également la décision rendue (sur ordonnance motivée) dans l'affaire BestWater, où la Cour prolonge le raisonnement de l'arrêt Svensson à la question des liens « intégrés » (« embed-

taines circonstances, un hyperlien peut constituer une communication au public : si l'œuvre est librement disponible, il n'y a pas communication au public, mais si un lien permettait de contourner des mesures de restrictions prises afin de restreindre l'accès à l'œuvre aux seuls abonnés, il y aurait un « public nouveau » et donc un acte de communication au public.

La solution développée par la Cour dans l'arrêt Svensson est très critiquable. En effet, en ouvrant la porte à une qualification en tant qu'actes de communication au public, la Cour fait peser un sérieux risque juridique sur l'utilisation des hyperliens. Comme dans le cas des actes de copie, la technique de l'hyperlien, mécanisme fondamental et omniprésent dans l'environnement numérique, est désormais susceptible, selon les circonstances, de constituer une atteinte au droit d'auteur. Il revient dès lors aux utilisateurs de faire la démarche de vérification des risques juridiques liés au contenu (*rights clearance*) vers lequel ils souhaitent créer un hyperlien, avec les risques d'auto-censure que cela implique. Une autre conséquence problématique de cet arrêt réside dans la pérennité de la licéité d'un hyperlien particulier : la Cour semble en effet indiquer que l'auteur peut retirer son autorisation en plaçant son œuvre sous restriction d'accès [140]. Faut-il en conclure qu'un hyperlien initialement licite pourrait constituer une atteinte au droit d'auteur suite à un changement des circonstances de la mise à disposition de l'œuvre ? [141]

Il semble que la Cour ait une compréhension très particulière de ce qu'est un hyperlien. Le raisonnement appuyant la qualification d'un hyperlien vers une œuvre comme « acte de communication » est plus que laconique : la Cour commence par noter qu'un « lien cliquable » vers des œuvres protégées « offre aux utilisateurs (...) un accès direct auxdites œuvres », puis, se prévalant d'une interprétation large du droit exclusif [142], elle indique qu'il suffit pour qu'il y ait un acte de commu-

ded » ou « inséré en utilisant la technique de la transclusion », selon l'expression singulière adoptée par la Cour) : C.J.U.E., *BestWater*, C-348/13, 21 octobre 2014.

140. *idem*, *Svensson*, *op. cit.*, §31, à propos des situations où il y aurait un nouveau public et donc une communication au public : « *Tel est le cas, notamment, lorsque* l'œuvre n'est plus à disposition du public sur le site sur lequel elle a été communiquée initialement *ou qu'elle l'est désormais sur ce site uniquement pour un public restreint, alors qu'elle est accessible sur un autre site Internet sans l'autorisation des titulaires du droit d'auteur* ». Pour une critique de cet argument, voyez Lionel Bently et al., *Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson*, European Copyright Society, 2014, p. 12.

141. Cette difficulté est également mentionnée par P. Savola, "Hyperlinks, making available and the 'new public' – or just a dead end ?", *The 1709 Blog* (2014), URL : http://the1709blog.blogspot.be/2014/02/hyperlinks-making-available-and-new.html.

142. Comme la cour l'a déjà affirmé dans son arrêt C.J.U.E., *Premier League c. QC Leisure*, *op. cit.*, , §186, en se référant au considérant 23 de la directive 2001/29.

nication « qu'une œuvre soit mise à la disposition d'un public de sorte que les personnes qui le composent puissent y avoir accès » [143]. Aucun lien explicite n'est fait entre les notions de « mise à disposition » et « offrir un accès direct » à l'œuvre, mais la Cour semble supposer qu'il s'agit d'une seule et même chose.

Or, ce n'est pas le lien qui « communique » ou « met à disposition » l'œuvre au public : c'est la publication de l'œuvre sur un site web accessible au public. Un hyperlien s'assimile davantage à une référence de bas de page, voire une indication de l'itinéraire pour accéder à l'œuvre [144], qu'à un acte de communication ou de mise à disposition d'une œuvre à un public. De la même façon que l'on dirait aux lecteurs qu'ils trouveront un ouvrage dans telle librairie (dans tel rayon, sur telle étagère), un lien ne fait qu'indiquer au navigateur Internet le moyen d'accéder à une information. La principale différence est que dans l'environnement numérique, l'accès est effectivement instantané.

On peut comprendre la préoccupation de la Cour, qui cherche manifestement à garantir la faisabilité du modèle économique consistant à communiquer l'œuvre sur un site en accès restreint. Mais il est sans doute excessif d'utiliser la définition du droit de communication au public pour voler au secours de techniques de restriction d'accès tellement rudimentaires qu'un simple lien vers le contenu suffit à les contourner. La plupart des sites en accès restreint ne se contentent pas de « cacher » l'adresse de certaines pages, mais requièrent une authentification pour accéder à n'importe quel contenu. Implémenter un tel accès restreint fait généralement partie des leçons du développement web niveau « débutant » [145].

Pour faire une autre analogie, on peut considérer que celui qui fournit un hyperlien vers une œuvre en accès restreint est dans la même situation qu'une personne qui montre du doigt une sculpture visible aux passants dans la rue à travers une fenêtre. À proprement parler, on ne dirait pas qu'il « communique » ou « diffuse » l'œuvre, puisqu'il ne fait qu'indiquer aux passants ce qui était déjà accessible à leur regard. En outre, comme la personne qui fournit un hyperlien, la personne qui montre la sculpture du doigt n'est pas censée savoir si le propriétaire exige un droit d'entrée ou non pour admirer l'œuvre. Si le propriétaire souhaite restreindre l'accès à l'œuvre, il est de sa responsabilité de faire en sorte que celle-ci ne soit pas accessible aux passants dans la rue, plutôt que de se déclarer victime de ce qui ressemble à un délit de montrer une fenêtre du doigt.

143. *idem*, *Svensson*, *op. cit.*, § 17-20

144. Cf. Lionel Bently et al., *Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson*, *op. cit.*, p. 8

145. Voyez par exemple *Le .htaccess et ses fonctionnalités*, http://fr.openclassrooms.com/informatique/cours/le-htaccess-et-ses-fonctionnalites

Après l'arrêt Svensson, la portée des droits exclusifs risque de s'étendre encore un peu plus, et même si l'éventualité d'une couverture de la technique des hyperliens par le droit de communication au public reste pour l'instant sans conséquence [146], les prolongements théoriques d'un tel raisonnement restent un sujet d'inquiétude [147].

Ce bref examen de l'évolution des notions de reproduction et de communication au public donne un aperçu du degré auquel le droit d'auteur est dans l'état actuel inadapté à l'environnement numérique. Si la CJUE est parvenue à éviter la catastrophe qu'aurait constituée le fait de rendre illicite (à défaut d'autorisation de l'ayant droit) des actes de copie réalisés quotidiennement par des millions d'utilisateurs d'Internet, elle fait peser une dangereuse hypothèque sur la licéité des hyperliens. En outre, la seule survenance de ce genre d'affaires est déjà le symptôme d'une situation juridique précaire pour les nouvelles pratiques issues de l'évolution technologique. Le fait de définir les droits exclusifs de manière aussi étendue pour modérer ensuite les conséquences d'un tel régime par des exceptions toujours fragiles constitue une solution particulièrement dangereuse pour la liberté individuelle et l'adaptation du droit aux évolutions technologiques et sociales.

3.3.3 Le droit de réaliser des œuvres dérivées et les nouvelles pratiques de création amateur

À l'origine, le droit d'auteur ne visait pas à couvrir la créativité amateur. En effet, les réutilisations amateur d'œuvres protégées étaient hors d'atteinte du régime du droit d'auteur, vu qu'elles avaient généralement lieu dans la sphère privée ou familiale.

Toutefois, avec les nouvelles opportunités de disséminer et de réutiliser l'information dans l'environnement numérique, deux évolutions im-

146. Ainsi, dans sa décision dans l'affaire BestWater, la Cour écarte également la qualification de communication à un « public nouveau » du simple fait de l'utilisation de la technique du lien intégré (« embedded », ou par « transclusion ») : « le seul fait qu'une œuvre protégée, librement disponible sur un site Internet, est insérée sur un autre site Internet au moyen d'un lien utilisant la technique de la "transclusion", telle que celle utilisée dans l'affaire au principal, ne peut pas être qualifié de "communication au public" », car il n'y a dans ce cas ni public nouveau ni mode de transmission technique différent de celui d'origine (§18)

Toutefois, on peut se demander si cette solution est de nature à s'appliquer au cas où l'œuvre a été mise en ligne sur le site visé par le lien sans l'autorisation des titulaires de droit. En effet, les §16 et 18 peuvent laisser penser que le raisonnement de la Cour porte sur l'hypothèse où la mise à disposition à l'ensemble des internautes a été faite *avec l'autorisation des titulaires du droit d'auteur* ; pourtant, cette hypothèse ne parait pas correspondre aux circonstances de l'espèce (§4). C.J.U.E., *BestWater*, *op. cit.*

147. En ce sens, voyez G. Smith, *Svensson - free to link or link at your risk ?*, 2014, url : http://cyberleagle.blogspot.be/2014/02/ (visité le 31/08/2014)

portantes vont s'opérer : premièrement, un déplacement de ces formes de création amateur de la sphère privée ou familiale vers la sphère publique [148] ; et deuxièmement, l'augmentation des pratiques de réutilisation d'expressions existantes [149].

Premièrement, la facilité de disséminer de l'information en ligne a induit un changement de médium de la créativité amateur, avec un déplacement de la sphère privée ou familiale vers des services en ligne accessibles au public. Les moyens de dissémination de masse n'étant plus réservés aux créateurs professionnels, on a vu fleurir les sites de « user generated content » (ou UGC), hébergeant des contenus en tout genre : littéraires (p.ex. Blogger), musicaux (MySpace, Soundcloud), photographiques (Flickr), ou vidéos (Youtube). Dans certains, les utilisateurs des plateformes UGC visent clairement diffusion au public en général, mais dans d'autres, ils affichent un comportement intermédiaire qu'on pourrait qualifier de « publiquement privé » : bien que le contenu publié soit formellement accessible au public en général, celui-ci n'est en fait adressé qu'à un groupe social limité [150]. Ce comportement s'explique parfois par simple inconscience, parfois par un arbitrage entre commodité et vie privée [151].

En raison de ce déplacement vers la sphère publique, des formes de créativité amateur auparavant hors d'atteinte du régime juridique tombent aujourd'hui sous la coupe des droits exclusifs de l'auteur. La diffusion sur une plateforme UGC d'une reprise à la guitare d'une chanson connue, d'un dessin d'un personnage de la culture populaire, ou d'une vidéo d'un bébé dansant sur un fond musical [152] constituent au-

148. D. Gervais, "User-Generated Content and Music File-Sharing : A Look at Some of the More Interesting Aspects of Bill C-32", in : *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright" : Canadian Copyright and the Digital Agenda*, sous la dir. de M. Geist, Torronto : Irwin Law, 2010, p. 472.

149. A Sinnreich, M Latonero & M Gluck, "Ethics reconfigured : How today's media consumers evaluate the role of creative reappropriation", *Information, Communication & ...* 12.8 (2009), p. 1247

150. P. G. Lange, "Publicly private and privately public : Social networking on YouTube", *Journal of Computer-Mediated Communication* 13 (2007), p. 369. Sur la remise en cause de la distinction public/privé dans l'environnement numérique, voyez aussi A Rosenberg, "Virtual world research ethics and the private/public distinction", *Journal of Internet Research Ethics* 3.1 (2010).

151. En effet, les possibilités de restreindre l'accès à des personnes déterminées ne sont pas toujours très aisées à mettre en œuvre (surtout sur des plateformes qui incitent leurs utilisateurs à rendre leurs contenus publics). Plutôt que de restreindre l'accès à leurs contenus, certains utilisateurs préfèrent parfois en diminuer l'accessibilité, en utilisant des informations d'identification sibyllines, seulement connues par un groupe limité d'initiés. Cf. P. G. Lange, "Publicly private and privately public : Social networking on YouTube", *op. cit.*, p. 370

152. Cf. l'affaire Lenz v. Universal, sur la contestation de la demande de retrait par Universal Music d'une vidéo de 29 secondes publiée sur YouTube, montrant un bébé dansant sur la chanson « Let's Go Crazy » de Prince ; US District Court for the Northern District of California, *Lenz v. Universal Music*, 20 août 2008

tant d'atteintes potentielles au droit d'auteur, susceptibles de retrait par l'hébergeur sur simple demande de l'ayant droit [153], voire éventuellement de poursuites judiciaires [154].

En outre, même des actes à vocation privée, lorsqu'ils sont réalisés au moyen de services en ligne comme les services de *cloud computing*, sont aujourd'hui scrutés, et le cas échéant sanctionnés ou bloqués en cas d'atteinte alléguée au droit d'auteur [155].

Une deuxième évolution induite par l'environnement numérique est l'augmentation des pratiques de réutilisation d'expressions existantes. Si les pratiques de réappropriation créatives ne sont pas un phénomène nouveau [156], celles-ci ont été largement démocratisées par l'évolution technologique [157]. La réutilisation d'expressions existantes, plutôt que de constituer un procédé rattaché à un genre particulier (comme l'Appropriation Art, qui exploite la réutilisation en tant que technique artistique visant à opérer une recontextualisation), fait de plus en plus figure de mode d'expression à part entière :

> « expression itself, recorded and stored within the distributed nodes of an ever-growing and ever-changing network, joins language and other forms of symbolic and metaphorical representation as a vital element of the expressive palette. » [158]

Dans ce contexte, la création amateur présente une tendance grandissante à la réutilisation de contenus existants. Si l'on peut voir émerger

153. En application du régime de responsabilité des intermédiaires, cf. en Europe la directive 2000/31, art. 12 à 14, et aux États-Unis l'article 512 du Copyright Act (17 U.S. Code § 512).

154. Certes, cette dernière possibilité est surtout théorique, étant donné que l'industrie culturelle s'est jusqu'à présent abstenue de poursuivre des créateurs de contenus UGC. Cf. Electronic Frontier Foundation, « A Guide to YouTube Removals », https://www.eff.org/issues/intellectual-property/guide-to-youtube-removals

155. Ainsi, des services de cloud computing comme Dropbox mettent en œuvre un filtre visant à bloquer le partage de contenus protégés avec d'autres abonnés. Cf. G. Kumparak, "How Dropbox Knows When You're Sharing Copyrighted Stuff (Without Actually Looking At Your Stuff)", *TechCrunch* (2014), url : http://techcrunch.com/2014/03/30/how-dropbox-knows-when-youre-sharing-copyrighted-stuff-without-actually-looking-at-your-stuff/ ; K. Orland, "Dropbox clarifies its policy on reviewing shared files for DMCA issues", *arstechnica* (2014), url : http://arstechnica.com/tech-policy/2014/03/dropbox-clarifies-its-policy-on-reviewing-shared-files-for-dmca-issues/. En outre, comme nous l'avons vu, ces techniques de filtrage par le code présentent le risque d'une application inflexible et excessive des règles qu'elles protègent (cf. supra 3.2)

156. Comme nous l'avons évoqué *supra*, 1.2, en évoquant notamment les suites non autorisées dans le domaine des œuvres littéraires ou le courant de l'Appropriation Art dans le domaine de l'art graphique.

157. cf. Reynolds, « Towards a right to engage in the Fair Transformative Use », p. 396

158. A Sinnreich, M Latonero & M Gluck, "Ethics reconfigured : How today's media consumers evaluate the role of creative reappropriation", *op. cit.*, p. 1244

de nouveaux genres comme le *mashu*p ou les *memes*, il semble que ce que certains ont appelé la « culture du *remix* » [159] constitue moins un genre nouveau qu'un nouveau mode d'expression, qui n'a pas nécessairement vocation à se confiner aux pratiques culturelles amateur dans lesquelles il a émergé.

Or, le régime actuel du droit d'auteur n'est pas adapté à ces pratiques de réutilisations créatives d'expressions existantes, qui bousculent à la fois la distinction public/privé qui sous-tend l'étendue des droits exclusifs, et le compromis traditionnel visant à autoriser les emprunts tant que ceux-ci se limitent aux idées, et non aux expressions. Et ces pratiques risquent fort d'être exclues du bénéfice des exceptions existantes au droit d'auteur, conçues pour accommoder certains genres particuliers de réutilisations, comme l'exception de citation ou de parodie, surtout étant donné la doctrine de l'interprétation stricte des exceptions (cf. *infra*, partie IV, ch. 1, 2.2.2).

Or, le régime du droit d'auteur n'est pas censé décourager la création amateur, ni la créativité en général. Il conviendrait dès lors d'envisager de meilleurs moyens de réaliser les objectifs du régime de droit d'auteur, de manière à freiner moins que possible l'émergence de pratiques de création nouvelles.

Conclusion du chapitre II

En résumé, nous avons vu que la question de l'impact de l'environnement numérique sur la liberté réelle était éminemment ambigüe.

D'une part, l'environnement numérique présente un potentiel indubitablement positif. Les nouvelles opportunités liées à l'augmentation des possibilités d'accès et de participation à la production de l'information contribuent à augmenter les moyens et compétences à disposition des individus pour réaliser leurs projets et plans de vie. De même, l'environnement numérique dégage des voies de solutions à de vieux problèmes tels que l'accès aux moyens d'expression et de participation politique, ou la résilience de l'information face aux partenariats public-privé de la censure.

Mais d'autre part, l'environnement numérique semble également à l'origine de nouvelles difficultés pour la protection de la liberté réelle. Premièrement, le caractère privé de l'infrastructure de l'environnement

159. L. Lessig, *Free culture*, *op. cit.* ; *idem*, *Remix : making art and commerce thrive in the hybrid economy*, *op. cit.* ; Sinnreich critique cette notion de culture du *remix*, qui ne prend pas la mesure selon lui de la rupture que les nouvelles technologies rendent possible A Sinnreich, M Latonero & M Gluck, "Ethics reconfigured : How today's media consumers evaluate the role of creative reappropriation", *op. cit.*, p. 1246

numérique contribue à précariser une garantie essentielle de la liberté d'expression, l'existence d'espaces de libre expression. Et en dépit de l'intuition selon laquelle l'apparition de nouveaux canaux ne peut qu'avoir un impact positif sur les opportunités d'expression, cette évolution pourrait bien contribuer à réduire le niveau de liberté réelle d'expression en général, du fait de la baisse d'attractivité des canaux traditionnels suite au déplacement d'une partie du débat et de l'expression publique sur le réseau.

Deuxièmement, les nouvelles possibilités d'application parfaite de la loi par le code présentent les risques d'une restriction excessive des libertés individuelles en raison de mécanismes inflexibles, échappant à la responsabilité démocratique, et présentant le risque d'une sanction plus sévère ou plus étendue que nécessaire.

Enfin, une troisième difficulté suscitée par l'environnement numérique est l'inadaptation croissante du régime du droit d'auteur aux nouvelles conditions de consommation des œuvres. En raison de la définition large des droits exclusifs, ceux-ci tendent à couvrir des actes indispensables au fonctionnement de l'environnement numérique, tels que les actes de copie ou les hyperliens. Dès lors, la portée du droit d'auteur s'étend considérablement dans l'environnement numérique, et le niveau de liberté dont jouissent les individus vis-à-vis de l'information se réduit. En outre, le régime du droit d'auteur reste très inhospitalier aux nouvelles formes de créativité amateur et de réutilisations transformatives publiées sur les plateformes de « contenus générés par les utilisateurs ».

Ces difficultés nouvelles ont toutes en commun de résulter d'un phénomène d'érosion des garanties implicites des droits et libertés : l'évolution des conditions matérielles et sociales est telles que les garanties traditionnelles prévues par le régime juridique ne sont plus adéquates pour remplir leur rôle de protection des droits et libertés individuelles. En ce sens, à défaut d'une adaptation du cadre juridique, l'environnement numérique risque de diminuer le niveau de liberté réelle dont jouissent les individus.

Si l'environnement numérique présente d'importantes promesses, il n'y a pas lieu pour autant de dresser un tableau totalement idyllique. Si l'on veut concevoir une régulation de l'environnement numérique qui maximise la liberté réelle des individus, il convient de prendre en compte ces différents impacts, dans toute leur complexité.

Chapitre III

Guider la régulation par une présomption en faveur de l'ouverture

Dans ce chapitre, nous soutiendrons que pour tirer pleinement profit des nouvelles opportunités et répondre aux difficultés nouvelles pour la liberté réelle, la régulation de l'environnement numérique devrait être guidée par une « présomption en faveur de l'ouverture ». Mais qu'entendons-nous par là ?

Si le terme « ouverture » est souvent galvaudé (tout comme l'expression « neutralité d'Internet »), il semble toutefois qu'on puisse trouver une intuition commune aux différents usages qui en est fait dans le contexte d'Internet. En un certain sens, l'ouverture c'est le fait de « rendre accessible » quelque chose (par opposition à la fermeture, au verrouillage) [1]. C'est clairement le sens de l'expression « open-source » : on rend accessible le code source d'un logiciel, qui sinon serait verrouillé. Dans le contexte de l'environnement numérique, l'ouverture peut être conçue comme d'une manière générale comme l'accessibilité du réseau Internet, et plus spécifiquement comme l'accès aux différentes capacités d'interagir avec l'information. Dans ce sens plus spécifique, l'ouverture est synonyme d'« ouverture aux usages » de l'information, comme dans l'expression anglaise « open-ended ». On peut donc définir l'ouverture de l'environnement numérique comme la liberté de mettre en œuvre les différentes capacités de l'environnement numérique vis-à-vis de l'information, à savoir la liberté d'utiliser, de réutiliser et de disséminer

1. *Trésor de la Langue Française Informatisé*, Paris : C.N.R.S., 2012, v° « ouverture »

l'information. Nous désignerons ces libertés d'utiliser, de réutiliser et de disséminer l'information sous l'expression « libertés d'usage de l'information ».

Toutefois, nous ne soutenons pas que l'environnement numérique devrait être maximalement ouvert, dans le sens où aucune contrainte ne pourrait peser sur les libertés d'usage de l'information. Notre position, plus modeste, consiste à dire que la régulation de l'environnement numérique devrait être guidée par une *présomption* en faveur de l'ouverture. Cela veut dire que chacun des choix de régulation et d'architecture du réseau, devrait selon nous partir d'une présomption en faveur de la liberté de (ré)utiliser et de disséminer l'information. Cette présomption peut bien sûr être renversée, et des exceptions peuvent être justifiées par la protection des libertés de base ou par la préservation des autres dimensions de la liberté réelle pour tous.

Selon nous, cette présomption en faveur de l'ouverture est nécessaire tant pour maximiser les potentiels impacts positifs de l'environnement numérique sur la liberté réelle que pour contrer les impacts négatifs. Dans la suite de ce chapitre, nous montrerons en quoi la présomption en faveur de l'ouverture permet de répondre à ces différents défis. Pour ce faire, nous dégagerons trois lignes directrices pour une régulation qui respecte la présomption en faveur de l'ouverture : premièrement, consacrer la liberté d'usage de l'information comme la règle, et confiner les restrictions au statut d'exception (1.1), deuxièmement limiter le pouvoir des *gatekeepers* du réseau (1.2), et troisièmement encadrer strictement l'utilisation du code pour l'application de la loi (1.3).

Section 1 Lignes directrices pour une régulation respectant l'ouverture

Il semble qu'on puisse dégager trois lignes directrices pour une régulation respectant la présomption en faveur de l'ouverture.

Parfois, ces lignes directrices peuvent connaitre différentes approches, pas nécessairement mutuellement exclusives. Certaines impliquent une action positive des autorités publiques, pour introduire certains principes et garanties dans la législation, ou fournir certaines prestations, alors que d'autres impliquent une abstention d'agir de la part du législateur, afin de ne pas restreindre le bénéfice de la liberté réelle pour tous dans l'environnement numérique.

1.1 La liberté d'usage de l'information doit être la règle, et les restrictions l'exception

Une première ligne directrice tirée de la présomption en faveur de l'ouverture est de faire en sorte que la liberté (formelle) d'utiliser l'information soit la règle, et les restrictions l'exception. Nous présenterons ce point en nous focalisant sur le cas du régime du droit d'auteur, qui nous intéresse particulièrement dans le cadre de cette thèse.

Dans la littérature en droit d'auteur, la question du point de départ normatif fait l'objet d'une certaine confusion [2]. Le régime du droit d'auteur revient-il à « une taxe sur les lecteurs dans le but de donner une prime aux écrivains » [3] ? Ou, au contraire, serait-ce plutôt les limitations au droit de l'auteur qui constituent un « subside aux utilisateurs » [4], à justifier par des raisons d'intérêt public ?

Les partisans d'une approche propriétarienne ou personnaliste du droit d'auteur considèrent ainsi que le droit d'auteur est la règle, et que ce sont les restrictions à ce droit qui doivent avoir le statut d'exception. Toutefois, nous avons vu dans notre premier chapitre que les approches propriétariennes ou personnalistes étaient difficilement soutenables, sauf dans une version très édulcorée.

Les partisans d'une approche libérale (au sens large), dont nous faisons partie, soutiennent quant à eux que le droit intellectuel doit plutôt se concevoir comme un « un îlot de propriété dans un océan de liberté » [5]. Autrement dit, les libertés (formelles) d'usage doivent être la règle, et les restrictions l'exception. On l'oublie souvent, mais cette idée était déjà affirmée par Le Chapelier, le rédacteur de la loi française de 1791 sur le droit d'auteur, pour qui la « propriété du public » est le principe, et le droit conféré à l'auteur par la loi une exception temporaire [6].

Nous justifions cette position de deux façons : premièrement en tant qu'implication de l'exigence de justification publique, et deuxièmement

2. cf.J. Waldron, "From Authors to Copiers : Individual Rights and Social Values in Intellectual Property", *op. cit.*

3. Lord Macaulay, Copyright (Speech in the House of Commons 1841), in 8 Essays by Lord Macaulay 195, 201 (Lady Trevelyan ed., 1879), cité par Y. Benkler, "Free as the Air to Common Use : First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain", *op. cit.*, p. 355

4. Cf. références dans *ibid.*, p. 355-356, note 7

5. Cf. C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information : approche de droit comparé*, *op. cit.*, p. 197, note 1, citant J. Foyer & M. Vivant, *Le droit des brevets*, Paris : PUF, 1990, p. 9 ; voyez également F. Gotzen, "De norm van de eerlijke gebruiken en de intellectuele rechten", in : *De nieuwe wet handelspraktijken*, sous la dir. de J. Stuyck & P. Wytinck, Kluwer, 1992, p. 263.

6. Cf. I. Le Chapelier, dans *Le Moniteur Universel*, n°15, 15 janvier 1791, reproduit dans A. Ray & L. Gallois, *Réimpression de l'ancien Moniteur : depuis la réunion des États-généraux jusqu'au Consulat, Volume 7*, *op. cit.*, p. 117.

en tant qu'elle découle de la présomption en faveur de l'ouverture.

La première justification, purement négative, de la primauté des libertés formelles d'usage de l'information se fonde simplement dans l'exigence de justification publique. En effet, l'adhésion à l'exigence de justification publique revient en une « présomption générale contre les restrictions légales » [7] : comme on considère que c'est l'exercice du pouvoir coercitif de l'État qui doit être justifié, cela signifie qu'on présuppose, en creux, que les individus sont libres (ont la liberté-privilège, au sens de Hofheld [8]) de réaliser les actions qu'il n'y a pas de raison publiquement justifiable d'interdire [9].

Du point de vue d'une théorie adhérant à l'idéal de justification publique, le point de départ de la discussion normative doit donc être celui où chaque individu a une liberté-privilège d'utiliser ses facultés pour reproduire ou réutiliser toute information à laquelle il a pu légitimement accéder ; mais tout auteur a également une liberté-privilège de divulguer son œuvre ou non, et d'utiliser les moyens à sa disposition pour restreindre les possibilités d'accéder ou de copier les exemplaires de l'œuvre. Partant de là, toute restriction légale à ces libertés-privilèges est une forme de coercition qui doit être justifiée : il en va ainsi du droit exclusif de l'auteur, qui constitue une restriction à la liberté-privilège des utilisateurs de reproduire ou réutiliser les œuvres divulguées ; il en irait de même d'une disposition légale qui obligerait un auteur ou un inventeur à divulguer sa création pour des raisons d'intérêt public [10].

Toutefois cette justification est seulement négative : ce n'est qu'à défaut d'arguments publiquement justifiables dans le sens opposé que les individus sont libres d'utiliser les œuvres.

C'est donc notre présomption en faveur de l'ouverture qui joue le rôle de seconde ligne de justification, positive cette fois, de cette primauté des libertés d'usage de l'information.

7. Cf. J. Rawls, *Libéralisme Politique*, *op. cit.*, p. 348 ; *idem*, *La justice comme équité*, *op. cit. ibid.*, §32.3, p. 157, et §13.3, p. 72.

8. cf. *supra*, Partie I, 2.1.

9. Pour clarifier tout malentendu, il faut noter que si Rawls se prononce contre l'idée d'une « priorité à la liberté en tant que telle » (J. Rawls, *Libéralisme Politique*, *op. cit.*, p. 348), c'est seulement pour s'opposer aux interprétations extensives du principe d'égales libertés (qui viseraient à étendre la liste des droits-revendication qui découlent du premier principe), et pas pour rejeter le postulat d'une liberté-privilège des individus de faire tout ce qui n'est pas interdit par une loi soutenue par des justifications suffisantes, en vertu de la présomption contre les restrictions légales.

10. Même si le droit des brevets prévoit que la description de l'invention est mise à disposition du public lors de la délivrance du brevet (Loi sur les brevets d'invention du 28 mars 1984, art. 23), il ne s'agit pas en tant que telle d'une restriction à la liberté-privilège de l'inventeur de divulguer son invention : celui-ci reste libre de ne pas la divulguer, même si cela implique de renoncer à la possibilité d'une protection par le droit des brevets.

Nous avons vu en effet que l'environnement numérique générait d'importantes opportunités pour la liberté réelle, notamment par l'effet d'habilitation rendu possible par l'accès accru à l'information (*supra*, ch. II, 1.1), par les nouvelles formes de participation à la production d'information (*supra*, ch. II, 1.2), par le potentiel de diminution des inégalités d'opportunité d'expression et de participation politique (*supra*, ch. II, 2.1), ou encore par la résilience des sources d'information décentralisées vis-à-vis des partenariats public-privé de la censure (*supra*, ch. II, 2.2).

Mais les bénéfices procurés par l'environnement numérique du point de vue de la liberté réelle sont évidemment tributaires de l'étendue de la liberté formelle reconnue aux individus de (ré)utiliser et de disséminer l'information. Les nouveaux moyens techniques facilitant l'accès à la connaissance, l'expression individuelle ou la participation à la production d'information ne sont pas d'une grande utilité si les individus ne sont pas formellement libres de (ré)utiliser ou de disséminer l'information.

En outre, l'omniprésence des actes de « copie » ou de « communication » dans l'environnement numérique rend difficilement soutenable l'approche consistant à interdire a priori tous ces actes, pour les autoriser seulement à titre d'exception. Et les pratiques émergentes de création amateur en ligne, mettant souvent en œuvre la réutilisation d'expressions existantes, remettent en cause tant les concepts centraux limitant l'étendue du droit d'auteur, que les catégories d'exceptions existantes mal adaptées à ces nouvelles réalités (cf. *supra*, ch. II, 3.3). Afin de protéger les libertés de base tout en préservant les nouvelles opportunités pour la liberté réelle générées par l'environnement numérique, il est donc particulièrement important de minimiser les restrictions aux libertés formelles de (ré)utiliser et de disséminer l'information, en les cantonnant à ce qui est strictement requis par les principes de justice.

En résumé, la présomption en faveur de l'ouverture de l'environnement numérique fournir des raisons positives pour soutenir ce qui résultait déjà *pro tanto* de l'exigence de justification publique : l'idée que la liberté formelle d'usage de l'information doit être la règle, et les restrictions l'exception.

Pour le régime du droit d'auteur, tirer les conséquences de l'idéal de justification publique et de la présomption en faveur de l'ouverture doit conduire à remettre le droit d'auteur à sa juste place, c'est-à-dire limité à ce qui est nécessaire à la réalisation de ses objectifs ; le reste relevant nécessairement de la liberté d'usage de l'information. Un tel changement de perspective pourrait par exemple prendre la forme d'un renversement la doctrine de l'interprétation stricte des exceptions au droit d'auteur, ou d'une révision en profondeur du régime d'exceptions

au droit d'auteur, voire encore d'une remise en cause de l'approche consistant à adopter une définition expansive des droits exclusifs.

1.2 Limiter le pouvoir des *gatekeepers* du réseau

La privatisation des espaces d'expression dans l'environnement numérique constitue un sérieux obstacle à la maximisation des opportunités d'expression et de participation politique, car l'expression en ligne est toujours soumise au contrôle potentiellement arbitraire des propriétaires de l'infrastructure du réseau. En outre, le rôle central des intermédiaires techniques dans la dissémination de l'information favorise les phénomènes de partenariats public-privé de la censure en ligne (cf. *supra*, chapitre II, 2.2). Pour s'attaquer à ces problèmes, il convient de limiter le pouvoir des *gatekeepers* du réseau [11].

On peut envisager trois approches différentes à cet effet. Une première approche serait d'introduire dans la loi un principe de neutralité d'Internet, imposant aux principaux propriétaires de l'infrastructure du réseau de ne pas discriminer entre les différents flux d'information transitant par leur réseau. Il s'agirait en quelque sorte d'imposer à certains acteurs privés, en raison de leur place centrale dans l'architecture du réseau (c'est notamment le cas des fournisseurs d'accès à Internet), un devoir de non-interférence dans la liberté d'expression des utilisateurs, qui se rapproche de celui qui pèse sur les pouvoirs publics [12]. En effet, ceux-ci sont déjà soumis à un principe de non-discrimination, en raison de l'impératif d'une protection égale de la liberté d'expression de tous les citoyens (pour reprendre l'expression utilisée en droit américain, les restrictions à la liberté d'expression doivent être « content-neutral », autrement dit adopter une « neutralité de point de vue ») [13]. Dès lors, même si l'expression individuelle dans l'environnement numérique continuait d'avoir lieu sur des espaces privés, une partie de ces espaces serait néanmoins soumise à des garanties similaires à celles régissant les espaces publics .

La deuxième approche consisterait en un investissement par les autorités publiques dans l'infrastructure du réseau afin de fournir elles-mêmes un accès à Internet et des espaces d'expression dans l'environnement numérique. Les autorités publiques étant soumises à l'obligation

11. Les « gatekeepers » ou « portiers » du réseau sont des points de passages difficilement contournables pour la dissémination de l'information, en raison de leur position économique ou technique.

12. Il s'agit en quelque sorte du raisonnement présidant à l'application de la *state function* doctrine en droit américain. Cf D. Nunziato, *Virtual freedom : net neutrality and free speech in the Internet age*, *op. cit.*, p. 48 et suiv.

13. Cf. C. E. Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford University Press, 1989, p. 125

de respecter la liberté d'expression, ces espaces constitueraient une sorte d'espace public numérique, permettant en principe d'assurer à tous les utilisateurs un seuil minimal de liberté d'expression sur le réseau [14]. Toutefois, cette approche devrait probablement être associée à la première, afin d'assurer que les acteurs publics respectent leur devoir de non-discrimination entre les différents flux d'information sur le réseau.

Une troisième approche, enfin, consisterait à favoriser le développement d'un réseau décentralisé, permettant aux citoyens de ne pas être vulnérables au pouvoir de contrôle de *gatekeepers* du réseau. Cette approche pourrait elle-même être mise en œuvre de deux façons, que l'on pourrait qualifier respectivement de « voie du laissez-faire » et de « voie du hacker ».

La voie du laissez-faire consiste à considérer que dans un marché libre, les craintes quant au rôle des intermédiaires du réseau n'ont pas lieu d'être. Un premier argument de ce genre consiste à dire que la libre concurrence suffit à assurer qu'aucun intermédiaire ne possède un pouvoir de marché tel qu'ils pourrait imposer à leurs clients un contrôle sur l'information que ceux-ci réprouveraient. En d'autres termes, la concurrence empêche la formation de véritables *gatekeepers* du réseau. Un argument encore plus radical consiste à dire que « même en l'absence d'une concurrence robuste parmi les fournisseurs d'accès à haut débit, il est vraisemblable que les propriétaires du réseau considèreront les déviations du principe du *end-to-end* comme non profitables » [15], au motif qu'un réseau décentralisé est incomparablement plus efficient qu'un réseau centralisé [16].

La « voie du hacker » est en quelque sorte une variante extrême de l'argument de la libre concurrence : elle soutient qu'en favorisant une architecture radicalement décentralisée du réseau, on rend les intermédiaires soit obsolètes, car les individus prennent en charge eux-mêmes leurs communications, soit faciles à contourner, car le réseau est composé d'un nombre suffisant de nœuds alternatifs [17]. Ainsi, les réseaux Mesh permettent aux citoyens d'avoir accès à Internet sans passer par

14. Cf. Y. Benkler, *The wealth of networks : How social production transforms markets and freedom*, *op. cit.*, p. 405 ; Cf. également S. Crawford, "Why the government should provide internet access", *Vox* (2014), URL : http://www.vox.com/2014/4/6/5587138/susan-crawford-internet-public-option

15. T. B. Lee, "The Durable Internet - Preserving Network Neutrality without Regulation", 2008

16. Si l'on peut bien sûr être sceptique face à une telle foi en l'efficacité du marché, ou en l'efficience de la décentralisation, nous ne discuterons pas ici le fond de ces arguments, nous contentant d'évoquer différentes pistes envisageables pour limiter le pouvoir des *gatekeepers* du réseau.

17. Dans le domaine des réseaux informatiques, on appelle nœud « l'extrémité d'une connexion, qui peut être une intersection de plusieurs connexions ou équipements ». Cf. "Réseau informatique", *Wikipedia* (2014), URL : https://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Rï¿¡seau_informatique\&oldid=106471360.

un fournisseur d'accès centralisé, en utilisant plutôt la technologie sans-fil pour connecter directement entre eux les utilisateurs à portée de transmission [18]. De même, un réseau social décentralisé comme Diaspora* [19] permet aux utilisateurs d'interagir et d'échanger de l'information sans devoir se reposer sur une infrastructure centralisée comme dans le cas de Facebook ou Twitter.

1.3 Encadrer strictement l'utilisation du code pour l'application de la loi

Comme nous l'avons évoqué plus haut (cf. *supra* chapitre II, 3.2), l'utilisation du code pour l'application de la loi représente un danger sérieux pour la liberté réelle en raison de son absence de flexibilité, de son caractère parfois purement préventif (ou « a priori ») et des risques de sévérité excessive dans son application. Pour cette raison, il importe de limiter sérieusement les pratiques d'application de la loi par le code. À cet effet, au moins deux options sont possibles.

La première consiste à introduire un cadre juridique strict règlementant l'utilisation qui peut être faite du code pour l'application de la loi, en limitant le recours à cet instrument à des cas exceptionnels, et en assurant des garanties suffisantes (visibilité, possibilité de recours effectif, etc.) pour protéger les droits des individus.

La seconde option consiste à laisser subsister suffisamment d'imperfections dans l'application de la loi par le code, de manière à prévoir une issue de secours en cas d'application problématique [20]. Il s'agirait donc de faire en sorte que l'application « parfaite » de la loi par le code reste toujours imparfaite, et se borne à rendre plus difficile plutôt qu'à empêcher complètement le comportement en cause. À tout le moins, il parait essentiel de ne pas prévoir de larges interdictions légales du contournement du code, portant même sur des contournements à des fins licites. Le cas des dispositions anti-contournement en droit d'auteur constitue un excellent contre-exemple en la matière : en interdisant de manière large « le contournement de toute mesure technique efficace » [21] (c'est-à-dire toute mesure technique de protection),

18. Cf. Y. Benkler, *The wealth of networks : How social production transforms markets and freedom*, *op. cit.*, p. 153 et p. 397-405

19. Si le projet Diaspora* n'a pas atteint son objectif de faire migrer massivement les utilisateurs des réseaux sociaux centralisés tels que Facebook ou Google+, le principe d'un tel réseau décentralisé n'en reste pas moins entièrement réalisable.

20. Pour une proposition similaire, voyez J. Cohen, *Configuring the networked self : Law, code, and the play of everyday practice*, Yale University Press, 2012 ; dans le même sens, voyez également Y. Benkler, "Networks of Power, Degrees of Freedom", *International Journal of Communication* 5 (2011)

21. Cf. Directive 2001/29/EC, art. 6

en prévoyant seulement quelques exceptions limitées et globalement inefficaces [22], ces dispositions présentent de nombreux effets indésirables comme une sur-réservation des droits sur l'œuvre qui neutralise le bénéfice des exceptions légales [23], une restriction de la liberté d'expression et de la liberté académique [24], ou des stratégies anti-concurrentielles visant à empêcher l'interopérabilité avec des produits ou services [25]. Récemment, la CJUE a franchi un grand pas pour remédier à cette situation, en décidant dans un récent arrêt Nintendo [26] que la protection juridique des mesures techniques doit tenir compte du principe de proportionnalité, et donc le juge doit vérifier si les mesures techniques envisagées constituent la voie présentant le moins d'interférence avec l'activité de tiers, tout en apportant une protection comparable [27].

D'une manière plus radicale, on pourrait se demander si le principe même de ces dispositions anti-contournement est compatible avec l'exigence que l'application de la loi reste toujours imparfaite [28].

Section 2 Exceptions envisageables

Il nous reste enfin à présenter deux cas d'exceptions envisageables à la présomption en faveur de l'ouverture, comme des restrictions des libertés d'usage de l'information afin de protéger le droit à la vie privée (4.1), ou un régime modéré de droit d'auteur pour préserver une certaine diversité culturelle (4.2).

Cette section sera l'occasion d'intégrer à notre cadre normatif des considérations évoquées dans notre discussion des justifications personnalistes, propriétariennes et instrumentales du droit d'auteur. En particulier, nous verrons comment les concessions que nous avons faites à ces différentes approches peuvent trouver une place dans notre propre approche de la justice.

22. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, p. 163-182
23. *ibid.*, p. 144-150
24. Voyez par exemple les efforts du consortium Secure Digital Music Initiative visant à faire censurer un article d'Ed. Felten et. al. démontrant les failles dans une technologie de *watermarking* : cf. Electronic Frontier Foundation, *Unintended Consequences : Fifteen Years under the DMCA*, 2013, url : https://www.eff.org/pages/unintended-consequences-fifteen-years-under-dmca
25. Cf. *ibid.*
26. C.J.U.E., *Nintendo*, C-355-12, 23 janvier 2014
27. *ibid.*, §30-33
28. Une question que nous n'approfondirons toutefois pas dans le cadre de cette thèse.

2.1 Le droit à la vie privée

Selon nous, le droit à la vie privée devrait faire partie de la liste des libertés de base qui doivent être protégées dans une société juste (bien que Rawls ne le mentionne nulle part - à notre connaissance - dans sa discussion du premier principe). On peut définir le droit à la vie privée comme la protection d'une sphère privilégiée d'action et d'expression individuelle contre toute intrusion ou interférence de la part d'autrui.

Tout comme la garantie de la liberté d'association est une condition nécessaire à l'effectivité de la liberté de conscience [29], on peut dire que le droit à la vie privée est nécessaire pour assurer une protection effective d'autres libertés. La liberté d'association requiert en effet de pouvoir adhérer à des groupes ou sociétés en tout genre sans crainte de subir les réprobations voire les discriminations qui pourraient résulter d'une connaissance d'une telle adhésion par des tiers ou par des agents de l'État. De même, la liberté de conscience requiert la liberté d'adhérer à certaines opinions ou croyances sans que celles-ci soient connues d'autrui. Plus généralement, la capacité à former, poursuivre ou réviser une conception du bien doit pouvoir être exercée hors du regard inquisiteur d'autrui, qui peut inhiber les individus en les mettant face à des demandes de justification qu'ils ne sont pas à même de satisfaire [30].

Le droit à la vie privée, ainsi protégé (directement ou non) par le principe d'égales libertés de base, peut constituer une limite importante à la présomption en faveur de l'ouverture. Certains principes comme le secret des correspondances, voire le droit moral de divulgation de l'auteur sur son œuvre, protègent des intérêts si importants qu'ils feront presque toujours échec à la présomption en faveur des libertés réelles de dissémination et de (ré)utilisation de l'information.

Dans d'autres cas, on peut également envisager des exceptions moins catégoriques : ainsi, dans un arrêt Google c. Gonzáles du 13 mai 2014, la Cour de justice de l'Union européenne a consacré un droit à l'oubli numérique, permettant à un individu de demander à un moteur de recherche (mais pas nécessairement à l'éditeur d'une page web [31]) le retrait d'informations relatives à sa personne, lorsque « ces informations apparaissent (...) inadéquates, pas ou plus pertinentes ou excessives au regard des finalités du traitement en cause réalisé par l'exploitant du moteur de recherche », et sous réserve que la publication de ces informations ne soit pas « justifiée par un intérêt prépondérant du public » à y avoir accès, notamment au vu du « rôle joué par ladite personne dans la

29. J. Rawls, *Libéralisme Politique*, *op. cit.*, p. 367

30. Cf. T. Nagel, *Concealment and Exposure : And Other Essays*, Oxford University Press, 2002, p. 17-18

31. C.J.U.E., *Google c. Gonzalez*, C-131/12, 13 mai 2014, §85 ; Directive 95/46, article 9

vie publique » [32]. La Cour propose donc un arbitrage entre droit à la vie privée d'une part, et liberté d'expression et d'information d'autre part, en permettant, sous certaines conditions, de rendre plus difficile (mais pas de supprimer complètement) l'accès à des informations relatives à une personne.

Sans nous prononcer sur le bien-fondé de ce droit à l'oubli numérique, notre propos est ici simplement de montrer que la solution adoptée par la Cour constitue un exemple du genre de compromis envisageable dans notre approche, pour concevoir des exceptions limitées à la présomption en faveur de l'ouverture permettant de défendre une liberté protégée par le premier principe. En l'occurrence, il faudra bien sûr évaluer en pratique si l'implémentation d'un tel droit à l'oubli ne génère pas une restriction excessive à la liberté de disséminer et de réutiliser l'information par rapport à ses avantages en termes de protection de la vie privée. On pourrait notamment craindre que les importantes obligations imposées par la Cour ne conduisent à restreindre excessivement l'accès à l'information [33], ou que les moteurs de recherche ne fassent preuve d'un zèle excessif dans leur réaction aux demandes de retrait [34], comme on l'observe dans le cas des pratiques de notification et retrait en matière de droit d'auteur [35].

2.2 Un droit d'auteur modéré pour préserver une certaine diversité culturelle

Pour une approche de la justice visant à maximiser la liberté réelle, il importe de préserver un certain niveau de diversité culturelle. Nous soutiendrons en effet qu'un contexte culturel riche est nécessaire à la garantie de la capacité des individus de former leur propre conception du bien (une préoccupation essentielle pour les théories libérales-égalitaristes). Un régime de droit d'auteur peut avoir un rôle à jouer dans ce cadre.

Les théories libérales inspirées de Rawls reposent généralement sur une conception de la personne qui vise un juste milieu entre une concep-

32. *ibid.*, §94

33. En particulier, on peut craindre que les obligations découlant de la qualification par la Cour des moteurs de recherche comme « responsables de traitement », au sens de la directive sur la protection des données ne soient particulièrement lourdes et invasives. Cf. T. Léonard & E. Wery, "Arrêt Google : la Cour de justice a-t-elle condamné à mort les moteurs de recherche ?", *Droit & Technologies* (2014), url : http://www.droit-technologie.org/actuality-1649/arret-google-la-cour-de-justice-a-t-elle-condamne-a-mort-les-moteurs.html

34. Pour un argument de ce genre, voyez J. Zittrain, "Is the EU compelling Google to become about.me ?", *The Future of the Internet and how to stop it* (2014), url : http://blogs.law.harvard.edu/futureoftheinternet/2014/05/13/is-the-eu-compelling-google-to-become-about-me/

35. Cf. par exemple S. Kreimer, "Censorship by proxy : the first amendment, Internet intermediaries, and the problem of the weakest link", *op. cit.*

tion excessivement déterministe de la personne incapable de s'extraire des circonstances sociales et culturelles [36] et une conception excessivement creuse d'un « soi désincarné » entièrement autonome et indépendant de ses fins [37].

Ainsi, selon Rawls, les personnes ont un intérêt d'ordre le plus élevé à développer et à réaliser [38] certains « pouvoirs moraux », dont la capacité à former, poursuivre et *réviser* une conception du bien [39]. Si la théorie de Rawls ne se contente pas de mentionner une capacité de former ou de poursuivre une conception du bien, mais parle spécifiquement d'une capacité de *réviser* cette conception, c'est parce qu'elle conçoit les citoyens non pas comme étant « inévitablement liés à la poursuite de la conception particulière du bien à laquelle ils adhèrent à un moment donné » [40] mais plutôt comme étant « capables de réviser et de changer cette conception en se fondant sur des arguments raisonnables et rationnels ». Autrement dit, si nous avons un intérêt d'ordre plus élevé à réviser notre conception du bien, c'est parce qu'on ne peut exclure la possibilité qu'après mure réflexion, nous nous rendions compte que nous nous sommes trompés sur ce qu'est une vie bonne : « we may come to see that we've been wasting our lives, pursuing trivial goals that we had mistakenly considered of great importance » [41].

Quelles pourraient être les conditions qui permettent d'assurer l'intérêt supérieur au développement et à l'exercice de la capacité de réviser sa conception du bien ?

On peut d'abord songer à la garantie des libertés formelles d'expression ou d'association, ou à l'existence d'un enseignement pluraliste [42].

Mais pour qu'il soit réellement possible de réviser notre conception du bien, il faut aussi que nous soyons capables de l'évaluer sur base d'alternatives. Si l'on vit dans un monde où tous les individus poursuivent essentiellement la même conception du bien, il est probable que

36. Cf. W. Kymlicka, "Dworkin on Freedom and Culture", in : *Dworkin and his critics : with replies by Dworkin*, sous la dir. de J. Burley, Malden, MA : Blackwell, 2004, chap. 7, p. 114

37. Cf. M. J. Sandel, "The procedural republic and the unencumbered self", *Political theory* 12.1 (1984)

38. Cf. supra, 2.1. Selon Rawls, les individus ont des intérêts « d'ordre plus élevé », considérés comme fondamentaux, à développer et exercer ces pouvoirs moraux (cf. J. Rawls, *Libéralisme Politique*, *op. cit.*, p. 105). Cela signifie que « quelqu'un qui n'aurait pas développé ces facultés morales au degré minimal requis et ne peut les exercer ne peut être un membre normal et pleinement coopérant de la société ». Une théorie de la justice doit donc comprendre « des principes qui garantissent des conditions permettant à ces facultés leur développement adéquat et leur plein exercice » (*ibid.*, p. 105).

39. Cf. *ibid.*, p. 44 et p. 105 (l'expression originale est « higher-order interest »)

40. *ibid.*, p. 55-56

41. W. Kymlicka, "Dworkin on Freedom and Culture", *op. cit.*, p. 114

42. *ibid.*, p. 116

nous ne soyons jamais vraiment conscients que d'autres conceptions sont possibles, et qu'il existe d'autres finalités ou croyances que celles auxquelles nous adhérons. En outre, si nous ne disposions pas de valeurs ou de critères moraux alternatifs, nous ne serions probablement pas à même d'évaluer nos croyances. L'idée n'est pas que tout citoyen doive nécessairement mener une vie guidée par le libre examen, mais seulement qu'une telle disposition critique soit possible.

Dès lors, suivant Dworkin et Kymlicka, on peut soutenir que les conditions permettant d'assurer l'intérêt supérieur au développement et à l'exercice de la capacité de réviser sa conception du bien comprennent la disponibilité d'un contexte de choix suffisamment divers, ou pour faire simple, d'un niveau suffisant de diversité culturelle.

Dans la première partie de cette thèse, nous avons exprimé une certaine perplexité face à l'argument selon lequel le droit d'auteur serait nécessaire à l'incitation d'un niveau suffisant de création intellectuelle (cf. *supra*, partie I, chapitre II). Il est très difficile de savoir (surtout en l'absence d'études empiriques) quel serait le niveau de création intellectuelle en l'absence de droit d'auteur. Toutefois, en faisant la supposition raisonnable que le droit d'auteur n'est pas totalement inefficace dans son rôle d'incitation à la création, on peut considérer que certaines œuvres n'existeraient pas en l'absence d'un régime de droit d'auteur. Si l'on admet qu'au moins certaines catégories d'œuvres nécessitent un incitant financier, comme les œuvres requérant un investissement matériel conséquent ou les œuvres nécessitant le travail à long terme d'un auteur isolé, alors il est plausible que la production de ces œuvres serait largement moindre sans un régime de droit d'auteur.

Dès lors, pour préserver un certain niveau de diversité culturelle permettant le développement et la réalisation de la capacité de réviser sa conception du bien, on pourrait justifier une certaine protection du droit d'auteur permettant de soutenir les créations intellectuelles qui ne seraient pas réalisées sans incitant financier. Si l'on suppose en outre que le degré de diversité culturelle serait moindre en l'absence d'un incitant financier, une telle justification fondée dans l'intérêt d'ordre plus élevé des citoyens à réviser leur conception du bien pourrait donc constituer une exception plausible à notre présomption en faveur de l'ouverture.

Toutefois, la difficulté avec cet argument apparait clairement : quel est le niveau de diversité culturelle qu'il convient de préserver, et donc le niveau de protection du droit d'auteur qu'il est souhaitable de soutenir ? Si le fondement d'une telle justification (la nécessité de préserver une certaine diversité culturelle) apparait un peu plus convaincant que dans le cas de la justification utilitariste, ses conclusions restent aussi indéterminées que dans n'importe quelle justification instrumentale du droit d'auteur : quel est le niveau de création intellectuelle à inciter, et donc quel degré de protection assurer au droit d'auteur ?

En outre, même si l'on parvenait à définir un seuil de diversité culturelle à préserver, on pourrait argüer que le même objectif pourrait être aussi bien réalisé par d'autres moyens, comme un financement public de la culture, ou une « licence globale » (cf. supra, Partie 1, ch. 2, 1.6). Une théorie réal-libérale de la justice tendra à choisir la solution qui garantit le plus haut niveau de liberté réelle pour tous. Dès lors, non seulement le niveau de protection du droit d'auteur devrait être affecté par une limite supérieure, à savoir le niveau du seuil nécessaire à la préservation d'un niveau suffisant de diversité culturelle, mais il faudra également montrer que ce niveau de protection du droit d'auteur est le moyen le plus efficient d'aboutir à cet objectif, en limitant le moins possible la liberté réelle des individus.

Ce que ces difficultés suggèrent, c'est que si l'on peut concevoir une exception à la présomption en faveur de l'ouverture prenant la forme d'un certain niveau de protection du droit d'auteur, celui-ci devra être particulièrement limité en temps et en étendue, afin de restreindre le moins possible la liberté réelle de dissémination et de (ré)utilisation des œuvres.

Conclusion du chapitre III

En réponse au chapitre précédent qui pointait les nouvelles opportunités et les nouveaux risques posés par l'environnement numérique, nous avons soutenu qu'une régulation se préoccupant de la liberté réelle devait passer par une présomption en faveur de l'ouverture, définie comme une présomption en faveur de la liberté réelle d'utiliser l'information, sauf les exceptions justifiées par la protection des libertés de base ou par la préservation des autres dimensions de la liberté réelle. Nous en avons tiré trois lignes directrices, qui répondent chacune à une ou plusieurs problématiques soulevées dans le chapitre II.

La première ligne directrice, consacrer la liberté d'usage de l'information comme la règle, répond à la préoccupation de ne pas gâcher les nouvelles opportunités suscitées par l'environnement numérique en tant que nouveau moyen d'accéder et de participer à la production de l'information. À cet égard, l'inadaptation du droit d'auteur aux conditions matérielles de l'environnement numérique, et plus largement la définition expansive des droits exclusifs, contribue à limiter les libertés d'usage de l'information bien au-delà de ce qu'autorisent les versions les plus plausibles de justifications du droit d'auteur.

La seconde ligne directrice consiste à limiter le pouvoir des *gatekeepers* du réseau, et répond au problème suscité par le caractère privé de l'infrastructure d'Internet pour les opportunités d'expression et de

participation politique. Garantir l'existence d'espaces de libre expression sur Internet, permet de diminuer la vulnérabilité de l'expression en ligne au pouvoir des propriétaires de l'infrastructure, de diminuer les inégalités d'opportunités d'expression, et d'augmenter la résilience de l'information face aux partenariats public-privé de la censure.

Enfin, la troisième ligne directrice vise à répondre aux risques liés à l'application parfaite de la loi par le code, par un encadrement strict de ces techniques.

On pourrait toutefois questionner le lien entre notre objectif général et le moyen poursuivi : la maximisation de la liberté réelle passe-t-elle nécessairement par la régulation de l'environnement numérique guidée par notre présomption en faveur de l'ouverture ? Si l'objectif est de maximiser la liberté réelle pour tous, pourquoi ne pas simplement mettre en œuvre des politiques redistributives visant à donner à chacun les moyens financiers d'exercer leur liberté, en acquérant les biens et services nécessaires par des transactions marchandes ?

La raison pour laquelle nous favorisons une maximisation « en nature » de la liberté réelle sous la forme d'une présomption en faveur de l'ouverture est qu'il s'agit d'une voie bien moins couteuse que son équivalent en espèce. En effet, parmi les mesures que nous préconisons, deux au moins ont un cout quasiment nul pour la société, puisqu'il s'agit essentiellement de balises à l'action du gouvernement (affirmer la liberté d'usage de l'information comme la règle (2.1), et encadrer l'utilisation du code (2.3)). Parmi les mesures qui peuvent éventuellement représenter un cout significatif pour certains acteurs, comme l'imposition de règles limitant le pouvoir des *gatekeepers* (2.2), on peut considérer que leur cout est insignifiant en comparaison à celui de politiques redistributives visant un effet équivalent.

Bien sûr, ultimement, l'objectif de maximiser le niveau de liberté réelle de chacun (en commençant par les plus défavorisés) implique une redistribution massive des richesses, afin de donner à chacun les moyens de réaliser sa conception du bien, et notamment les moyens de s'exprimer et d'accéder à l'information. Mais dans le cadre de la régulation de l'environnement numérique, la présomption en faveur de l'ouverture constitue la voie la plus immédiate et la plus efficiente d'augmenter la liberté réelle des individus.

Une objection puissante qu'on pourrait opposer à notre approche, et qui est régulièrement opposée aux partisans d'un Internet ouvert, est la suivante : un environnement numérique ouvert ne risque-t-il pas de créer un espace anarchique, générant une prolifération dangereuse d'actes de cyber-criminalité ou de terrorisme ? [43] Certes, un environ-

43. Sur la fréquence des *argumentum ad terrorem* dans le discours sur l'évolution technologique, voyez A. Thierer, "Technopanics, Threat Inflation, and the Danger

nement numérique plus ouvert est très probablement moins facile à réguler. Toutefois, nous ne soutenons pas une conception absolutiste de la protection des libertés d'usage de l'information : notre approche prévoit explicitement des possibilités d'exceptions à la présomption en faveur de l'ouverture, pour autant que celles-ci soient justifiées par des objectifs de justice suffisamment importants. Il va de soi que l'objectif de prévenir l'infliction de dommages aux personnes rentre dans cette catégorie.

Mais plus fondamentalement, on peut faire deux réponses à cette objection. Premièrement, il faut constater que le chaos annoncé d'un Internet berceau de la cybercriminalité n'a toujours pas eu lieu. Il ne semble pas à ce jour que les nouvelles possibilités suscitées par l'environnement numérique aient généré un déséquilibre entre les moyens d'action dont jouissent les malfaiteurs, et les moyens de recherche à disposition des forces de l'ordre. On peut se demander si la menace invoquée n'est pas parfois exagérée.

Deuxièmement, même dans les cas où l'environnement numérique augmente clairement le risque de dommage (comme dans le cas de divulgation d'information créant un dommage aux personnes ou de discours incitant à la haine), les implications de dispositifs de censure efficace risquent fort de s'avérer excessives pour une société démocratique. Ainsi, des solutions radicales comme la dissuasion par un renforcement draconien des peines encourues par les *whistleblowers*[44], la mise en place de « *kill switches* » permettant de censurer sommairement l'information, voire des mécanismes de censure préalable, mettraient en danger des droits et libertés de base comme le droit à un procès équitable ou la liberté d'expression. On peut toutefois envisager des politiques alternatives comme celle consistant à créer les conditions pour neutraliser l'effet d'informations dangereuses ou dommageables (« the remedy for bad speech is more speech »), ou à restreindre leur capacité à atteindre un large public, etc. Mais il semble que les conditions de notre nouvel environnement de communication nous obligent à nous contenter d'une capacité imparfaite à réguler et à prévenir les dommages liés à la circulation de l'information.

of an Information Technology Precautionary Principle", *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* 14.1 (2013)

44. Suite aux multiples affaires depuis 2010 de révélations de documents classifiés, le gouvernement américain semble poursuivre une telle stratégie, en faisant preuve d'une très grande sévérité dans la poursuite des *whistleblowers*. Cf. L. Kirchner, "The Obama administartion's pursuit of whistleblowers is taking a toll", *Columbia Journalism Review* (2014), url : http://www.cjr.org

Conclusion de la partie II

Il est fréquent de voir les défenseurs de la liberté sur Internet rassemblés sous l'appellation générale de « libertariens » ou « libertaires ». Il convient toutefois de distinguer entre le courant des « cyber-libertariens » et ce qu'on pourrait appeler le courant des « cyber-libéraux ». Les auteurs libertariens plaident pour une régulation minimale de l'environnement numérique, et sont généralement très critiques vis-à-vis du régime de droit d'auteur [45]. Quant aux auteurs libéraux, s'ils s'opposent également à une régulation excessive du réseau, il soutiennent en revanche que l'État devrait intervenir pour protéger les choix d'architecture du réseau qui favorisent les conditions de la liberté individuelle [46].

Dans cette partie, nous avons suggéré une approche de la régulation de ce second type, qui alterne entre laissez-faire et intervention active du législateur pour protéger les conditions d'exercice des droits et libertés sur Internet. La dimension de laissez-faire, essentiellement présente dans notre première ligne directrice (consacrer la liberté d'usage de l'information comme la règle), est doublée d'une dimension plus interventionniste, appelant la régulation à protéger les conditions de protection de la liberté individuelle. C'est que, contrairement aux libertariens, non seulement nous n'avons pas une confiance illimitée dans la main invisible, mais en plus nous définissons la liberté comme davantage que l'absence de contrainte, mais comme le fait de disposer des moyens de réaliser une action. Dès lors, la régulation de l'environnement numérique ne peut se borner à une approche de laissez-faire, mais doit prendre la forme d'une politique publique ambitieuse visant à tirer le meilleur parti du potentiel émancipateur des nouvelles technologies.

45. Voyez par exemple S. Kinsella, *Against intellectual property*, *op. cit.* ; T. W. Bell, *Intellectual Privilege : Copyright, Common Law, and the Common Good*, Fairfax : Mercatus Center, George Mason University, 2014 ; A. Thierer, *Permissionless Innovation*, *op. cit.*

46. Parmi les auteurs de ce courant, on peut citer Lawrence Lessig, Yochai Benkler, Tim Wu ou Jonathan Zittrain.

Nous avons envisagé plusieurs implications d'une telle approche normative, concernant le rôle des gatekeepers de l'information, ou l'utilisation du code pour l'application de la loi. L'implication la plus pertinente pour le régime du droit d'auteur est l'idée de réaffirmer la liberté comme la règle, et le droit exclusif comme l'exception.

Notre principe d'une présomption en faveur de l'ouverture contraste avec le vocabulaire très fréquent dans la littérature et la jurisprudence en droit d'auteur de la balance des intérêts (balance of interest) ou du « juste équilibre » (« fair balance ») entre l'intérêt des auteurs et l'intérêt (du) public, ou de l'importance de poursuivre « l'intérêt général ». En tant que telles, ces formules ne sont d'aucune aide pour trancher des questions de politiques publiques : l'équilibre à réaliser dépend de la légitimité des intérêts en présence, et du poids que l'on choisit de donner aux différentes prétentions. Il en va de même pour le concept d'intérêt général, tant qu'il reste indéterminé. Pour réaliser un « juste équilibre », ou pour rechercher « l'intérêt général », il faut élucider le critère normatif qui devrait guider la régulation [47]. Sans cet effort conceptuel, on s'expose au scepticisme de ceux qui ne voient dans ces formules qu'un procédé rhétorique, et pour qui « l'intérêt général, c'est la solution qui arrange le mieux celui qui parle » [48].

La réflexion normative que nous avons poursuivie dans ces deux premières parties permet de donner sens à cette idée de « juste équilibre » ou « d'intérêt général » à poursuivre par un régime du droit d'auteur. Selon nous, la régulation de l'information dans l'environnement numérique doit s'inscrire dans le cadre d'une conception de la justice (la maximisation de la liberté réelle pour tous), et l'articulation entre droit exclusif et liberté d'usage de l'information doit être guidée par un critère précis (la présomption en faveur de l'ouverture). Il reste une place dans ce cadre pour un régime de droit d'auteur, mais ce n'est pas la place prééminente qui lui est généralement réservée.

Toutefois, la réalité du régime juridique de l'information dans l'environnement numérique reste bien sûr très éloignée des conclusions que nous suggérons. Dès lors, plutôt que d'appeler à faire table rase, et d'es-

47. On trouve un argument similaire dans W. Patry, *How to Fix Copyright*, *op. cit.*, p. 136 :

> « Balance in copyright laws is also relational and determined by external criteria : that's why people say "copyright has to preserve the balance in..." with the ellispes constituting the underlying external policy objective the underlying balance is supposed to achieve »

Voyez également C. J. Craig, "Locke, Labour and Limiting the Authors Right : A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law", *op. cit.*, p. 19 pour une critique de cette idée d'« équilibre ».

48. A. Lucas, "L'intérêt général dans l'évolution du droit d'auteur", in : *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, sous la dir. de M. Buydens & S. Dusollier, 2008, p. 79.

quisser un régime juridique idéal et théoriquement pur, nous préférons tempérer l'utopie d'une bonne dose de réalisme. Nous adopterons donc dans la suite de cette thèse une approche pratique, visant à rechercher les pistes permettant de faire évoluer le régime juridique que nous connaissons actuellement pour promouvoir la présomption en faveur de l'ouverture.

Troisième partie

Promouvoir l'ouverture : la voie de la responsabilité sociale

Introduction

Après avoir cherché à élucider les principes normatifs qui devraient guider la régulation en matière de droit d'auteur dans l'environnement numérique, nous passons à l'application pratique de ces principes. Les parties III et IV de la thèse étudieront deux voies pour promouvoir l'ouverture de l'environnement numérique au sein du régime du droit d'auteur : la voie de la responsabilité sociale d'une part, et la voie législative d'autre part. Après un examen détaillé, nous évaluerons les forces et les faiblesses respectives de ces deux voies. Peut-on se reposer sur l'initiative privée pour augmenter les libertés d'usage à l'intérieur d'un régime de droit d'auteur, ou est-il préférable de recourir à une réforme législative des exceptions et limitations au droit d'auteur ?

Dans cette partie III, nous commencerons par étudier l'approche de la responsabilité sociale mise en œuvre par les partisans des licences ouvertes pour promouvoir l'ouverture. Les licences ouvertes représentent une utilisation originale de l'outil contractuel pour constituer un régime juridique alternatif par-dessus le régime du droit d'auteur, visant à augmenter le niveau de garantie des libertés d'usage de l'information. Dans un premier chapitre, nous présenterons les différentes familles de licences, et montrerons comment l'approche des licences ouvertes peut s'interpréter comme un cas d'exercice d'une responsabilité sociale pour l'environnement numérique.

Le second chapitre étudiera les questions juridiques posées par les licences ouvertes. On peut en effet se poser la question de l'efficacité juridique non seulement du mécanisme général des licences ouvertes, mais aussi des nombreuses clauses particulières qu'elles mettent en œuvre.

Enfin, le chapitre III procèdera à une évaluation de la voie des licences ouvertes comme moyen de promouvoir l'ouverture. Nous examinerons les stratégies distinctives mises en œuvre par les trois familles de licences ouvertes, ainsi que les risques affectant chacune d'entre elles.

Chapitre I

Licences ouvertes et responsabilité sociale

Dans ce chapitre, nous présenterons brièvement l'origine et le fonctionnement des licences ouvertes, ainsi que les différentes familles de licence. Nous verrons ensuite comment l'approche des licences ouvertes ne se cantonne pas à un rôle purement technique, mais est également guidée par une certaine vision de la responsabilité sociale des acteurs pour l'environnement numérique.

Section 1 Origine des licences ouvertes

Les premières licences ouvertes sont apparues dans le domaine de l'informatique. À l'origine, les logiciels ne faisaient l'objet d'aucune protection juridique, et les programmeurs professionnels ou amateurs étaient libres d'accéder au « code source » et de redistribuer leurs améliorations. Sous-produit de la culture « hacker » et des normes du milieu académique dans lequel a émergé l'informatique, cette permissivité était également encouragée par les vendeurs de micro-informatique qui y voyaient un effet positif sur la vente de matériel [1]. Ce modèle ouvert du secteur de développement logiciel était donc entièrement informel.

Cette situation va changer avec une évolution du modèle économique dans le domaine de l'informatique. Les logiciels sont peu à peu considérés non plus simplement comme des compléments au matériel informa-

1. A. Engelfriet, "A History of Foss Law and Licensing", in : *The International Free and Open Source Software Law Book*, Munich : Open Source Press, 2011.

tique, mais comme des produits à part entière [2]. Pour assurer la rentabilité de ce nouveau marché, les logiciels doivent donc être protégés. Cela passera dans un premier temps par des moyens contractuels : des licences « privatives » (cf. *infra* 2) sont adjointes aux logiciels, afin de circonscrire le champ des utilisations autorisées. Dans un second temps, cette protection sera assurée par l'extension de la protection du droit d'auteur sur les logiciels.

En réaction à cette fermeture du domaine des logiciels, et pour faire face aux risques de litiges issus des prétentions nouvelles des entreprises commerciales, les partisans d'un développement logiciel coopératif commenceront à s'organiser [3]. Richard Stallman, un informaticien du MIT se revendiquant de la culture « hacker » des pionniers, crée en 1985 la Free Software Foundation (FSF) et publie quelques années plus tard la première version de la GNU General Public License (GPL). Au lieu d'imposer des limitations à l'usage du logiciel comme les licences restrictives, la GPL reconnait à ses utilisateurs la liberté de l'utiliser, de l'étudier, de le modifier et de le redistribuer sous certaines conditions. Cette logique libertaire promue par la GPL inspirera dans le domaine des logiciels les courants des logiciels libres et de l'open source, qui connaissent aujourd'hui une influence importante. Avec la crise de légitimité et d'effectivité du droit d'auteur dans l'ère numérique et l'émergence de courants contestataires comme celui de la « culture libre » [4], cette même logique sera transposée dans le domaine des œuvres culturelles par des initiatives comme les licences Creative Commons ou la Licence Art Libre (LAL).

Section 2 Licences ouvertes versus licences privatives

Les droits d'auteur peuvent faire l'objet de diverses formes de contrats : contrat de licence, contrat de cession, contrat d'édition, etc. Selon la terminologie utilisée dans le domaine des logiciels, on distingue les licences d'exploitation et les contrats de licence utilisateur final (CLUF). Les licences d'exploitation sont des contrats *intuitu personae* par lesquels une partie concède à un prestataire déterminé le droit d'exploiter une œuvre. Les CLUF (aussi appelés *End-User License Agreement*, ou

2. *idem*, "A History of Foss Law and Licensing", *op. cit.* ; G. F. Murray, "Categorization of Open Source Licenses : More than Just Semantics", *Computer & Internet Lawyer* 26.1 (2009), p. 3.

3. J. Lerner & J. Tirole, "Some simple economics of open source", *The Journal of Industrial Economics* 50 (2002), p. 200-204.

4. Cf. L. Lessig, *Free culture*, *op. cit.*

EULA) sont des licences standard communiquées simultanément à la distribution ou à la communication de l'œuvre, et destinées à s'appliquer à tout utilisateur de l'œuvre.

Parmi ces licences standard accompagnant l'œuvre, on peut distinguer deux types de licences, en fonction de l'étendue des libertés d'usage concédées aux utilisateurs : les licences ouvertes et les licences privatives.

Une licence privative est une licence qui ne concède au licencié qu'une liberté d'usage privé, éventuellement assortie de conditions ou limitations, et réserve à l'ayant droit toutes les autres prérogatives que la loi lui confère. Ces licences sont parfois désignées par l'expression « licence propriétaires », par une traduction littérale de l'anglais « proprietary license » [5].

Une licence ouverte est une licence [6] par laquelle l'auteur accorde à tout utilisateur, outre la liberté d'usage privé, tout ou partie des autres libertés d'usage (liberté de dissémination, liberté de réutilisation), éventuellement assorties de conditions ou limitations [7].

La plupart des licences ouvertes sont soutenues par une organisation dite « curatrice » ou « steward » (comme la Free Software Foundation dans le cas de la licence GPL, ou l'organisation Creative Commons pour les licences éponymes), qui ont pour mission de promouvoir et gérer les licences, et se réserve la faculté d'organiser leur révision [8].

Plutôt que de reprendre les catégories parfois confuses et souvent controversées de « licences libres », « licences open source », ou « licences de libre diffusion » [9], nous développerons notre propre typologie des

5. L'expression « proprietary license » est construite par extension à la notion de « proprietary software » développée par la Free Software Foundation. Si les licences ouvertes se sont peu à peu étendues aux œuvres culturelles, les licences privatives restent généralement limitées au domaine des logiciels.

6. Sur la controverse à propos de la nature contractuelle des licences ouvertes, voyez toutefois *infra,* Chapitre II, section 1.

7. Notre définition de « licence ouverte » se rapproche de la notion de « licence de libre diffusion » (cf. https ://fr.wikipedia.org/wiki/Licence_de_libre_diffusion). Pour une approche similaire, voyez V.-L. Bénabou & J. Farchy, *La mise à disposition ouverte des oeuvres de l'esprit*, rapp. tech., Paris : Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, 2007, p. 7 : « la Commission a retenu que le terme de « licence libre » devrait être réservé aux licences qui respectent strictement quatre libertés : libertés d'utiliser/d'usage, de copier, de modifier une œuvre 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 ».

8. Cf. *infra* 4.3.2.

9. Pour une tentative de définition de ces notions, voyez V.-L. Bénabou & J. Farchy, *La mise à disposition ouverte des oeuvres de l'esprit*, *op. cit.* ; Gnu.org, *What is free software ?*, url : https://www.gnu.org/philosophy/free-sw.en.html ; Open Source Initiative, *The Open Source Definition*, url : http://opensource.org/osd

différentes catégories de licences ouvertes.

Section 3 Typologie des licences ouvertes

On peut faire une typologie des licences ouvertes en trois grandes catégories : les licences permissives sont celles qui accordent à l'utilisateur toutes les libertés d'usage de l'œuvre, en n'imposant que des limitations minimales. Les licences réciproques conditionnent l'exercice de certaines libertés d'usage à une exigence particulière de réciprocité indirecte. Les licences asymétriques sont des licences par lesquelles certaines libertés d'usage sont réservées ou partiellement limitées dans l'intérêt du donneur de licence [10].

Pour chaque famille, nous citerons quelques exemples des licences les plus emblématiques. Les licences Creative Commons constituent un cas particulier : il s'agit d'une gamme de licences très différentes, formées à partir d'une clause obligatoire (BY pour « Attribution ») et de 3 clauses laissées au libre choix du donneur de licence (SA pour « Share-Alike », NC pour « non commercial », et ND pour « No Derivatives »), et qui relèveront selon les combinaisons de l'une ou l'autre des trois familles que nous allons présenter.

10. Nous nous inspirons ici de la typologie des licences ouvertes par Valérie-Laure Bénabou et Joëlle Farchy, qui distinguent entre les « licences offrant une liberté fragile », les « licences offrant une liberté pérenne », et les « licences offrant une liberté asymétrique » ; V.-L. Bénabou, *Rapport de la mission du CSPLA sur les "œuvres transformatives"*, Paris : Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, 2014.

	liberté d'utilisation	liberté de dissémination	liberté de réutilisation
licences permissives	✓	✓	✓
licences réciproques	✓	✓	sous conditions
licences asymétriques (NC)	✓	sous conditions	sous conditions
licences asymétriques (ND)	✓	✓	✗
licences privatives	✗	✗	✗

Tableau I.1 – Typologie des licences en fonction des libertés accordées

3.1 Licences permissives

Les licences permissives sont des licences qui accordent toutes les libertés d'usage sur l'œuvre (liberté de dissémination, liberté de réutilisation, liberté d'usage privé), en n'imposant rien d'autre que des limitations purement formelles (mentionner les conditions de la licence avec toute copie redistribuée) ou visant à protéger le droit moral de l'auteur au sens strict (attribution de paternité, interdiction d'utilisation du nom de l'auteur à des fins commerciales). Parmi les licences ouvertes, les licences permissives sont donc celles qui reconnaissent la plus grande étendue de libertés d'usage.

Parfois, ces licences sont appelées « licences académiques », car elles ont été créées à l'initiative de chercheurs qui souhaitaient diffuser leurs logiciels de la façon la plus large possible [11]. Les plus fameuses sont les licences BSD (Berkeley Software Distribution) et la MIT License [12]. Parmi les licences Creative Commons, la licence CC BY (ou « Attribution ») peut être qualifiée de licence permissive [13].

11. L. Rosen, *Open Source Licensing Software Freedom and Intellectual Property Law*, Prentice Hall, 2004, p. 70
12. Aussi appelée « Expat License ».
13. En effet, la licence CC BY garantit l'ensemble des libertés de dissémination, d'utilisation et d'usage privé, à condition d'attribuer l'œuvre à son auteur. http ://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

Dans sa forme la plus épurée, une licence permissive comprend généralement quatre éléments : la reconnaissance des libertés d'usage, l'obligation de reproduire une notice de copyright comprenant l'attribution aux auteurs d'origine [14], l'interdiction d'utiliser le nom du titulaire de droit à des fins de publicité, et une clause de limitation de garantie [15].

Au-delà, le licencié est entièrement libre d'exploiter l'œuvre comme il le souhaite. Il ne faut pas confondre la description des conditions sous lesquelles l'œuvre est mise à disposition du public, et les obligations pesant sur le licencié. Les conditions de la mise à disposition de l'œuvre n'obligent que le donneur de licence, pas le licencié [16]. Ainsi, dans le cas d'un logiciel, rien n'interdit au bénéficiaire de la licence de redistribuer celui-ci sans le code source [17], en n'incluant que le code binaire [18]. De même, ce n'est pas parce que la licence MIT précise que le donneur de licence autorise les différents usages de l'œuvre à titre gratuit (« Permission is hereby granted, free of charge... »), que le bénéficiaire de la licence ne peut pas redistribuer l'œuvre à titre onéreux.

Par ailleurs, les conditions de la licence de l'œuvre originale ne s'étendent pas aux versions modifiées de l'œuvre. Un bénéficiaire de la licence peut donc redistribuer une version modifiée sous une licence plus restrictive : licence réciproque, licence asymétrique, ou même une licence propriétaire (« tous droits réservés »).

14. Ainsi, la licence MIT dispose :
« The above copyright notice and this permission notice shall be included in all copies or substantial portions of the Software ».
De même, dans la licence BSD :
« * Redistributions of source code must retain the above copyright notice, this list of conditions and the following disclaimer.
* Redistributions in binary form must reproduce the above copyright notice, this list of conditions and the following disclaimer in the documentation and/or other materials provided with the distribution »

15. Comme le note Montero, si cette clause peut paraitre suspecte dans le cadre des licences privatives, elle parait plus légitime dans une licence ouverte, accordée dans une intention libérale. Cf.E. Montero, "Réflexions de synthèse - licences de logiciel libre : du neuf avec du vieux ?", in : *Les logiciels libres face au droit*, Cahiers du CRID, Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 272

16. F Leveque, Y Ménière & C. Issues, "Copyright versus patents : the open source software legal battle", *Review Literature And Arts Of The Americas* 4.1 (2007), p. 31

17. Le code source est un ensemble d'instructions rédigées en langage de programmation, lisible par un être humain.

18. Le code binaire est le résultat de la compilation du code source en « langage machine », c'est à dire en système binaire. Si le code binaire est directement exécutable par un ordinateur, il est en revanche très difficilement lisible par un être humain. On peut considérer le code binaire comme une œuvre dérivée du code source, résultant d'un processus de traduction (la compilation).

3.2 Licences réciproques

Les licences réciproques [19] sont des licences par lesquelles l'exercice de la liberté de réutilisation est soumis à l'exigence d'une forme de réciprocité indirecte : l'exigence que toute création dérivée soit redistribuée sous une licence équivalente. On parle de « réciprocité indirecte » lorsque le bénéficiaire d'un don rend non pas au donateur, mais à un tiers. En l'occurrence, le licencié qui crée une œuvre dérivée doit rendre non pas au donneur de licence, mais à des tiers. Autrement dit, celui qui a créé une œuvre en puisant dans le fonds commun sous licences réciproques doit contribuer en retour vis-à-vis de la communauté en ajoutant son œuvre à ce fond [20].

La clause de réciprocité est souvent désignée par l'appellation « clause de copyleft » [21] (un terme d'une moins grande utilité descriptive que le terme « réciproque », que nous privilégierons), et certains qualifient l'obligation qu'elle impose d'« effet viral » (un terme que nous n'utiliserons pas en raison de sa connotation péjorative) [22].

Les principaux exemples de licences réciproques sont la GNU GPL [23]

19. L'appellation « licence réciproque » ou « clause de réciprocité » est notamment utilisée par L. Rosen, *Open Source Licensing Software Freedom and Intellectual Property Law*, *op. cit.*, p. 106, et G. F. Murray, "Categorization of Open Source Licenses : More than Just Semantics", *op. cit.*, p. 6

20. *ibid.*, p. 6

21. Le terme « copyleft » est un jeu de mots utilisant le double sens de « left » en anglais (« laissé », mais aussi « de gauche ») pour souligner le contraste avec le 'copyright'. Dans le même sens, voyez *ibid.*, p. 8 ;L. Rosen, *Open Source Licensing Software Freedom and Intellectual Property Law*, *op. cit.*, p. 106

22. L'appellation « licences virales » a été popularisée par M. J. Radin, "Humans, computers, and binding commitment", *Indiana Law Journal* 75.4 (2000) : « A viral contract [...] is simply an attempt to make comnmitrnents run with a digital object ». La métaphore dénote l'idée que les obligations se propagent d'un individu à un autre, à la manière d'un virus. La connotation péjorative de ce terme a parfois été mise à profit par les adversaires des licences réciproques, afin de souligner leur dangerosité (cf. D. McGowan, "Legal aspects of free and open source software", in : *Perspectives on Free and Open Source Software*, sous la dir. de J. J. Feller et al., Cambridge, MA : MIT Press, 2005, p. 382). Certains, pour atténuer la connotation péjorative du terme « viral », parlent d'« infectious licenses » (G. R. Vetter, "Infectious open source software : spreading incentives or promoting resistance ?", *Rutgers Law Journal* 36.1 (2004), p. 53), mais, en français, le terme « infectieux » est tout aussi péjoratif (sinon plus) que « viral ». Outre cette connotation péjorative, l'appellation « licences virales » présente l'inconvénient de donner l'impression que les obligations peuvent se transmettre par contagion inopinée, ce qui est contesté par les promoteurs des licences réciproques : « The GPL's domain does not spread by proximity or contact, only by deliberate inclusion of GPL-covered code in your program » (R. Stallman, cité R. Poynder, *Reclaiming the Digital Commons*, URL : http://richardpoynder.co.uk). Cette objection parait fondée en droit : la licence ne pourrait obliger une personne qui n'est pas réputée avoir adhéré au contrat (cf. supra 1.2.2).

23. Cf. http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html

de la Free Software Foundation, la licence Creative Commons BY-SA (« Attribution-Share-Alike ») [24], l'Artistic License (qui est en fait une licence logicielle) [25] ou encore la Licence Art Libre développée en France par des partisans de la culture libre [26].

Ce mécanisme de la clause de réciprocité [27] conditionne donc la liberté de création dérivée à l'obligation de redistribuer l'œuvre dérivée sous la même licence [28].

Seule exception au principe de la redistribution sous la même licence : la GPL v.3 autorise à ajouter certaines clauses additionnelles, mais seulement dans la mesure où celles-ci sont plus permissives ou font partie de la liste de clauses restrictives autorisées [29].

Dans le domaine des logiciels, on peut également distinguer entre les licences réciproques fortes et les licences réciproques faibles. Les licences réciproques faibles (ou *weak copyleft*) comme la licence MPL, ne prévoient l'application de la clause de réciprocité que dans les cas d'intégration dans une œuvre dérivée (cf. *infra*, 3.2). Les licences réciproques fortes (ou *strong copyleft*), par exemple la GPL, étendent en outre l'application de la clause de réciprocité aux cas d'interaction avec d'autres logiciels par la technique du « lien dynamique » (cf. *infra*, 3.2).

3.3 Licences asymétriques

Les licences asymétriques sont des licences par lesquelles certaines libertés d'usage sont réservées ou partiellement limitées dans l'intérêt du donneur de licence.

24. Cf. https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/
25. Cf. http://www.perlfoundation.org/artistic_license_2_0
26. Cf. http://artlibre.org
27. Dans la GPLv3, la clause de réciprocité est prévue à l'article 5, alors que dans la CC BY-SA 4.0, elle se trouve à la section 3 (b).
28. Notons que la clause de réciprocité n'a d'utilité en pratique que pour les éléments nouveaux ajoutés par le créateur dérivé réutilisant l'œuvre. Les éléments de l'œuvre originale sont de toute façon couverts par la licence originale, et toutes les licences ouvertes (à l'exception de la licence CC 0) prévoient au moins que le licencié a l'obligation de redistribuer ou de donner accès à la licence conjointement à chaque copie de l'œuvre dérivée.
29. Dans sa version précédente, la GPL (v.2) prévoyait que le licencié ne pouvait ajouter strictement aucune « restriction supplémentaire ». Comme le note Rosen, ce genre de clause a de quoi donner des maux de tête à un juriste, puisqu'à peu près n'importe quel terme supplémentaire pourrait être analysé comme une 'restriction' à l'usage de l'œuvre (L. Rosen, *Open Source Licensing Software Freedom and Intellectual Property Law*, *op. cit.*, p. 105). Cela reviendrait donc à interdire d'ajouter le moindre mot à la licence. Or, il serait sans doute utile de permettre au licencié de combler les lacunes du texte de la licence. Heureusement, dans sa nouvelle version, la GPL v.3 adopte à présent une approche plus précise, puisqu'elle n'interdit plus que les clauses additionnelles « non-permissives », sauf quelques exceptions de clauses restrictives admises (GPL v.3., art. 7).

Les principales licences asymétriques sont la licence CC BY-ND (« Attribution No Derivatives » [30]) et CC BY-NC (« Attribution Non Commercial » [31]).

Comme nous allons le voir (infra 1), cette possibilité de réserver ou de limiter certaines libertés d'usage peut être utilisée pour conserver un incitant pour les auteurs à la création sous licence ouverte. Il s'agit d'une transposition du compromis classique en droit d'auteur entre incitation et usage au domaine de la création sous licence ouverte.

Section 4 Les licences ouvertes comme exercice d'une responsabilité sociale pour l'environnement numérique

On peut analyser l'apport des licences ouvertes de différentes manières. Au premier abord, on pourrait considérer que les licences ouvertes ne font essentiellement que codifier les usages relatifs à l'utilisation des œuvres : l'*ethos* du développement logiciel open source, la tolérance assez répandue vis-à-vis des usages non-commerciaux, etc. Toutefois, l'analyse du discours des acteurs et du dispositif mis en place permet de voir que l'apport des licences ouvertes ne se limite pas à cet effet de codification des usages. En effet, l'approche des licences ouvertes semble également ambitionner de favoriser les possibilités de réutilisation et de dissémination des œuvres, en facilitant l'échange d'information entre créateurs et utilisateurs quant aux libertés d'usages accordées sur l'œuvre, ou en encourageant les créateurs à rendre leur œuvre disponible sous licence ouverte. Autrement dit, les partisans des licences ouvertes ne semblent pas se contenter d'entériner l'existant, mais paraissent également guidés par une préoccupation en faveur de l'ouverture, en vertu d'une certaine responsabilité sociale pour l'environnement numérique.

4.1 La notion de responsabilité sociale

La notion de responsabilité sociale des entreprises (RSE) est difficile à cerner, dans la mesure où sa définition et ses applications font l'objet de désaccords persistants au sein d'une littérature abondante [32].

30. Cf. http://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/
31. Cf. http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/
32. Cf. C. Ruwet, *Des filetages à la RSE : normalisation et démocratie : sociologie du processus d'élaboration d'ISO 26000*, fre, 2009, p.17 ; J.-P. Gond & J. Igalens, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris : 2012, p. 21 et p. 35.

Certains ont ainsi dénombré jusqu'à vingt définitions concurrentes de la responsabilité sociale des entreprises [33]).

Nous nous contenterons ici d'une définition heuristique du concept de responsabilité sociale, en nous référant à définition fréquemment citée, celle exposée par la Commission européenne dans son livre vert pour la promotion d'un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises [34].

Selon la définition de la Commission européenne, la responsabilité sociale des entreprises consiste en « l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes. Les entreprises ont un comportement socialement responsable lorsqu'elles vont au-delà des exigences légales minimales et des obligations imposées par les conventions collectives pour répondre à des besoins sociétaux » [35].

Nous reprendrons cette définition de la responsabilité sociale de la Commission, en l'adaptant légèrement et en étendant sa portée non seulement à l'action des entreprises, mais à celle des acteurs économiques en général.

Derrière la notion de « préoccupations sociales et environnementales », il semble que l'on puisse trouver l'idée plus générale de poursuite d'objectifs d'intérêt général, par opposition à des objectifs d'intérêt purement privé.

Toutefois, si la responsabilité sociale consiste en la poursuite d'objectifs d'intérêt général, la responsabilité sociale ne requiert pas des entreprises qu'elles réalisent des activités à perte. Le document de la Commission prend en effet bien soin de préciser qu'il n'y a pas ici de relation mutuellement exclusive : « Bien que leur responsabilité première soit de générer des profits, les entreprises peuvent *en même temps* contribuer à des objectifs sociaux et à la protection de l'environnement » [36]. Toutefois, pour que le concept de responsabilité sociale ne soit pas purement trivial, il faut considérer qu'il impose d'aller au-delà de ce qui découle simplement de la poursuite de l'intérêt privé.

Les principaux éléments de notre définition de la responsabilité sociale sont donc qu'il s'agit d'une démarche volontaire, mise en œuvre par les acteurs privés, poursuivant des objectifs d'intérêt général allant

33. A. Carroll, "Corporate Social Responsibility : Evolution of a Definitional Construct", *Business & Society* (1999)

34. Commission Européenne, *Livre vert - Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, livre vert, COM(2001)336, 18 juillet 2001.

35. Commission Européenne, *Mise en œuvre du Partenariat pour la croissance et l'emploi : faire de l'europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises*, Communication, COM(2006) 136 final, 22 mars 2006, 2006, §1

36. *idem*, *Livre vert - Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, *op. cit.*, §11 (c'est nous qui soulignons)

au-delà de ce qui découle simplement de la poursuite de leur intérêt privé, ou du respect de leurs obligations règlementaires et conventionnelles.

Une grande partie de la littérature sur la RSE se concentre sur la question de savoir si les entreprises ont vraiment des obligations d'intérêt général (voire, pour certains, des obligations de justice [37]), ou si « la seule responsabilité sociale des entreprises est de faire du profit », comme l'a asséné Milton Friedman dans un essai provocant [38].

Pour notre part, nous ne poserons pas la question en ces termes. Qu'il y ait ou non des obligations s'imposant aux acteurs privés de participer à la réalisation de la justice, force est de constater que de nombreux acteurs se considèrent comme investis d'une forme de responsabilité sociale pour l'environnement numérique, qui les pousse à entamer une initiative privée visant à faire avancer ces préoccupations. En effet, comme nous allons le voir, le phénomène des licences ouvertes peut s'interpréter comme un cas d'exercice d'une responsabilité sociale pour l'environnement numérique par une construction juridique particulièrement originale.

Dès lors, étant donné les comportements socialement responsables que l'on observe déjà de la part de certains acteurs privés, la question qui nous intéresse n'est pas de savoir si la justice requiert des acteurs privés qu'ils contribuent à la réalisation de l'objectif d'ouverture, mais plutôt de savoir s'il s'agit de la façon la plus efficace de réaliser cet objectif. Peut-on se reposer uniquement sur l'action des acteurs privés pour faire avancer l'objectif d'ouverture de l'environnement numérique, ou faut-il privilégier *in fine* l'action du législateur ?

Concevoir l'adoption de licences ouvertes comme un enjeu de responsabilité sociale permet de réfléchir aux forces et faiblesses respectives de l'action des autorités publiques et des acteurs privés dans la réalisation de la justice.

4.2 Une responsabilité sociale pour l'environnement numérique

Si les acteurs eux-mêmes ne décrivent que rarement leur démarche en ces termes, certains observateurs ont mis en évidence les liens existants entre l'approche des licences ouvertes et la responsabilité sociale [39].

37. Cf. P.-Y. Néron, "Toward A Political Theory of the Business Firm ? A Comment on "Political CSR"", *Bus Ethics J Rev* 3.1 (2013)

38. M. Friedman, "The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits", *The New York Times Magazine* (1970)

39. A. E. L. Brown, "Socially responsible intellectual property : a solution ?", *SCRIPTed* 2.4 (2005) ; M. N. Almunawar & P. K. C. Low, "Open Source Solutions and CSR", in : *Encyclopedia of Corporate Social Responsibility*, 2013 ; J. G.

On peut considérer l'objectif d'ouverture de l'environnement numérique comme une préoccupation analogue aux « préoccupations sociales et environnementales » poursuivies dans le cadre de la responsabilité sociale des entreprises. Pour un certain nombre d'acteurs, dont des entreprises commerciales, des associations, des agences étatiques ou des individus engagés dans le mouvement des logiciels libres et open source, ou dans la culture libre, les licences ouvertes représentent un moyen d'intégrer dans leurs activités une préoccupation pour l'ouverture conçue comme relevant de leur responsabilité sociale pour l'environnement numérique.

L'adhésion à l'objectif d'ouverture de l'environnement numérique ressort clairement du discours des organisations curatrices des licences :

Ainsi, on peut lire sur le site de l'organisation Creative Commons :

> « Our mission - Creative Commons develops, supports, and stewards legal and technical infrastructure that maximizes digital creativity, sharing, and innovation. » [40]

Ou encore :

> « Our vision is nothing less than realizing the full potential of the Internet — universal access to research and education, full participation in culture — to drive a new era of development, growth, and productivity. » [41]

La Free Software Foundation développe une vision similaire mais avec un accent plus libertaire, dans un essai intitulé « Why Software Should Not Have Owners » :

> « What does society need ? It needs information that is truly available to its citizens—for example, programs that people can read, fix, adapt, and improve, not just operate. (...)

García & M. I. A. de Magdaleno, "Comunicación de la responsabilidad social en el sector del software libre", *Universia Business Review* 41 (mar. 2014). De même, d'autres ont également pointé le rôle des licences ouvertes en matière de brevets dans une stratégie de responsabilité sociale dans le domaine de la coopération au développement A. J. Stevens & A. E. Effort, "Using academic license agreements to promote global social responsibility", *Nouvelles-Journal of the Licensing Executives Society* 43.2 (2008) ; University of California Berkeley, *Socially Responsible Licensing & IP Management | IPIRA-Intellectual Property and Industry Research Alliances (Technology Transfer)*, url : http://ipira.berkeley.edu/socially-responsible-licensing-ip-management ; P. Beyer, "Developing socially responsible intellectual property licensing policies : non-exclusive licensing initiatives in the pharmaceutical sector", in : *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, sous la dir. de J. de Werra, Cheltenham : Edward Elgar, 2013.

40. Creative Commons, *About*, url : http://creativecommons.org/about

41. *ibid.*

> Society also needs freedom. When a program has an owner, the users lose freedom to control part of their own lives. » [42]

Selon les approches, les exigences découlant de la responsabilité sociale pour l'ouverture de l'environnement numérique sont interprétées de différentes manières (cf *infra*, 1) : l'exigence de reconnaitre aux utilisateurs le plus haut niveau de libertés d'usage (licences permissives), de préserver des œuvres en libre usage contre l'appropriation privative (licences réciproques), ou de ne pas réserver davantage de droits sur l'œuvre que ce qui est nécessaire à l'incitation à la création (licences asymétriques).

4.3 Mécanismes d'exercice de la responsabilité sociale

Le rôle joué par les licences ouvertes dans la responsabilité sociale pour l'environnement numérique se fonde dans deux mécanismes assez classiques dans le domaine de la responsabilité sociale des entreprises. Le premier mécanisme est celui des normes et standards, le second est celui des processus de labellisation.

4.3.1 Normes ou standards pour l'exercice socialement responsable des droits d'auteur

Les licences ouvertes fonctionnent d'une manière analogue aux normes et standards internationaux. Bien que ces deux notions soient souvent considérées comme synonymes, il convient de les distinguer : les normes sont issues d'une coordination institutionnalisée et formalisées dans un document écrit, alors que les standards sont issus de médiums de coordination informels comme le marché [43].

Les agences de normalisation proposent de plus en plus de normes visant l'intégration dans l'activité des entreprises de « préoccupations sociales et environnementales ». C'est le cas par exemple de la norme SA8000 énonçant des lignes directrices sur le respect des droits des travailleurs, de la norme 1LO-OSli 2001 portant sur la santé et la sécurité au travail, ou de la norme ISO 14000 sur la gestion de l'environnement [44]. De même, on peut considérer que les licences ouvertes

42. R. Stallman, *Why Software Should Not Have Owners*, URL : http://www.gnu.org/philosophy/why-free.en.html

43. C. Ruwet, *Des filetages à la RSE : normalisation et démocratie : sociologie du processus d'élaboration d'ISO 26000*, *op. cit.*, p. 33 ; cette distinction recouvre la distinction en anglais entre de jure standards et de facto standards. Cf. *ibid.*, p. 37, note 26.

44. Pour une présentation de ces différentes normes, voyez G. Lewkowicz & L. Hennebel, "Corégulation et responsabilité sociale des entreprises", in : *Responsabilités des entreprises et corégulation*, January, 2007, chap. 4, p. 193 et suiv.

énoncent des lignes directrices sur les libertés d'usage à accorder aux utilisateurs. Comme les normes et standards, les licences ouvertes sont des règlementations élaborées par des acteurs privés. Dans les deux cas, ces règlementations ne sont nullement obligatoires, mais leur popularité produit des effets de réseau : même si un créateur est toujours libre de créer une licence personnalisée, le souci de maximiser la compatibilité avec d'autres licences ou la compréhension par les utilisateurs incite à l'adoption de licences populaires.

À première vue, les licences ouvertes s'assimilent davantage à des standards, étant donné qu'elles émergent d'une coordination informelle et décentralisée. En effet, il n'existe pas à proprement parler d'organisme de normalisation des licences de droit d'auteur, et les licences ouvertes ne sont pas le fruit d'une procédure incluant les différents acteurs affectés, mais sont généralement rédigées par un acteur et proposées telles quelles aux donneurs de licence pour leurs œuvres.

Toutefois, on peut également noter certains points communs entre les licences ouvertes et les normes. Premièrement, la révision des licences ouvertes les plus populaires suit parfois une procédure « inclusive », comparable aux processus de normalisation. Par exemple, chaque nouvelle version des licences Creative Commons est passée au crible d'un processus de discussion et de commentaires publics, où plusieurs propositions et amendements sont débattus [45]. De même, la dernière révision de la licence GPL a également fait l'objet d'un large processus participatif [46].

Deuxièmement, comme les normes, les licences ouvertes sont souvent soutenues par des organisations (voire, dans le cas des licences ouvertes, par des communautés de pratique) qui promeuvent leur adoption, en mettant en avant les diverses qualités (techniques, éthiques, etc.) de ces licences [47]. Ainsi, la Free Software Foundation soutient activement la généralisation de sa licence GPL, promue comme la licence la plus en accord avec l'idéal de la maximisation des libertés d'usage de l'information.

Des organisations comme la Free Software Foundation ou l'organisation Creative Commons élaborent en quelque sorte des normes sur l'exploitation « socialement responsable » des œuvres intellectuelles. Ces organisations contribuent ensuite à la promotion de ces normes auprès

45. Creative Commons, *4.0 - CC Wiki*, 2013, url : http://wiki.creativecommons.org/4.0

46. Cf. C. M. Dileo, "Bazaar Transnational Drafting : An Analysis of the GNU Public License Version 3 Revision Process", *San Diego International Law Journal* 10 (2008)

47. M.-L. Djelic & S. Quack, "The Role of Transnational Communities", in : *Capitalisms and Capitalism in the Twenty-First Century*, sous la dir. de G. Morgan & R. Whitley, Oxford : Oxford University Press, 2012

des créateurs d'œuvres intellectuelles, au motif de leur contribution à l'ouverture de l'environnement numérique. Chacune de ces normes a la prétention d'incarner au mieux l'objectif d'ouverture, ou de présenter le meilleur compromis entre la garantie des libertés d'usage et d'autres objectifs pertinents.

Entre normes et standards, les licences ouvertes constituent en tout cas des instruments originaux pour communiquer des lignes directrices aux créateurs quant à l'exercice socialement responsable de leurs droits d'auteur.

4.3.2 Labels pour une consommation socialement responsable d'œuvres intellectuelles

Les licences ouvertes peuvent également être analysées comme participant à un double processus de labellisation : d'une part une labellisation des œuvres diffusées selon des termes « socialement responsables », et d'autre part une labellisation des licences elles-mêmes afin de promouvoir celles qui sont les plus respectueuses de l'objectif d'ouverture.

Dans le domaine de la responsabilité sociale des entreprises, « [l]e besoin d'assurance et de garantie concernant la qualité sociale ou environnementale d'un produit (...) a donné naissance à une floraison de dispositif de certification et de labellisation » [48]. Ces dispositifs de labellisation (ou certification [49]) sont particulièrement importants dans le contexte des comportements de consommation socialement responsable, par lesquels le consommateur soucieux « de contribuer au travers de son pouvoir d'achat à l'évolution positive du bien-être collectif » intègre « dans ses attitudes, ses préférences, son système de valeurs et, donc, ses critères d'achat, les dimensions éthique et sociale » [50]. Les dispositifs de labellisation permettent aux entreprises de construire un avantage comparatif par la crédibilisation et la visibilisation de leur comportement éthique. [51]

Dans le même sens, afin d'attirer les consommateurs qui intègrent dans leurs choix de consommation une préoccupation pour l'ouverture de l'environnement numérique, certains créateurs cherchent à signaler clairement que les conditions choisies pour la diffusion de leur œuvre prennent en compte cette préoccupation. À cette fin, les principales licences ouvertes, grâce au soutien d'une communauté d'utilisateurs ou

48. M. Capron & F. Quairel-Lanoizelée, *La responsabilité sociale d'entreprise*, Paris : La Découverte, 2007, p. 97.

49. Nous considèrerons les termes « labellisation » et « certification » comme synonymes.

50. S Bezaudin-Péric & P Robert-Demontrond, "Le concept de referentiels societaux : Principes et enjeux de leur integration en tant que critere d'achat par la Grande Distribution", *Revue Française du Marketing* 212 (2007), p. 9.

51. *ibid.*

d'une organisation « curatrice » de ces licences, peuvent fonctionner comme des labels de consommation socialement responsable. En effet, les principales licences (GPL, Creative Commons) ainsi que leurs organisations curatrices, sont généralement associées dans l'esprit du public au respect de l'objectif d'ouverture.

L'attribution d'un label ne résulte pas d'un audit ou d'un contrôle a priori par un organisme externe, comme dans le domaine de la responsabilité sociale des entreprises, mais de l'adoption par le créateur d'une licence ayant reçu le soutien d'une organisation disposant de la confiance du public pour promouvoir l'objectif d'ouverture. La seule qualité requise pour l'attribution du label est l'adoption par le créateur de la licence en question. Toutefois, l'usage du label peut faire l'objet d'un contrôle *a posterori* par le curateur de la licence.

Ce contrôle a posteriori se fonde dans un mécanisme particulier : la protection du texte des licences par les droits intellectuels. Bien que les licences ouvertes visent à reconnaitre de larges libertés d'usage sur l'information, le texte même de ces licences est par contre protégé contre toute altération au moyen du droit d'auteur ou du droit des marques. Ainsi, la Free Software Foundation se fonde dans le droit d'auteur pour protéger le texte de la licence GPL, qui présente la mention suivante :

> « Copyright © 2007 Free Software Foundation, Inc. <http ://fsf.org/>
> Everyone is permitted to copy and distribute verbatim copies of this license document, but changing it is not allowed. » [52]

De même, l'organisation Creative Commons utilise le droit des marques pour limiter l'usage du nom ou du logo « Creative Commons » aux reproductions fidèles des clauses de la licence, toute altération pouvant être sanctionnée comme une atteinte à la marque protégée [53]. Les précautions prises pour protéger le texte ou la marque de ces licences montrent l'importance de leur fonction de labellisation.

À côté de cet effet de labellisation visant les *œuvres* sous licence ouverte, on peut également remarquer un effet de labellisation visant les *licences* elles-mêmes. Certaines licences respectant certaines qualités déterminées reçoivent le soutien public d'organisations influentes dans la promotion de l'objectif d'ouverture. Ainsi, certaines organisations comme l'Open Source Initiative, ont mis en place une procédure

52. GPL v3.

53. Cf. le texte accompagnant la licence CC BY 4.0 : « Creative Commons does not authorize the use of the trademark "Creative Commons" or any other trademark or logo of Creative Commons without its prior written consent including, without limitation, in connection with any unauthorized modifications to any of its public licenses » http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode. Cf. également http://creativecommons.org/policies

de labellisation formalisée, en soumettant les licences ouvertes au respect des critères prévus par l'Open Source Definition. Cette procédure de labellisation par l'OSI est tellement influente que même la GPL v3 lui a été soumise pour certification, en dépit de la rivalité entre l'organisation curatrice de la GPL (la FSF) et l'OSI. Dans le même sens, le label « approved for free cultural works » est attribué par l'organisation Creative Commons à celles de ses licences qui respectent l'influente définition des « œuvres culturelles libres » inspirée des logiciels libres, publiée sur le site http://freedomdefined.org/Definition [54].

Notons également que, tout comme dans la littérature classique sur la responsabilité sociale des entreprises, on observe que les préoccupations pour l'ouverture et les licences ouvertes sont parfois utilisées à des fins opportunistes (une forme de « greenwashing »). Ainsi, la norme Office Open XML, approuvée par l'organisme de normalisation ISO au terme d'un intense lobbying de la part de Microsoft, a été qualifiée d'« outil marketing » [55] visant essentiellement à conserver la dominance de celle-ci sur les formats de fichiers bureautiques suite à l'approbation par l'ISO de la norme concurrente Open Document, avec laquelle elle fait double emploi [56]. De même, bien que Google ait décidé de diffuser son système d'exploitation pour appareils mobiles Android sous licence ouverte [57], la sincérité de cette adhésion affichée à l'objectif d'ouverture [58] est mise en doute par certains, qui observent une tendance de la part de Google à vider le système d'exploitation Android de son contenu, pour transférer la plupart des fonctionnalités vers les applications sous licence privative « Google apps » [59].

4.4 Plaider pour une réforme législative ou suppléer à l'action du législateur ?

On peut interpréter la voie des licences ouvertes comme servant deux stratégies distinctes.

54. Cf. https://creativecommons.org/freeworks

55. T. Espiner, *Critics brand OOXML a Microsoft 'marketing tool' | ZDNet*, URL : http://www.zdnet.com/critics-brand-ooxml-a-microsoft-marketing-tool-3039388227/.

56. Cf. C. Ruwet, *Des filetages à la RSE : normalisation et démocratie : sociologie du processus d'élaboration d'ISO 26000*, *op. cit.*, p. 37-38.

57. La plupart des composants d'Android sont diffusés sous une licence permissive, l'Apache License (à l'exception du noyau linux, diffusé sous licence GPL v2).

58. Cf. Open Handset Alliance, *Licenses*, URL : http://source.android.com/source/licenses.html : « Android is about freedom and choice. The purpose of Android is promote openness in the mobile world ».

59. R. Amadeo, *Google's iron grip on Android : Controlling open source by any means necessary | Ars Technica*, URL : http://arstechnica.com/gadgets/2013/10/googles-iron-grip-on-android-controlling-open-source-by-any-means-necessary/

La première stratégie, la plus classique, conçoit la promotion des licences ouvertes comme une simple étape sur le chemin d'un changement législatif. Il s'agit dans un premier temps de créer un mouvement qui contribue à sensibiliser la population afin dans un second temps, d'appeler à une réforme du droit d'auteur : « Once this movement has its effect in the streets, it has some hope of having an effect in Washington » [60]. Dans cette première stratégie, la promotion des licences ouvertes n'est pas conçue comme contribuant en soi à réaliser l'objectif d'ouverture, mais comme un moyen indirect pour appeler à réformer la loi. En ce sens, cette stratégie s'assimile à une simple campagne de sensibilisation en vue de faire avancer un objectif politique par une réforme législative.

Une seconde stratégie, plus novatrice, conçoit les licences ouvertes non comme un simple moyen pour plaider en faveur d'un changement législatif, mais (au moins partiellement) comme un substitut à ce changement législatif. Face à la lenteur ou à l'inaction du législateur, les licences ouvertes représentent un outil flexible et rapide pour promouvoir l'ouverture. Les licences ouvertes servent alors à constituer un fonds commun (ou *commons* [61]) d'œuvres pour lesquelles la liberté de dissémination, de réutilisation et d'usage privé est les plus étendue possible. Rosen parle de cette augmentation du fonds commun sous licence ouverte comme de « l'objectif politique » de la GPL :

> « Traditional software licenses serve business needs. Their objective is usually to maximize profit from licensing of the software. The GPL has an entirely different policy objective. It seeks to maximize the amount of free software available in the public commons. » [62]

Dans cette optique, on peut interpréter la voie des licences ouvertes comme l'instrument d'une stratégie visant à suppléer à l'action du législateur, dans la mesure où les acteurs mettent en œuvre une initiative privée visant à augmenter immédiatement le niveau de liberté d'usage de

60. L. Lessig, *Free culture*, *op. cit.*, p. 275

61. Nous utiliserons l'expression « fonds commun » ou « commun » pour traduire en français le concept de « commons », en lieu et place de l'expression « bien commun » souvent utilisée dans la littérature francophone mais source de confusion. Pour une tentative de définition de cette notion, voyez Y. Benkler, *The wealth of networks : How social production transforms markets and freedom*, *op. cit.*, p. 61 : « The salient characteristic of commons, as opposed to property, is that no single person has exclusive control over the use and disposition of any particular resource in the commons. Instead, resources governed by commons may be used or disposed of by anyone among some (more or less well-defined) number of persons, under rules that may range from "anything goes" to quite crisply articulated formal rules that are effectively enforced. »

62. L. Rosen, *Open Source Licensing Software Freedom and Intellectual Property Law*, *op. cit.*, p. 107

l'information dans l'environnement numérique, sans attendre un changement législatif. Pour ce faire, les promoteurs des licences ouvertes élaborent dans un premier temps des contrats de licence standardisés par lesquels les créateurs peuvent accorder différentes libertés d'usage sur leur œuvre, et dans un second temps, encouragent les créateurs à adopter ces licences en vue de constituer un fonds commun le plus grand possible d'œuvres en libre usage. Cela peut passer par une sensibilisation à l'objectif d'ouverture et par une incitation économique à la contribution au fonds des œuvres ouvertes. Les règles contractuelles jouent un rôle primordial dans la réalisation de cet objectif, en ce qu'elles permettent de mettre en place certaines règles d'utilisation du fonds commun sous licence ouverte, afin d'encourager à la contribution et de décourager les comportements indésirables.

Laquelle de ces deux stratégies est la plus représentative des motivations des partisans des licences ouvertes ? La position des partisans des licences ouvertes n'est pas toujours très claire.

Lessig, cofondateur de l'organisation Creative Commons, explique comment son opposition à l'extension législative du droit d'auteur lui a inspiré l'idée d'utiliser le droit privé pour créer une « couche de droit d'auteur raisonnable » par-dessus le régime juridique « par défaut » :

> « The idea here is that we need to build a layer of reasonable copyright law, by showing the world a layer of reasonable copyright law resting on top of the extremes. Take this world that is increasingly a world by default regulating all and change it into a world where once again we can see the mix between all, none, and some, using the technology of the Creative Commons » [63]

Lessig semble hésiter entre les deux stratégies : d'une part, il semble que le projet soit guidé par une intention démonstratrice (« showing the world ») ; mais d'autre part il est question de « changer le monde » en faisant évoluer la situation découlant du régime juridique « par défaut » où tous les droits sur l'œuvre sont réservés par l'auteur, vers une situation laissant davantage de place pour les libertés d'usage de l'information [64].

Récemment, l'organisation Creative Commons a voulu clarifier sa position à ce sujet, en affirmant explicitement son soutien au principe d'une réforme législative du droit d'auteur :

> « [I]t has been suggested that the very success of CC licenses means that copyright reform is unnecessary—that

63. L. Lessig, "The Creative Commons", *Mont. L. Rev.* 1 (2004), p. 11
64. N. Elkin-Koren, "Creative Commons : A Skeptical View of a Worthy Pursuit", *op. cit.*, p. 7

> the licenses solve any problems for users that might otherwise exist. This is certainly not the case. CC licenses are a patch, not a fix, for the problems of the copyright system (...)
>
> CC licenses are not a substitute for users' rights, and CC supports ongoing efforts to reform copyright law to strengthen users' rights and expand the public domain. » [65]

Si cette clarification de l'objectif explicite représente un effort louable, cela n'empêche pas, en pratique, que subsistent certaines ambigüités quant à la démarche mise en œuvre. En effet, la difficulté est que ces deux stratégies peuvent potentiellement entrer en conflit, dans la mesure où l'approche des licences ouvertes pourrait avoir des effets tels qu'elle contribuerait à accréditer l'idée qu'un changement législatif n'est pas nécessaire. Inversement, comme les licences ouvertes tirent en partie leur efficacité juridique du régime du droit d'auteur (cf. *infra* chapitre II), un changement législatif qui viserait à réduire l'extension du droit d'auteur pourrait avoir pour effet de défaire les réalisations pratiques de la voie des licences ouvertes.

4.5 Concurrence entre régimes normatifs

Quelle que soit la stratégie choisie, la voie des licences ouvertes vise à maximiser son impact en augmentant le plus possible le niveau des libertés d'usage de l'information. Toutefois, il n'est évidemment pas possible par ce biais de bénéficier d'une portée aussi générale qu'une réforme législative. Étant donné que la voie des licences ouvertes se fonde sur des initiatives volontaires, sa portée est forcément limitée au fonds commun des œuvres en libre usage, qui coexiste avec le fonds des œuvres sous régime privatif (le régime par lequel les droits d'usage des œuvres sont réservés par l'auteur).

Dès lors, on observe en quelque sorte une concurrence entre régimes normatifs, qui oppose d'un côté le régime contractuel des licences ouvertes et de l'autre le régime « par défaut » du droit d'auteur. En effet, pour avoir un réel effet sur l'étendue des libertés d'usage dont jouissent les individus dans l'environnement numérique, il faut faire en sorte que le fonds commun des œuvres sous licence ouverte soit le plus riche et le plus étendu possible, de manière à constituer une alternative viable au régime « par défaut » du droit d'auteur. Si les œuvres sous licence ouverte ne représentent qu'une frange marginale de la création intellectuelle, l'exercice de la responsabilité sociale en faveur de l'ouverture n'aurait qu'un impact minimum sur l'étendue des libertés d'usage. Pour

65. Creative Commons, *Supporting Copyright Reform*, 2013, url : http://creativecommons.org/weblog/entry/39639

que les individus disposent d'une réelle liberté de dissémination, de réutilisation et d'usage privé de l'information, il faut qu'ils soient en mesure de puiser dans un fonds commun d'œuvres en usage libre qui soit alimenté par une diversité d'œuvres de qualité comparable à celles disponibles dans le stock d'œuvres sous droit exclusif.

Ultimement, l'ouverture maximale serait réalisée si le modèle ouvert parvenait à rendre totalement obsolète le modèle privatif, et que le régime des œuvres sous licence libre finissait par régir l'ensemble de la création intellectuelle. Une ambition plus modeste, mais sans doute plus réaliste pour la voie des licences ouvertes, serait de constituer un régime normatif au moins aussi attractif que le régime « par défaut » du droit d'auteur [66].

Conclusion du chapitre I

Dans ce chapitre, nous avons introduit l'objet d'étude de la troisième partie de la thèse, les licences ouvertes. Nous avons proposé de les classifier en trois grandes familles de licences : permissives, réciproques et asymétriques.

Nous nous sommes ensuite intéressés au rôle des licences ouvertes comme outil de responsabilité sociale pour l'ouverture de l'environnement numérique. Nous avons vu qu'on pouvait les rapprocher de deux mécanismes classiques souvent étudiés dans la littérature sur la responsabilité sociale : les normes et standards d'une part, et les labels de consommation d'autre part.

Le succès des licences ouvertes génère une forme de concurrence entre deux régimes normatifs, l'un législatif et l'autre contractuel. Plutôt que de les cantonner à un simple rôle d'outils contractuels à l'usage des ayants droit, on peut concevoir les licences ouvertes comme participant à une stratégie aspirant à accroitre la part des œuvres diffusées sous licence ouverte, afin d'augmenter le niveau de liberté d'usage de l'information. Nous envisagerons dans la suite de cette thèse certains des dilemmes auxquels ces différentes stratégies donnent lieu.

En pratique, la stratégie poursuivie par les partisans des licences ouvertes semble hésiter entre une stratégie de sensibilisation en faveur d'une réforme législative, et une stratégie visant purement et simplement à suppléer à l'(in)action du législateur. Cette ambigüité peut être

66. Cf. Benkler, qui appelle à soutenir la transition d'un environnement « informationnel » dominé par un secteur marchand, fonctionnant sur une logique privative, vers un environnement « in which nonproprietary, nonmarket transactional frameworks play a large role alongside market production. » Y. Benkler, *The wealth of networks : How social production transforms markets and freedom*, *op. cit.*, p. 18.

source de contradiction, dans la mesure où la stratégie visant à suppléer la législation pourrait réduire la pression en faveur d'un changement législatif, et symétriquement, la stratégie du changement législatif pourrait elle-même amener à défaire certaines réalisations des licences ouvertes. Une question importante qu'il nous faudra éclaircir est celle de la relation entre ces deux voies pour promouvoir l'ouverture : sont-elles fondamentalement en tension, dans le sens ou un avancement dans l'une ou l'autre voie rendrait l'autre redondante, ou plus difficile à mettre en œuvre ? Ou bien sont-elles plutôt complémentaires, chacune des deux voies renforçant l'autre ?

Dans tous les cas, pour que les prétentions de la voie des licences ouvertes à promouvoir l'ouverture puissent se réaliser, il faut encore qu'elle puisse reposer sur des mécanismes juridiques efficaces. Nous commencerons donc par étudier l'efficacité juridique des licences ouvertes (*infra*, chapitre II). Nous procèderons ensuite à l'évaluation de cette voie des licences ouvertes pour promouvoir l'ouverture (*infra*, chapitre III).

Chapitre II

Efficacité juridique des licences ouvertes

Avant de pouvoir évaluer la voie des licences ouvertes, il nous faut tout d'abord examiner un certain nombre de questions de droit positif, portant notamment sur leur nature juridique, leur applicabilité, et sur l'interprétation à donner aux clauses spécifiques aux différentes familles de licence.

Pour illustrer ces questions, nous ferons référence à quelques licences, parmi les plus populaires : la General Public License (GPL), la licence MIT, la licence BSD, la Mozilla Public License, la Licence Art Libre, et la famille de licences Creative Commons. Pour cette dernière famille de licences, qui sont transposées et traduites dans un certain nombre d'ordres juridiques, il nous parait préférable, à des fins d'uniformité, de privilégier l'étude de la version anglophone non transposée de ces licences, la plus courante.

Section 1 Nature juridique des licences ouvertes

Le pouvoir de l'auteur de soumettre l'usage de son œuvre au respect de certaines conditions est généralement admis sur base d'un raisonnement a fortiori (qui peut refuser l'autorisation peut également l'accorder sous conditions) [1]. Toutefois, la nature juridique précise de ce genre de

1. H. J. Meeker, "Open Source and the Age of Enforcement", *Hastings Science & Technology Law Journal* 27.2008 (2012). Voyez également les références citées

conditions fait l'objet d'une controverse, opposant ceux qui considèrent les licences ouvertes comme des contrats à ceux qui considèrent qu'il s'agit plutôt d'une autorisation unilatérale, une « simple licence ».

Si cette controverse est particulièrement vive dans les systèmes de common law (1.1), elle est en revanche pratiquement inexistante dans les systèmes de tradition civiliste, où la qualification contractuelle fait généralement consensus (1.2).

1.1 En common law : controverse sur la qualification de simple licence ou de contrat

1.1.1 Description du problème

Certains commentateurs influents parmi les promoteurs des licences ouvertes soutiennent la théorie selon laquelle les licences ouvertes seraient de « simples licences », et non des contrats [2]. Le texte des licences elles-mêmes est souvent ambigu sur cette question [3].

Les systèmes de Common Law font une distinction entre simple licence (« bare license ») et licence contractuelle (« licensing agreement »). Dans ces systèmes juridiques, une simple licence est une autorisation de faire quelque chose, un acte juridique par lequel un donneur

par A. Cruquenaire & J.-F. Henrotte, "Le mécanisme de la licence "libre" et le droit d'auteur", *J.L.M.B.* 16 (2011), note 3.

2. Ainsi Eben Moglen, l'avocat de la Free Software Foundation, insiste sur le fait que la GPL est une licence, pas un contrat : « The GPL, however, is a true copyright license : a unilateral permission, in which no obligations are reciprocally required by the licensor. (...) [Y]our permission extends only to distribution under the terms of this license. If you violate the terms of this license, all permission is withdrawn. » E. Moglen, *Free Software Matters : Enforcing the GPL, I*, 2001, url : http://emoglen.law.columbia.edu/publications/lu-12.pdf. Cf. également P. Jones, *The GPL is a License, Not a Contract, Which is Why the Sky Isn't Falling*, 2003, url : http://www.groklaw.net/article.php?story=20031214210634851.

3. Plutôt que de trancher de manière univoque, le texte de certaines licences ouvertes semble adopter une voie prudente, ouvrant la porte aux deux interprétations. Ainsi, le texte de la licence est formulé de manière telle que sa force juridique ne dépend pas du consentement du licencié : « (...) nothing other than this License grants you permission to propagate or modify any covered work. » (GPL v. 3, art. 9), et « The work is protected by copyright and/or other applicable law. any use of the work other than as authorized under this license or copyright law is prohibitive. » (CC BY 3.0, mention supprimée dans la version 4.0). Mais aussitôt après ces indications, les licences envisagent également l'hypothèse contractuelle : « These actions [propagating or modifying a covered work] infringe copyright if you do not accept this License. Therefore, by modifying or propagating a covered work, you indicate your acceptance of this License to do so. » (GPL v. 3, art. 9), et « To the extent this Public License may be interpreted as a contract, You are granted the Licensed Rights in consideration of Your acceptance of these terms and conditions, and the Licensor grants You such rights in consideration of benefits the Licensor receives from making the Licensed Material available under these terms and conditions » (CC BY 4.0)

de licence autorise un licencié à faire quelque chose qu'il n'aurait pas été autorisé à faire en vertu de la loi [4]. Lorsqu'elle réunit un certain nombre de qualités (*offer*, *acceptance*, et *consideration*) [5], une licence peut être de nature contractuelle. Lorsqu'elle ne remplit pas ces conditions, il s'agit alors d'une autorisation unilatérale, une simple « licence » [6].

Contrairement à un contrat, une simple licence ne nécessite pas le consentement du licencié : il indique simplement les conditions dans lesquelles l'usage de l'œuvre n'est pas une atteinte au droit d'auteur. Si ces conditions ne sont pas respectées, la licence cesse d'exister, et le contrevenant commet alors une violation du droit d'auteur [7].

Cette question de la qualification des licences libres peut avoir d'importantes conséquences, notamment en ce qui concerne les possibilités d'y mettre fin, les actions disponibles en cas de violation, ainsi que leur force juridique.

Premièrement, alors que la résolution d'un contrat est encadrée par la loi, de simples licences de *common law* sont en principe révocables à tout moment [8]. Dès lors, le bénéficiaire d'une simple licence se retrouve dans une situation beaucoup plus précaire que le bénéficiaire d'une licence contractuelle [9], ce dernier pouvant opposer à un donneur de licence versatile ses obligations découlant du contrat.

Deuxièmement, les violations de simples licences ne pourront être poursuivies que sur base du droit d'auteur, qui présente généralement un régime plus sévère en cas de violation que le régime de la responsabilité contractuelle [10], même si ce dernier ouvre la possibilité non

4. « Formal authority to do something that would otherwise be unlawful », cf. *Oxford Dictionary of Law*, Oxford : Oxford University Press, 2003, v° « license ».

5. A. Guadamuz González, "The license/contract dichotomy in open licenses : a comparative analysis", *University of La Verne Law Review* 30.2 (2009)

6. Notons que le régime ne s'assimile pas à celui des actes unilatéraux dans les traditions civilistes. Sur les simples licences, voyez Cf. C. Massey, *Property : keyed to Dukeminier Krier Alexander Schill*, 6e éd., New York : Aspen Publishers, 2006, p. 225.

7. L. Rosen, *Open Source Licensing Software Freedom and Intellectual Property Law*, *op. cit.*, p. 54

8. Cf. C. Massey, *Property : keyed to Dukeminier Krier Alexander Schill*, *op. cit.*, p. 225 ; L. Rosen, *Open Source Licensing Software Freedom and Intellectual Property Law*, *op. cit.*, p. 56.

9. On peut nuancer ce contraste dans la mesure où la procédure prévue au §203 trouverait à s'appliquer aux licences ouvertes : le §203 permet à un auteur de mettre fin à un transfert ou licence, à certaines conditions et dans un délai de 5 ans après une certaine période (en principe 35 ans). Cf. 17 USC §203. Cf. sur cette hypothèse particulièreT. K. Armstrong, "Shrinking the commons : termination of copyright licenses and transfers for the benefit of the public", *Harvard Journal on Legislation* 47 (2010) ; L. P. Loren, "Building a reliable semicommons of creative works : enforcement of creative commons licences and limited abandonment of copyright", *George Mason Law Review* 1 (2012).

10. Ainsi, le copyright américain prévoit un régime de « statutory damages »

négligeable de demander l'exécution forcée en nature du contrat [11].

Troisièmement, sans l'existence d'un contrat, certaines conditions des licences ouvertes seraient dénuées de force juridique. En effet, les clauses qui ne sont pas directement liées à un acte d'utilisation de l'œuvre par le droit d'auteur, comme la clause de limitation de garantie, ne pourraient reposer sur l'opposabilité *erga omnes* du droit d'auteur pour lier l'utilisateur [12].

En résumé, on pourrait dire que le régime des simples licences est globalement plus favorable au donneur de licence, et le régime contractuel plus favorable aux licenciés.

L'interprétation des licences comme simples licences pourrait servir d'incitant à l'adoption des licences ouvertes en minimisant les risques juridiques pour le donneur de licence [13]. Celui-ci n'aurait pas à craindre de poursuites de la part des licenciés, qui ne disposeraient pratiquement d'aucune action pour s'opposer à la révocation de la licence [14].

On peut toutefois se demander si cette situation juridique du licencié n'entre pas en contradiction avec l'objectif des partisans des licences

dont les montants sont établis par la loi, indépendamment du préjudice subi. En droit belge, le régime la responsabilité objective pour violation du droit d'auteur est plus sévère que le droit commun de la responsabilité contractuelle, dans la mesure où il n'est nullement besoin de prouver la faute, la simple atteinte au droit d'auteur donnant lieu mécaniquement à un droit à la réparation. Cf. M. Lambrecht, "Première décision Creative Commons : contrats de licence et modèles économiques du libre accès", *Revue du Droit des Technologies de l'Information* 42 (2011), p. 11.

11. Ainsi, l'exécution forcée en nature du contrat permettrait-elle d'obliger un licencié d'intégrer la notice de droit d'auteur à la copie diffusée, ou le contraindre à diffuser le code source d'un logiciel sous licence réciproque En ce sens, voyez M. Henley, "Jacobsen v Katzer and Kamind Associates - an English legal perspective", *International Free and Open Source Software Law Review* 1.1 (2009). Toutefois, les systèmes de common law sont généralement plus réticents à accorder cette exécution forcée en nature, généralement considérée comme un moyen subsidiaire à l'octroi de dommage et intérêt. Cf. P. Gillies, *Business law*, Sydney : Federation Press, 2004, p. 356, n° 20.3.1.

12. S. Dusollier, "Sharing access to intellectual property through private ordering", *Chicago-Kent Law Review* 82 (2007), p. 1422 ; L. Rosen, *Open Source Licensing Software Freedom and Intellectual Property Law*, *op. cit.*, p. 55 ; *contra* M. Dulong de Rosnay, "Creative Commons Legal Pitfalls : Incompatibilities and Solutions", *Study of the Institute for Information Law of the University of Amsterdam* (2009).

13. En ce sens, voyez M. Henley, "Jacobsen v Katzer and Kamind Associates - an English legal perspective", *op. cit.* :« A bare licence will insulate FOSS developers from the claims that could potentially be brought by thousands of dissatisfied licensees and from the unpredictable consequences that can sometimes ensue when judges attempt to give effect to the intentions of two or more parties. »

14. Selon certains, il serait éventuellement possible pour le licencié de s'opposer à cette révocation en invoquant la doctrine de *common law* de l'*equitable estoppel* B. Fitzgerald & N. Suzor, "Legal Issues for the Use of Free and Open Source Software in Government", *Melbourne University Law Review* 29.2 (2005), p. 412, texte accompagnant la note 128.

ouvertes de constituer un commun d'œuvres en libre usage. En effet, un tel projet serait grandement fragilisé si les donneurs de licences pouvaient à tout moment retirer leurs œuvres du commun, et poursuivre quiconque continuerait à en faire usage [15]. Une telle possibilité générerait une forte incertitude sur l'effectivité de la licence diffusée avec une œuvre, qui pourrait avoir été révoquée par le donneur de licence. C'est la raison pour laquelle bon nombre d'auteurs de tradition de common law soutiennent la qualification des licences ouvertes comme contrats [16].

L'insistance de certains promoteurs des licences ouvertes à vouloir qualifier les licences ouvertes de simples licences et non de contrat peut s'expliquer par des raisons stratégiques. Dans le courant des années 1990, la question de l'applicabilité des licences ouvertes en tant que contrats présentait certaines incertitudes [17]. Certains juristes américains craignaient ainsi que les licences ouvertes ne remplissent pas les conditions requise par les systèmes de common law, notamment le consentement (*assent*), en raison de l'absence d'expression claire du consentement du licencié, ou la *consideration*, en raison de l'absence de contrepartie de la part du licencié [18]. De plus, afin de maximiser les chances d'acceptabilité juridique de ces licences, leurs promoteurs préféraient les faire reposer sur le régime de droit d'auteur, relativement harmonisé au niveau international, plutôt que sur le droit des contrats, qui varie très largement d'un pays à l'autre [19].

15. Même si la doctrine du « promissory estoppel » en common law pourrait offrir certaines protections au licencié qui s'est appuyé sur la promesse du donneur de licence, cf. M. Henley, "Jacobsen v Katzer and Kamind Associates - an English legal perspective", *op. cit.*

16. L. Rosen, *Open Source Licensing Software Freedom and Intellectual Property Law*, *op. cit.*, p. 51-73 ;R. W. Gomulkiewicz, "Conditions and Covenants in License Contracts : Tales From a Test of the Artistic License", *Tex. Intell. Prop. L.J.* 17 (2009) ;A. Guadamuz González, "The license/contract dichotomy in open licenses : a comparative analysis", *op. cit.* ;A. Ake, *License or Contract ? : GPLv3 and the Persistent Controversy Over GPL Enforceability*, 2007, url : http : / / www . law . washington . edu / casrip / newsletter/, texte accompagnant la note 55 ;J. B. B. Wacha, "Taking the Case : Is the GPL Enforceable ?", *Santa Clara Computer & High Tech. LJ* 1 (2004), p. 456.

17. R. W. Gomulkiewicz, "Conditions and Covenants in License Contracts : Tales From a Test of the Artistic License", *op. cit.*, p. 346 ;H. J. Meeker, "Open Source and the Age of Enforcement", *op. cit.*, p. 276.

18. L. Rosen, *Open Source Licensing Software Freedom and Intellectual Property Law*, *op. cit.*, p. 61-64. Pour une discussion de ce problème, voyez également A. Guadamuz González, "The license/contract dichotomy in open licenses : a comparative analysis", *op. cit.*, p. 6-9.

cf. *Oxford Dictionary of Law*, *op. cit.*, v° « consideration » : « An act, forbearance, or promise by one party to a contract that constitutes the price for which he buys the promise of the other. Consideration is essential to the validity of any contract other than one made by deed »

19. A. Guadamuz González, "The license/contract dichotomy in open licenses : a comparative analysis", *op. cit.*, citant l'avocat de la FSF Eben Moglen. Dans le

Toutefois, bon nombre d'auteurs de tradition de *common law* rejettent cette théorie des licences comme simples licences, et considèrent que les craintes initiales sur l'applicabilité juridique des licences ouvertes sont aujourd'hui dépassées [20]. De nombreuses juridictions à travers le monde ont reconnu l'applicabilité des licences ouvertes comme contrats. De plus, certains auteurs soutiennent que ces licences n'auraient pas de mal à remplir les conditions de formation des contrats en *common law*, en ce compris les exigences de consentement et de « consideration » [21].

1.1.2 Réception par la jurisprudence

Bien que les premières licences ouvertes soient apparues aux États-Unis, leur réception par la jurisprudence américaine est longtemps restée une inconnue. Un certain nombre de litiges visant au respect des obligations de licences ouvertes ont fait l'objet de transactions judiciaires [22], laissant planer un certain doute sur la réponse des juges [23]. Entre 2003 et 2010, dans une fameuse saga judiciaire opposant la compagnie SCO Group à différents distributeurs et utilisateurs de systèmes d'exploitation Linux, celui-ci a notamment tenté de soutenir l'argument selon lequel la licence GPL violerait la Constitution américaine :

même sens, on pourrait ajouter qu'aux États-Unis, le droit d'auteur relève de la loi fédérale, alors que le droit des contrats relève de la compétence des états.

20. L. Rosen, *Open Source Licensing Software Freedom and Intellectual Property Law*, *op. cit.*, p. 51-73 ;R. W. Gomulkiewicz, "Conditions and Covenants in License Contracts: Tales From a Test of the Artistic License", *op. cit.*, p. 346;A. Guadamuz González, "The license/contract dichotomy in open licenses: a comparative analysis", *op. cit.*; A. Ake, *License or Contract?: GPLv3 and the Persistent Controversy Over GPL Enforceability*, *op. cit.*

21. Cf. *infra*, la discussion de la décision de la Cour d'appel du circuit fédéral dans Jacobsen v. Katzer. Voyez aussi R. W. Gomulkiewicz, "Conditions and Covenants in License Contracts : Tales From a Test of the Artistic License", *op. cit.*, p. 346 : « Moreover, Jacobsen confirmed that open source licenses do not lack consideration, and there is little doubt they otherwise meet the standards required by modem contract law for providing the prerequisites to an enforceable contract : an opportunity to review and manifestation of assent. ». Dans le même sens A. Guadamuz González, "The license/contract dichotomy in open licenses : a comparative analysis", *op. cit.*, p. 304. En outre, une mention a été ajoutée dans la version 4.0 des licences Creative Commons pour satisfaire l'exigence de *consideration* : « You are granted the Licensed Rights in consideration of Your acceptance of these terms and conditions, *and the Licensor grants You such rights in consideration of benefits the Licensor receives from making the Licensed Material available under these terms and conditions* »

22. C'est le cas notamment des nombreuses actions portant sur le respect de la licence du logiciel BusyBox, intentées par le Software Freedom Law Center. À ce sujet, voyez « Open Source Enforcement Litigation – BusyBox and Beyond », 8 août 2008, http://thinkingopen.files.wordpress.com/2008/08/presentation-aba-open-source-litigation-2008-080808.pdf

23. L. Guibault & O. van Daalen, *Unravelling the Myth around Open Source Licences*, La Haye : TMC Asser Press, 2005, p. 110-111.

la reconnaissance de libertés d'usage aux utilisateurs serait contraire à l'objectif constitutionnel de « promouvoir le progrès de la science et des arts utiles ». Les différentes procédures judiciaires ont toutes été clôturées aux torts de SCO, aujourd'hui en faillite.

La question de la validité juridique et de la qualification des licences ouvertes a finalement été abordée dans l'affaire Jakobsen v. Katzer [24]. Jacobsen est le développeur d'un logiciel de gestion de trains électriques miniatures, diffusé sous l'Artistic License, une licence permissive. Il accuse Katzer, propriétaire d'une entreprise de modélisme, d'avoir contrevenu à cette licence, en réutilisant le logiciel de Jacobsen dans un nouveau logiciel sans respecter les mentions obligatoires comme l'attribution aux contributeurs originels. L'affaire a finalement été tranchée en 2009 par un arrêt de la Cour d'Appel du premier circuit fédéral. Le nœud de la discussion dans cet arrêt concernait la question de savoir si les clauses de la licence s'apparentent à des « covenants » (clauses contractuelles) dont le respect s'impose au licencié en vertu d'un contrat, ou à des « conditions » qui limitent la portée de l'autorisation de l'auteur [25] : dans la première interprétation, le non-respect de la licence constituerait une violation de ses obligations contractuelles par le licencié, alors que dans la seconde elle constituerait une atteinte aux droits d'auteur, puisqu'il y aurait un usage de l'œuvre en dehors de l'autorisation de l'auteur.

En l'espèce, la Cour a décidé qu'il fallait lire le texte de l'Artistic License comme posant des *conditions* délimitant la portée de la licence. Non seulement en raison de l'usage explicite du terme « conditions » dans la licence, mais également par l'emploi de l'expression « provided that », qui en droit californien des contrats dénote une « condition ». Dès lors, la Cour conclut que le dépassement de ces « conditions » ouvre une action au donneur de licence pour violation de son droit d'auteur [26]. Elle exclut donc la qualification contractuelle dans ce cas.

Toutefois, on peut avoir des raisons de limiter la portée de cet arrêt dans la résolution de la question générale de la qualification des licences ouvertes. Il semble en effet que la décision dans Jacobsen v. Katzer ne permette pas de dégager des règles claires et générales pour trancher définitivement la question : en effet le raisonnement de la Cour est fortement dépendant des éléments factuels de l'affaire, et en particulier du

24. District Court for the Northern District of California, *Jacobsen v. Katzer*, 17 août 2007 ; US Court of Appeals for the Federal Circuit, *Jacobsen v. Katzer*, 13 août 2008

25. Comme le note la Cour :« The heart of the argument on appeal concerns whether the terms of the Artistic License are conditions of, or merely covenants to, the copyright license. » *ibid.*

26. *ibid.* : « If, however, a license is limited in scope and the licensee acts outside the scope, the licensor can bring an action for copyright infringement » .

texte de l'Artistic License [27]. C'était d'ailleurs l'opinion exprimée dans le mémoire d'*amici curiae* soumis par un certain nombre d'associations promouvant les licences ouvertes, dont la Cour s'est manifestement inspirée. Bien qu'appuyant la thèse de la qualification des licences ouvertes comme simples licences, elles enjoignaient la Cour de ne pas tirer une règle générale à partir d'éléments particuliers propres à l'Artistic License :

> « Amici submit that because of the unique aspects of the case, this Appeal does not offer a sufficient basis for a broadly applicable ruling on which particular restrictions contained in public licenses operate to limit their scope or create conditions rather than covenants. They request that any decision issued by the Court be expressly limited to the facts of this case, and that the decision specify that it is not applicable to public licenses generally » [28].

La circonspection des amici curiae est sans doute due à la licence particulière soumise à l'examen du juge : en effet, l'Artistic License est souvent critiquée pour ses lacunes et de ses ambigüités, reconnues même par ses rédacteurs [29].

La principale leçon de l'arrêt Katzer est que pour établir la nature juridique des licences ouvertes, il faut se pencher sur le texte de la licence et l'intention de ses rédacteurs. On pourrait dès lors examiner chacune des licences ouvertes, pour déterminer si leurs clauses s'apparentent davantage à des « conditions » (qui ouvrent à une action en droit d'auteur) ou à des « covenants » (qui ouvrent à une action en responsabilité contractuelle) [30].

Mais il est intéressant de constater que dans son arrêt, la Cour, en même temps qu'elle accrédite l'interprétation de l'Artistic License comme « simple licence », ouvre également la voie à une qualification contractuelle des licences ouvertes. En effet, un des arguments fréquemment avancés sur l'interprétation contractuelle des licences ouvertes porte sur l'absence des conditions nécessaires à la formation d'un contrat que sont *l'acceptance* et la *consideration*. Or, dans ce qui est probablement un *obiter dictum*, la Cour note à plusieurs reprises que

27. En ce sens, voyez Y. Menon, "Jacobsen Revisited : conditions, covenants and the future of open-source software licences", *Washington Journal of Law, Technology & Arts* 6.4 (2011), p. 29

28. Cf Creative Commons Corporation, The Linux Foundation & The Open Source Initiative, « Brief of Amici Curiae », in US Court of Appeals for the Federal Circuit, *Jacobsen v. Katzer*, *op. cit.*, p. 29.

29. R. W. Gomulkiewicz, "Conditions and Covenants in License Contracts : Tales From a Test of the Artistic License", *op. cit.*, p. 335.

30. En ce sens, voyez Y. Menon, "Jacobsen Revisited : conditions, covenants and the future of open-source software licences", *op. cit.*

les caractéristiques particulières des licences ouvertes n'empêchent pas nécessairement la satisfaction du critère de la *consideration* : en effet, ce n'est pas parce qu'il n'y a pas d'échange d'argent que les auteurs ne tirent aucun bénéfice de la distribution sous licence ouverte [31].

Indépendamment de la solution retenue dans le cas particulier de l'Artistic Licence, la Cour semble donc clairement ouvrir la possibilité d'une qualification contractuelle. Mais comme la Cour ne s'est pas prononcée sur la qualification des licences ouvertes en général, il faudra attendre une jurisprudence ultérieure pour trancher enfin cette question.

Cette incertitude sur la nature juridique des licences ouvertes dans les systèmes de common law est regrettable à plusieurs égards.

Elle crée tout d'abord des opportunités de positionnement stratégiques pour les parties à un litige, comme il ressort du comportement des parties dans l'arrêt Katzer. Le donneur de licence pourrait ainsi avoir intérêt à faire qualifier la licence de « simple licence » et non de contrat [32], afin de pouvoir agir en violation au droit d'auteur et bénéficier d'un régime juridique beaucoup plus sévère à l'égard des contrevenants (notamment le régime des dommages statutaires en cas d'atteinte au droit d'auteur). A l'opposé, le licencié aura plutôt tendance à plaider la voie contractuelle, afin de n'encourir que la réparation du dommage liée à l'inexécution de ses obligations contractuelles, selon le droit commun des contrats [33].

Elle entrave également la sécurité juridique. En laissant les rédacteurs des licences ouvertes manipuler cette distinction entre « conditions » et « covenants », comme le fait l'arrêt Katzer, on mine en effet

31. Cf. US Court of Appeals for the Federal Circuit, *Jacobsen v. Katzer*, *op. cit.* :

> « The lack of money changing hands in open source licensing should not be presumed to mean that there is no economic consideration, however. There are substantial benefits, including economic benefits, to the creation and distribution of copyrighted works under public licenses that range far beyond traditional license royalties. »

32. En effet, si la licence est qualifiée de contrat, le droit américain considère que le donneur de licence renonce à intenter une action sur base du droit d'auteur, et peut seulement le poursuivre sur base du droit des contrats, comme le rappelle la Cour dans l'arrêt Katzer : « Generally, a copyright owner who grants a nonexclusive license to use his copyrighted material waives his right to sue the licensee for copyright infringement and can sue only for breach of contract. Sun Microsystems, Inc., v. Microsoft Corp., 188 F.3d 1115, 1121 (9th Cir. 1999) ; Graham v. James, 144 F.3d 229, 236 (2d Cir. 1998) » *ibid.*

33. En effet, contrairement aux dommages pour faute contractuelle, les « statutory damages » en cas d'atteinte au droit d'auteur ne nécessitent pas de prouver le montant du dommage ou le manque à gagner. Cf. K. N. N. Spencer, "Using Copyright Remedies to Promote Efficiency in the Open Source Regime in Wake of Jacobsen v. Katzer", *JL Econ. & Pol'y* 63.6 (2009).

la sécurité juridique de la voie des licences ouvertes [34]. Cela contribue en effet à une incertitude sur la qualification juridique des licences ouvertes et les voies d'action disponibles.

Plutôt que de s'en remettre à l'intention des rédacteurs de la licence, il serait opportun que la jurisprudence tranche de manière plus générale la question de la qualification juridique des licences ouvertes, afin d'assurer à celles-ci la même sécurité juridique que dans les traditions de droit civil, où la question ne fait pas de doute.

1.2 En droit civil : consensus sur la nature contractuelle

Dans les traditions civilistes, les conditions pour la formation d'un contrat sont nettement moins strictes : seule la rencontre de l'offre et de l'acceptation est requise. Il n'existe pas de condition équivalente à la *consideration* en *common law*. Dès lors qu'on évacue cette question de la *consideration* (l'exigence de contrepartie), la nature des licences ouvertes pose beaucoup moins question, et on considère généralement qu'il s'agit de contrats [35].

1.2.1 Type de contrat

Un certain flou entoure la notion de licence en droit d'auteur. La loi belge sur le droit d'auteur parle de « cession » ou de « transmission » de droit, ainsi que d'« aliénation » et de « licence simple ou exclusive » [36] . Il est parfois difficile en pratique de faire la différence entre ces différentes notions.

34. Dans le même sens Y. Menon, "Jacobsen Revisited : conditions, covenants and the future of open-source software licences", *op. cit.*, p. 353 ; Gomulkiewicz par contre, défend cette faculté laissée aux parties de manipuler la distinction entre 'conditions' et 'covenants' sur base de ses avantages pour la flexibilité et l'innovation du domaine de la création sous licence ouverte (R. W. Gomulkiewicz, "Conditions and Covenants in License Contracts : Tales From a Test of the Artistic License", *op. cit.*).

35. L. Rosen, *Open Source Licensing Software Freedom and Intellectual Property Law*, *op. cit.*, p. 57 ;A. M. St. Laurent, *Understanding Open Source and Free Software Licensing*, Sebastopol CA : O'Reilly Media, 2004, p. 148 ;L. Guibault & O. van Daalen, *Unravelling the Myth around Open Source Licences*, *op. cit.*, p. 34 ;A. Guadamuz González, "The license/contract dichotomy in open licenses : a comparative analysis", *University of La Verne Law Review* 30.2 (2009) ;M. Dulong de Rosnay, "Creative Commons Legal Pitfalls : Incompatibilities and Solutions", *op. cit.*, p. 56

36. Cf. art XI.167, §1, al. 1 du code de droit économique (anciennement art. 3, §1, al. 1 de la loi du 30 juin 1994) : « Les droits patrimoniaux sont mobiliers, cessibles et transmissibles, en tout ou en partie, conformément aux règles du Code civil. Ils peuvent notamment faire l'objet d'une aliénation ou d'une licence simple ou exclusive. »

En droit des brevets, il existe une distinction entre cession de droit et concession de licence. Une cession de droit (on parle également de « transfert », ou « aliénation ») s'apparente à un contrat translatif de droits réels : « le droit quitte le patrimoine du cédant, ou titulaire pour entrer dans celui du cessionnaire, bénéficiaire de la cession, et ce manière définitive et irrévocable » [37]. Une concession de licence ne donne à son bénéficiaire qu'un droit personnel d'usage, comme celui du locataire d'un bien : il n'y a pas de transfert de droit d'un patrimoine à l'autre [38].

En droit d'auteur, certains considèrent que cette distinction est inexistante et que les expressions de « cession » et de « licence » sont généralement interchangeables [39] . En effet, bien que le législateur belge parle tantôt de « licence », tantôt de « cession », il ne désigne en fait qu'un seul et même régime juridique [40]. De même, dans la pratique, on trouve souvent des contrats dits « de licences » concédées à titre exclusif et pour toute la durée de protection, et des « cessions » non exclusives et limitées dans le temps [41].

Il est toutefois regrettable que le droit d'auteur entretienne un tel flou conceptuel sur ce point par rapport aux autres branches des droits intellectuels. Dans la suite, nous tâcherons d'utiliser malgré tout le sens propre de ces expressions. À proprement parler, on peut dès lors considérer que les licences ouvertes ne réalisent pas une cession de droits, car même si la licence est définitive, elle est aussi non exclusive. Il n'y a donc pas transfert de propriété : l'auteur continue de jouir de tous ses droits sur l'œuvre [42]. Les licences ouvertes sont donc bien des « licences », au sens propre de ce terme.

Quel est le régime juridique des licences en droit d'auteur ? Si la loi belge organise en détail certains types de contrats en droit d'auteur, comme le contrat d'édition ou de représentation, pour les licences (ou

37. D Kaesmacher, "Les principaux actes juridiques et contrats relatifs aux droits intellectuels", *Répertoire Notarial* t.II, l.5 (2007), n°536

38. Selon H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 2e éd., Paris : Dalloz, 1966, n°491.

39. Cf. A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, §124 ; A. Lucas, H.-J. Lucas & A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2012, §630, selon qui non seulement le législateur français « n'y fait aucune allusion, utilisant obstinément le terme "cession", mais la jurisprudence ne la prend pas davantage en compte, et la doctrine, quand elle aborde cette question, fait preuve d'une grande circonspection ».

40. Cf. A. Strowel, "Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia", *Cahiers du CRID* 11.91 (1997)

41. Cf. D Kaesmacher, "Les principaux actes juridiques et contrats relatifs aux droits intellectuels", *op. cit.*, n°536

42. Y. Cool, "Aspects contractuels des licences de logiciels libres : les obligations de la liberté", in : *Les logiciels libres face au droit*, Cahiers du, Cahiers du CRID, Bruxelles : Bruylant, 2005, p. 147

« cession de droit »), elle renvoie simplement au droit commun des contrats, en précisant que « [l]es droits patrimoniaux sont (...) cessibles et transmissibles, en tout ou en partie, conformément aux règles du Code civil » [43]. Elle ajoute toutefois des exigences de formes pour ces cessions de droit [44], visant à protéger l'auteur dans les contrats où il est la partie faible (notamment les contrats d'édition).

Lorsque les licences standard en droit d'auteur (ouvertes ou privatives) étaient encore un phénomène nouveau, une partie de la doctrine s'est attachée à rechercher des analogies avec les contrats prévus par le Code civil comme la vente, le louage de chose, le commodat, ou encore le prêt à usage. Aujourd'hui, on s'écarte généralement de ces interprétations, peu convaincantes et surtout peu utiles pour décrire la spécificité du phénomène des licences standard en droit d'auteur [45].

On peut donc considérer que les licences ouvertes sont des contrats innommés, soumis au droit commun des obligations [46]. Plus précisément, nous verrons plus loin que l'on peut qualifier ces licences ouvertes de contrats de licence volontaire, non exclusive et à titre gratuit (cf. *infra* 2).

1.2.2 Consentement du licencié

Pour que le contrat soit formé, il faut un accord des volontés. Cette exigence peut poser quelques difficultés dans le cas des licences ouvertes étant donné que les cocontractants ne sont pas en présence l'un de l'autre, que les conditions sont standardisées, et qu'il n'y a généralement pas de manifestation expresse de l'acceptation par le licencié.

La position la plus courante dans la doctrine [47] est qu'on peut considérer qu'on se trouve en présence d'un contrat d'adhésion, avec une rencontre des consentements différée [48]. Il y a donc dans un premier

43. Cf. art XI.167, §1, al. 1 du code de droit économique (anciennement art. 3, §1, al. 1, de la loi du 30 juin 1994).

44. Cf. art XI.167, §1, al 4 du code de droit économique (anciennement article 3, §1, al. 4 de la loi belge du 30 juin 1994 sur le droit d'auteur). En droit français, voyez par ex. l'article L131-3 du Code de la Propriété Intellectuelle.

45. Pour une critique de la qualification de vente pour les contrats portant sur « l'acquisition » d'un logiciel, voyez E. Montero, "Contrats informatiques", *Répertoire Notarial* t. IX, l.9.livre 9 (2010), p. 73-77, n°33-37 ; Y. Cool, "Aspects contractuels des licences de logiciels libres : les obligations de la liberté", *op. cit.*, p. 144-149

46. *ibid.*, p. 149

47. Cf. Y. Cool et al., *Les logiciels libres face au droit*, Cahiers du CRID, Bruxelles : Bruylant, 2005

48. Bénabou et Farchy notent qu'on pourrait qualifier la licence ouverte d'acte unilatéral sans accord des volontés, suivi d'un autre acte unilatéral en cas d'acceptation par le bénéficiaire, sur le modèle d'une donation (V.-L. Bénabou & J. Farchy, *La mise à disposition ouverte des oeuvres de l'esprit*, *op. cit.*, n°50-

temps une offre unilatérale de la part du donneur de licence, qui devient un contrat synallagmatique lors de l'acceptation par le licencié. Les deux parties sont alors liées par des obligations réciproques : pour le donneur de licence l'obligation de permettre l'exercice des libertés d'usage, et pour le licencié l'obligation de respecter les clauses restrictives de la licence.

Mais comment peut-on s'assurer de l'acceptation du bénéficiaire ? Dans le cas des contrats d'adhésion, on considère que deux conditions doivent être remplies pour que le consentement soit valable : la possibilité de prendre connaissance des termes du contrat et le caractère certain de l'acceptation [49].

Les licences standard en ligne peuvent être communiquées au licencié de différentes façons. Les licences communiquées sous un mode « click-wrap » sont celles qui nécessitent un clic sur un bouton « J'accepte » lors de la présentation des conditions de la licence. La licence Cecill, par exemple, est généralement communiquée sous un mode « click-wrap », ses rédacteurs conseillant une procédure par laquelle l'accès au logiciel est « conditionné à la lecture de la licence et à l'acceptation de ses termes » [50]. La prise de connaissance et le caractère certain de l'acceptation sont assurés par le dispositif technique : il n'est pas possible de télécharger ou d'installer l'œuvre sans affirmer explicitement son acceptation.

Mais la plupart du temps, les licences ouvertes sont communiquées sous le mode « browse-wrap » : les conditions de la licence y sont accessibles en « navigant » (en anglais « to browse ») vers la cible d'un lien ou un fichier distribué conjointement à l'œuvre. Dans cette hypothèse, peut-on considérer que le consentement est valide ?

Commençons par examiner la première condition, la possibilité de prendre connaissance du contrat. Pour que cette condition soit satisfaite, il faut que l'accès à la licence soit possible « en ne déployant que

51). Une telle qualification se rapprocherait sans doute de l'interprétation de la licence comme simple licence en Common Law. Cf. A. Guadamuz González, "The license/contract dichotomy in open licenses : a comparative analysis", *op. cit.*

49. Cf. Q. Van Enis, "L'opposabilité des conditions générales off-line et on-line : de la suite dans les idées ?", in : *Les conditions générales. Questions spéciales : Actes du colloque organisé par le Jeune Barreau de Mons le 26 mars 2009*, Bruxelles : Anthemis, 2009

50. Cf. http://www.cecill.info/mode-emploi.fr.html . Notons que si les rédacteurs adoptent une formulation impérative pour présenter cette procédure « click-wrap », celle-ci n'est pas à strictement parler requise par la licence : dans sa mise en œuvre courante. Celle-ci prévoit simplement qu'« un exemplaire du contrat » doit avoir été mis à disposition du licencié avant le « téléchargement » de l'œuvre ou le « chargement à partir d'un support physique ». Une telle exigence semble compatible tant avec les deux types de mécanismes, tant « click-wrap » que « browse-wrap » (cf. *infra*).

des efforts raisonnables »[51]. En pratique, les licences ouvertes mettent en œuvre différentes techniques pour rendre accessible le texte de la licence. Souvent, un lien renvoyant vers le texte du contrat de licence se trouve sur la page de téléchargement de l'œuvre. Le nom de la licence peut en outre être indiqué dans le nom du fichier contenant l'œuvre, ainsi que dans les métadonnées de ce fichier. La possibilité effective de prendre connaissance de la licence communiquée sous un mode « browse-wrap » doit s'apprécier au cas par cas. Elle ne semble généralement pas poser de difficulté dans la jurisprudence, et a déjà été admise pour une licence communiquée sur la page de téléchargement et dans les métadonnées des fichiers[52].

Dans le cas des logiciels, le texte de la licence est souvent communiqué dans un message dans un fichier accompagnant le programme, ce qui pourrait poser davantage de difficulté pour la prise de connaissance par le licencié, mais a néanmoins été admis dans la jurisprudence[53]. Le juge pourra notamment avoir égard, en plus de la facilité d'accès du texte de la licence, au caractère professionnel du licencié (qui implique un devoir de prudence et d'information plus exigeant).

Qu'en est-il de la deuxième condition ? À première vue, la preuve du caractère certain de l'acceptation constitue une question délicate pour les licences fonctionnant sur le mode « browse-wrap ». Comment s'assurer que le licencié a accepté la licence, à défaut d'un geste explicite en ce sens ?

Cette difficulté est généralement surmontée grâce à deux caractéristiques particulières des licences ouvertes : leur fondation dans l'opposabilité *erga omnes* du droit d'auteur, et le fait qu'elles autorisent à réaliser des actes normalement interdits par le droit d'auteur. En effet, comme la loi réserve à l'auteur un droit exclusif sur certains actes relatifs à l'œuvre (reproduction, communication au public), ceux-ci sont en principe interdits à toute personne, à défaut d'une autorisation. Dès lors, pour une œuvre sous licence ouverte, seule l'acceptation de la licence autorise à poser de tels actes. Sans consentement à la licence, il y aurait violation du droit d'auteur.

On peut en tirer une conséquence pour le caractère certain de l'acceptation. En droit des contrats, il est admis que l'acceptation de l'offre peut être tacite. Elle est alors déduite de l'attitude de l'acceptant, par

51. Y. Cool, "Aspects contractuels des licences de logiciels libres : les obligations de la liberté", *op. cit.*, p. 170

52. Cf. Civ. Nivelles, *Lichôdmapwa c. ASBL Théâtre de Spa*, 26 octobre 2010, *R.D.T.I.*, n°42, mars 2011, p. 70, note M. Lambrecht ; Rechtbank Amsterdam (ref.), *Curry v. Audax*, 9 mars 2006, R.D.T.I., 2007, p. 330 et s.

53. Landgericht Munchen, *Welte c. Sitecom*, 19 mai 2004, No. 21 0 6123/04 ; Rechtbank Rotterdam, *Netwise c. NTS Computers*, 5 décembre 2002

exemple lorsqu'il exécute ses obligations prévues en vertu du contrat [54]. Selon certains, l'acceptation peut également se déduire d'un silence circonstancié. On pourrait ainsi interpréter la réalisation par le bénéficiaire de la licence d'actes protégés par le droit d'auteur (reproduction, communication au public), comme un silence circonstancié valant acceptation. En effet, ne pas présumer l'adhésion tacite du licencié reviendrait à présumer une intention contrefaisante [55].

Ainsi, certaines licences ouvertes prévoient que la réalisation de certains actes vaut acceptation de la licence :

> « By exercising the Licensed Rights (defined below), You accept and agree to be bound by the terms and conditions of this Creative Commons Attribution 4.0 International Public License » (CC BY 4.0)
>
> « by modifying or propagating a covered work, you indicate your acceptance of this License to do so » (GNU GPL v3, art. 9). [56]

Dans le cas des licences ouvertes toutefois, la question du consentement ne devrait généralement pas poser de problème. Comme nous l'avons vu plus haut, il est peu plausible qu'un licencié ait intérêt à mettre en cause la validité de son consentement à la licence puisque cela le rendrait coupable d'une violation au droit d'auteur [57]. Et comme le défaut de consentement n'est sanctionné que par la nullité relative, seul le destinataire de la licence peut l'invoquer ; celui-ci n'y ayant pas intérêt, il est vraisemblable que ce moyen ne soit jamais soulevé en pratique [58]. La seule hypothèse où un licencié pourrait soulever un tel moyen de défense serait le cas où celui-ci préfèrerait se voir imposer le paiement de dommages pour violation au droit d'auteur plutôt que l'exécution forcée des obligations du contrat (comme l'obligation de diffuser le code source, ou de distribuer l'œuvre contrefaisante sous licence ouverte). Toutefois, cela parait également peu plausible, car à la différence d'autres contrats, les licences ouvertes n'imposent pas d'obligations positives au licencié

54. Cf. P. Wéry, "Théorie générale du contrat", in : *Répertoire Notarial*, t. t. IV, l.1, Bruxelles : Larcier, 2010, n°146. Wéry note toutefois que dans ce cas « on ne peut parler d'une rencontre des consentements, puisque l'offrant n'a pas eu la possibilité de prendre connaissance de l'acceptation ».

55. Voyez également, à l'appui de cette théorie du silence circonstancié M. Dulong de Rosnay, "Creative Commons Legal Pitfalls : Incompatibilities and Solutions", *op. cit.*

56. Tant les licences CC 4.0 que la GPL v.3 définissent les actes couverts par la licences comme des actes nécessitant l'autorisation de l'ayant droit.

57. J.-P. Triaille, "Licences "open source" et contrats avec les auteurs et les distributeurs", *R.D.T.I.* 2 (2005), p. 58

58. Cf. P Harmel, "Théorie générale de la vente", *Répertoire Notarial* t.VII, l.1 (1985), n° 487

(comme la réalisation d'une prestation, le paiement d'une somme d'argent), mais plutôt des obligations négatives dans l'exercice de certains actes (des obligations de s'abstenir d'exercer de telle ou telle manière les actes couverts par le droit d'auteur) [59]. Dès lors, l'exécution forcée ne consistera vraisemblablement qu'en une abstention (l'abstention de distribuer l'œuvre contrefaisante), similaire au comportement requis par le droit d'auteur, et à laquelle il ne lui sera donc pas possible d'échapper en plaidant l'absence de consentement.

Toutefois, cette interprétation généreuse des conditions du consentement pourrait bien avoir des conséquences paradoxales. En effet, il faut rappeler que les licences ouvertes reposent sur les mêmes mécanismes juridiques que les licences privatives. Dès lors, en admettant aussi aisément la validité du consentement du licencié d'une licence ouverte, même sans manifestation expresse de l'acceptation, ne risque-t-on pas de renforcer du même coup les possibilités de surréservation de droits sur l'œuvre au moyen de licences privatives ? Faudrait-il en conclure que les licences ouvertes, en introduisant des mécanismes originaux pour augmenter les libertés d'usage, contribuent paradoxalement à faire admettre la validité de licences complètement opposées à cet objectif ?

Cet effet est réel, mais limité. Certes, dans le cas des œuvres logicielles, il se pourrait bien que les licences privatives bénéficient également de cette présomption de consentement, étant donné que le droit exclusif trouve à s'appliquer pour de simples actes d'usage privé, comme le chargement ou l'affichage d'éléments d'un logiciel [60]. Comme le simple usage privé du logiciel est soumis à l'autorisation de l'ayant droit, les licences privatives peuvent tout autant se prévaloir de la présomption de consentement du licencié que les licences ouvertes. Toutefois, pour les œuvres intellectuelles couvertes par le droit commun du régime du droit d'auteur, l'usage privé n'est en principe pas soumis au droit exclusif. Le fait qu'une personne pose un acte d'utilisation (privée) de l'œuvre ne suffit donc pas pour conclure qu'elle a accepté les conditions de la licence. De même, le simple fait d'accéder à un site Internet ne semble pas constituer un acte soumis au droit d'auteur, et donc ne peut bénéficier d'une présomption de consentement de l'utilisateur par simple présence

59. Pour un argument dans le même sens, voyez A. M. St. Laurent, *Understanding Open Source and Free Software Licensing*, *op. cit.*, p. 147

60. Cf. l'article XI.298 du code de droit économique (anciennement art. 5 de la loi du 30 juin 1994 sur la protection juridique des programmes d'ordinateur), transposant l'article 4 de la directive 91/250/CEE :

« Sous réserve des articles 6 et 7, les droits patrimoniaux comprennent : a) la reproduction permanente ou provisoire d'un programme d'ordinateur, en tout ou en partie, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit. Lorsque le chargement, l'affichage, le passage, la transmission ou le stockage d'un programme d'ordinateur nécessitent une telle reproduction du programme, ces actes seront soumis à l'autorisation du titulaire du droit »

d'une licence communiquée sur un mode « browse-wrap » (n'exigeant donc pas l'expression du consentement de l'utilisateur). En ce sens, la décision du tribunal de première instance de Rotterdam dans l'affaire Netwise c. NTS (appliquant à l'utilisateur d'un site web une licence privative communiquée sur un mode « browse-wrap ») nous parait fortement critiquable, d'autant plus lorsque les informations communiquées ne sont pas protégeables par le droit d'auteur [61]. Dès lors, dans le cas particulier des œuvres logicielles, cette jurisprudence admettant la validité du consentement à une licence ouverte sur base d'une simple présomption pourrait bien également renforcer l'admissibilité des licences privatives, un effet secondaire assez ironique que les promoteurs des licences ouvertes n'avaient sans doute pas prévu.

1.2.3 Nature des clauses des licences ouvertes

Dans les licences ouvertes, les obligations du licencié ne se présentent souvent pas comme des clauses indépendantes du reste de la licence, mais sont généralement formulées comme conditionnant l'octroi des libertés d'usage :

> « You may convey a work based on the Program, or the modifications to produce it from the Program, in the form of source code under the terms of section 4, *provided that* you also meet all of these conditions : [...] » [62]
>
> «Your exercise of the Licensed Rights is expressly made *subject to* the following *conditions.* » [63]

Ce type de formulation trouve probablement son origine dans la volonté des rédacteurs des licences de faire qualifier celles-ci comme « simples licences », en présentant les clauses comme des *conditions*, des limites de l'autorisation de l'auteur, et non des *covenants*, des clauses contractuelles (cf. *supra*, 2.3.1.1). En droit civil, ces clauses correspondent simplement aux obligations contractuelles pesant sur le licencié.

Les licences ouvertes prévoient également un autre type de clause, prévoyant une sanction pour non-respect de ses obligations par le licencié :

> « You may not propagate or modify a covered work except as expressly provided under this License. Any attempt

61. Rechtbank Rotterdam, *Netwise c. NTS Computers*, *op. cit.* Pour un commentaire en ce sens de cette décision, voyez L. Guibault, *The future of the public domain : identifying the commons in information law*, *op. cit.*, p. 94-98.

62. GPL v3, art.5 (c'est nous qui soulignons).

63. CC BY 4.0, section 3, « License Conditions » (c'est nous qui soulignons). La version 3.0 de la licence utilisait les termes « subject to *and limited by* ».

> otherwise to propagate or modify it is void, and will automatically terminate your rights under this License » [64]
>
> « if You fail to comply with this Public License, then Your rights under this Public License terminate automatically » [65]

On peut analyser ces clauses comme des clauses résolutoires expresses [66], qui sanctionnent le non-respect des obligations contractuelles par la résolution du contrat [67]. Il s'agit en quelque sorte de peines privées prévues par les parties pour faire respecter leurs engagements sans devoir recourir à un juge [68]. Néanmoins, le donneur de licence garde toujours la faculté de faire appel au juge pour faire résoudre le contrat avec dommages et intérêts, ou contraindre le licencié à exécuter ses obligations (p. ex. la distribution du code source, la diffusion de l'œuvre dérivée sous licence réciproque, etc).

1.2.4 Interaction entre droit des contrats et droit d'auteur

Les licences ouvertes ont beau être des contrats, elles n'en dépendent pas moins du droit d'auteur, puisque c'est grâce au droit *erga omnes* de l'auteur sur son œuvre que celui-ci peut conditionner l'usage de celle-ci au respect de certaines conditions contractuelles, et que le consentement du licencié peut être présumé tacitement.

Il est important de noter que la qualification n'exclut évidemment pas la protection par le droit d'auteur : une violation de la licence pourra aussi donner lieu à une violation du droit d'auteur. Pour cela, il faut soit que la clause violée par le licencié soit une clause résolutoire, soit que la résolution judiciaire soit demandée par le donneur de la licence pour inexécution de ses obligations par le licencié.

La qualification des licences ouvertes comme contrat leur procure un double niveau de protection : principalement par le droit des contrats,

64. GPL v3, art. 8.

65. CC BY 4.0, section 6 (a).

66. Parfois appelées pactes commissoires exprès. Dans le même sens, pour une qualification de certaines clauses des licences ouvertes comme clauses résolutoires, voyez Y. Cool, "Aspects contractuels des licences de logiciels libres : les obligations de la liberté", *op. cit.*, p. 150-153

67. Il faut distinguer les clauses résolutoires, qui font dépendre l'existence du contrat de l'exécution de leurs obligations par les cocontractants, et les conditions résolutoires, qui font dépendre l'existence du contrat d'un aléa.

68. Pour peu que la clause spécifie de manière suffisamment certaine la volonté d'écarter l'intervention du juge. Cf. P. Wéry, "Les obligations", *Répertoire Notarial* t. IV, l.1 (2007), n°751 et suiv. En l'occurrence, si la formulation « automatically terminate » dans les licences GPL et CC parait excessive (l'application de la clause résolutoire n'opère pas de plein droit, mais doit être notifiée au débiteur de l'obligation), on peut néanmoins en déduire, a fortiori, une volonté d'écarter l'intervention du juge.

et subsidiairement par le droit d'auteur. Chacun des deux régimes est donc susceptible de suppléer aux carences de l'autre.

Il s'agit d'une situation de concours de responsabilité [69] : tant la responsabilité contractuelle que la responsabilité pour violation du droit d'auteur peuvent s'appliquer [70]. Le demandeur a donc la possibilité d'opter pour l'une ou l'autre.

1.2.5 Réception par la jurisprudence

Dans les ordres juridiques de tradition civiliste, le nombre de décisions de jurisprudence impliquant des licences ouvertes commence à devenir significatif. La totalité d'entre elles a considéré qu'elles étaient applicables, et a confirmé plus ou moins directement la qualification de ces licences comme contrats [71].

Aux Pays-Bas, une décision du 9 mars 2006 a validé l'application des licences ouvertes [72]. Adam Curry, personnalité télévisuelle, entretient sur le site www.flickr.com une galerie de photos personnelles et professionnelles sous licence CC BY-NC-SA. Quatre photos sont reprises dans un magazine à sensations édité par la société Audax Publishing. La décision admet la validité du consentement à une licence browse-wrap, en particulier étant donné la qualité de professionnel du défendeur. Le juge constate la violation de deux clauses de la licence : l'obligation de mentionner les conditions de la licence, ainsi que l'interdiction de faire un usage commercial de l'œuvre (au motif que la publication dans un magazine de divertissement peut être interprétée comme une activité principalement commerciale) [73]. Le juge ordonne dès lors la cessation de la publication. Notons que le respect de la clause de réciprocité (ou *share-alike*) n'a pas été examiné par le juge, la question n'ayant pas été invoquée par le demandeur. On peut toutefois considérer que la clause n'aurait de toute façon pas eu vocation à s'appliquer en l'espèce, dans

69. Aussi appelé « cumul » ou « option de responsabilités ». Cf. *idem*, "Théorie générale du contrat", *op. cit.*, p. 545 et suiv.

70. Selon un arrêt de la Cour de cassation du 7 octobre 2010 : « Celui qui méconnait les limites de l'autorisation d'exploitation délivrée par le titulaire des droits d'auteur ou des droits voisins commet un acte de contrefaçon, indépendamment de toute faute contractuelle » Cass. 7 octobre 2010, R.G. N° F-20101007-1.

71. Pour une revue de la jurisprudence, voy. notamment T. Jaeger, "Enforcement of the GNU GPL in Germany and Europe", *Jipitec* 34.1 (2010) ; T. K. Tsingos, "Enforceability of free/open source software licensing terms : A critical review of the global Case-Law," in : *3rd International Seminar on Information Law*, Corfu : Ionian University, 2010, url : http://conferences.ionio.gr/isil2010/

72. Rechtbank Amsterdam (ref.), *Curry v. Audax*, *op. cit.*

73. Cf. *ibid.* : « Voorshands heeft Audax ook deze voorwaarde [art. 4 sub c] geschonden, nu het uitgeven van een entertainmentblad als Weekend in de eerste plaats als een commerciële activiteit kan worden aangemerkt »

la mesure où l'on peut interpréter un magazine comme une compilation ou une œuvre collective (cf *infra*, 3.2.1).

En Belgique, on peut noter une décision du 26 octobre 2010 du tribunal de première instance de Nivelles [74] qui reconnait la force juridique d'une licence Creative Commons. Le juge décide que l'ASBL Théâtre de Spa, en utilisant un morceau sous licence CC BY-NC-ND comme musique de fond d'une publicité radiophonique, a violé les clauses de la licence imposant d'attribuer la paternité de l'œuvre, de ne pas en faire un usage commercial, et de ne pas réaliser d'œuvres dérivées. Malgré une légère ambigüité dans la formulation du jugement, il semble que le juge, en attribuant une somme forfaitaire à titre de dommage pour chaque clause violée, applique les principes de la responsabilité contractuelle et non la responsabilité pour violation du droit d'auteur [75]. Le juge n'a pas relevé de difficulté à présumer le consentement du licencié à une licence communiquée sous un mode « browse-wrap », par une mention sur la page de téléchargement de l'œuvre.

Depuis quelques années, la jurisprudence allemande a vu les décisions relatives aux licences ouvertes (en particulier la GPL) se développer. Ce développement est en bonne partie dû à l'action du programmeur allemand Harald Welte, demandeur dans l'affaire Welte c. Sitecom, qui a par la suite créé l'organisation « GPL Violations project », consacrée à la poursuite des contrevenants à la licence GPL [76]. Comme Harald Welte a contribué à certains projets sous licence ouverte, notamment le développement du noyau Linux, il a pu mettre à profit son intérêt à agir dans diverses actions ultérieures portant sur le respect de la GPL (Welte c. Fortinet, Welte c. D-Link, Welte c. Skype).

C'est l'affaire Welte c. Sitecom [77] qui a donné lieu à la première décision examinant la validité des licences ouvertes. L'affaire portait sur la diffusion sur le site web de Sitecom d'un logiciel sous licence GPL développé par Welte (« Netfilter/iptables »), sans mention de la licence ni accès au code source. L'existence d'un contrat n'ayant pas été contestée par le défendeur, le juge la tient pour acquise et envisage directement la question de la validité des obligations imposées par la

74. Civ. Nivelles, *Lichôdmapwa c. ASBL Théâtre de Spa*, *op. cit.* Pour un commentaire de cette décision, voyez M. Lambrecht, "Première décision Creative Commons : contrats de licence et modèles économiques du libre accès", *op. cit.* ; A. Cruquenaire & J.-F. Henrotte, "Le mécanisme de la licence "libre" et le droit d'auteur", *op. cit.*

75. Cf. M. Lambrecht, "Première décision Creative Commons : contrats de licence et modèles économiques du libre accès", *op. cit.*, p. 77

76. T. Jaeger, "Enforcement of the GNU GPL in Germany and Europe", *op. cit.*, p. 34-39

77. Landgericht Munchen, *Welte c. Sitecom*, *op. cit.* Cf. le commentaire par J. P. Höppner, "The GPL prevails : An analysis of the first-ever Court decision on the validity and effectivity of the GPL", *SCRIPT-ed* 1.4 (2004).

GPL, notamment au regard des dispositions du Code civil allemand interdisant les clauses abusives dans les contrats d'adhésion [78]. Mais même si la GPL n'avait pas fait l'objet d'un accord entre les parties, ajoute le juge, il n'en resterait pas moins que le défendeur, ne disposant pas des droits nécessaires pour diffuser le logiciel « Netfilter/iptables », aurait commis une violation des droits d'auteur [79]. Considérant ensuite l'application du contrat de licence, le juge considère que les clauses de la GPL invoquées par le demandeur [80] sont valides et en conformité avec les exigences légales pour les contrats d'adhésion. Enfin, suivant le texte de la GPL et la doctrine allemande [81], le juge décide que la violation de la licence emporte la résolution automatique de la licence, et constitue donc une violation au droit d'auteur.

Dans l'affaire Welte c. D-Link [82], portant sur la distribution d'un firmware d'appareil électronique intégrant le noyau Linux sans fourniture du texte de la licence ni accès au code source, le jugement confirme essentiellement les enseignements de l'affaire Welte c. Sitecom. Il apporte également des précisions sur les conditions dans lesquelles on peut présumer le consentement à une licence ouverte, lorsque l'utilisateur réalise un acte qui nécessiterait l'autorisation de l'ayant droit en vertu du droit d'auteur.

Dans Welte c. Skype [83], le juge applique de manière assez littérale le texte de la licence GPL, en décidant que la distribution d'un feuillet indiquant une page Internet où trouver le code source et le texte de la licence ne suffit pas à satisfaire aux exigences des articles 1 et 3 de la GPL v2 qui prévoit que le texte de la licence et le code source doivent être distribués conjointement au logiciel, ou (pour le code source) présenter une offre écrite de distribution [84].

78. Bürgerliches Gesetzbuch, articles 305 à 310.

79. « This would apply regardless of whether the license conditions of the GPL were effectively agreed upon by and between plaintiff and defendant or not. Because, if the GPL had not been agreed upon by the parties, the defendant would be, in any case, lacking the required rights of use in order to be legally able to copy, distribute and make available to the public the software "netfilter/iptables » ; « « if the open development of the software is endangered by the invalidity of the clause and a fundamental concept of open source software is affected, there is –in the opinion of the Panel –considerable ground for the argument that in such cases there has been no agreement in rem at all with the consequence that any use of the software is illegal »Landgericht Munchen, *Welte c. Sitecom*, *op. cit.*(traduction informelle disponible sur http://www.jbb.de/fileadmin/download/judgment_dc_munich_gpl.pdf)

80. À savoir les articles 2, 3 et 4 de la GNU GPL v.2.

81. J. P. Höppner, "The GPL prevails : An analysis of the first-ever Court decision on the validity and effectivity of the GPL", *op. cit.*, p. 633, note 18.

82. Landgericht Frankfurt am Main, *Welte c. D-Link Germany GmbH*, 6 sept. 2006, No. 2-6 O 224/06

83. Landgericht Munchen, *Welte c. Skype Technologies S.A.* 12 juillet 2007

84. Il semble que la pratique du défendeur dans Welte c. Skype aurait pu être

L'affaire AVM c. Cybits [85] est intéressante, car au lieu d'impliquer un donneur de licence ouverte s'efforçant de faire respecter ses obligations par un licencié, elle met en scène un fabricant de routeurs (AVM), dont le firmware reprend des éléments sous GPL, tentant d'empêcher une autre société (Cybits) de réutiliser et modifier ces éléments logiciels sous GPL. Il s'agit donc d'un cas de licencié (car reprenant lui-même des éléments sous GPL) tentant de dénier à son propre licencié (en vertu de la GPL) l'exercice des libertés d'usage. Une décision au premier degré [86] a reconnu le droit de Cybits de diffuser une version modifiée des éléments logiciels sous GPL dans le firmware d'AWM, admettant toutefois que Cybits avait le devoir de ne pas induire les consommateurs à penser que certains problèmes de fonctionnement du logiciel modifié seraient imputables à AWM [87]. D'autres décisions allemandes ont conclut à l'applicabilité de la GPL et ont infligé aux contrevenants des injonctions en cessation ou des dommages et intérêt [88].

La jurisprudence est plus maigre en France. A ce jour en droit français, aucune décision n'a porté directement sur l'application de la GPL. Quelques affaires impliquant des logiciels sous licences libres ont été jugées [89], mais ces décisions ne portent que sur les relations contractuelles entre parties dans le cadre de contrats de fourniture de logiciel, sans qu'il soit possible d'en tirer une conséquence sur la validité de la licence GPL en tant que telle. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 septembre 2009 est souvent invoqué comme le premier cas de jurisprudence française qui reconnaitrait la validité des licences ouvertes [90], mais il s'agit clairement d'une surinterprétation de la portée de cette décision. Dans cette affaire, qui oppose l'AFPA à un développeur de logiciel EDU4, la Cour ne se prononce que sur le respect des obligations contractuelles entre les deux parties (dans le cadre d'un contrat prévoyant la fourniture d'un logiciel). La remarque simplement que « EDU 4 a manqué

admise en tant qu'offre écrite valide sous la GPL v3, puisque l'art. 6 a été légèrement tempéré, et admet désormais l'offre d'accéder à une copie du code source « from a network server at no charge ».

85. Landgericht Berlin, *AVM Computersysteme Vertriebs GmbH/Cybits AG*, 8 novembre 2011, nÂ° 16 O 255/10

86. *ibid.*

87. Cf. le commentaire de ce jugement par la Free Software Foundation Europe, « Verdict in the case of AVM vs. Cybits confirmed the view of FSFE », 2011, disponible à l'adresse : https://fsfe.org/news/2011/news-20111201-02.en.html

88. Landgericht Munchen, *Welte c. Fortinet UK*, 12 avril 2005 ; Landgericht Bochum, 20 janvier 2011, No. I-8 O 293/09

89. Cf. TGI Chamberry, 15 novembre 2007 (ERN) ; TGI Paris, 28 mars 2007 (Educaffix), *R.D.T.I.*, n°31, 2/2008, p. 259, note C. Ker ; Cour d'Appel de Paris, Pôle 5, Chambre 10, n°294, 16 septembre 2009 (AFPA c. EDU4).

90. Voyez par exemple : FSF France, « Paris Court of Appeals condemns Edu4 for violating the GNU General Public License », URL : http://fsffrance.org/news/article2009-09-22.en.html (consulté le 16 novembre 2013).

à ses obligations contractuelles [vis-à-vis de l'AFPA] en livrant (...) un produit (...) qui ne satisfait pas aux termes de la licence GNU GPL puisque la société EDU 4 avait fait disparaitre les copyrights d'origine de VNC sur les propriétés de deux fichiers en les remplaçant par les siens et avait supprimé le texte de la licence » [91]. Ce faisant, la cour n'aborde nullement la question de la validité juridique de la GPL ; elle accepte seulement, au vu de la correspondance entre les parties, de considérer le respect de la GPL comme une obligation découlant du contrat entre elles [92].

Section 2 Caractéristiques des licences ouvertes

Dans cette sous-section, nous examinerons les principales caractéristiques des licences ouvertes du point de vue du droit belge.

2.1 Une licence volontaire

Les licences ouvertes sont des licences volontaires, en ce qu'elles résultent de la volonté de certains auteurs d'accorder certaines libertés d'usage sur leur œuvre.

On peut donc les différencier des licences non volontaires, par lesquelles les auteurs sont obligés d'accorder certaines libertés d'usage. Rappelons qu'au sein des licences non volontaires, il faut distinguer les licences légales (ou exceptions), par lesquelles l'autorité publique impose une licence d'utilisation aux conditions qu'elle détermine, et les licences obligatoires, par lesquelles l'autorité publique impose seulement aux acteurs de négocier une licence d'utilisation, ceux-ci restant libres d'en déterminer les conditions (l'autorité publique se réservant le dernier mot en l'absence d'accord [93]).

2.2 Une licence non exclusive

Dans le domaine des contrats en droit d'auteur, on a souvent affaire à des cessions de droit d'auteur, qui sont donc faites à titre exclusif, en

91. Cour d'Appel de Paris, Pôle 5, Chambre 10, n°294, 16 septembre 2009 (AFPA c. EDU4), disponible sur http://fsffrance.org/news/arret-ca-paris-16.09.2009.pdf (consulté le 12 mars 2013).

92. Cf. M. Von Willebrand, "A look at EDU 4 v. AFPA, also known as the 'Paris GPL-case'", *International Free and Open Source Software Law Review* 1.2 (2010).

93. Cf. Y. Cool, "Interprétation de la principale licence de logiciel libre : liberté du code et contrainte de l'interprète", *R.D.T.I.* 21 (2005).

ce qu'elles réservent l'exercice de tout ou partie des droits patrimoniaux sur l'œuvre à un ou plusieurs cessionnaires déterminés. Le cessionnaire est donc le seul à pouvoir réaliser les actes d'utilisation de l'œuvre protégés par le droit d'auteur, et à pouvoir sous-licencier ces droits à d'autres [94].

Au contraire, les licences ouvertes sont faites à titre non exclusif : elles ne réservent pas l'exercice exclusif des droits sur l'œuvre à certains licenciés déterminés. En accordant la licence, l'auteur n'aliène pas ses droits sur l'œuvre, comme le précise le texte des licences Creative Commons : « For the avoidance of doubt, the Licensor may also offer the Licensed Material under separate terms or conditions or stop distributing the Licensed Material at any time » [95]. L'auteur reste donc libre de licencier l'usage de l'œuvre à d'autres licenciés, sous une autre licence (ce qui correspond à la pratique du « dual licensing », assez courante dans le domaine des logiciels libres ou open source).

Mais la dichotomie entre licence exclusive et non exclusive ne suffit pas à décrire l'originalité de l'autorisation donnée par les licences ouvertes. Non seulement comme nous l'avons dit celles-ci ne réservent pas l'autorisation exclusive à un licencié déterminé, mais elles ne déterminent même pas l'identité du licencié. Elles se contentent de préciser les conditions auxquelles toute personne doit satisfaire pour pouvoir bénéficier de la licence. Autrement dit, les licences ouvertes sont non seulement non exclusives, elles sont également « publiques » [96] : elles sont accessibles à toute personne (physique ou morale) pour peu que son utilisation de l'œuvre satisfasse aux conditions énoncées.

2.3 Une licence illimitée dans le temps

Les licences ouvertes sont accordées pour une durée illimitée. Dans certains ordres juridiques, la cession de droit doit notamment mentionner la durée de la cession ou de la licence [97]. Certaines licences ouvertes sont en conformité avec cette exigence, leur texte précisant que la licence vaut « pour toute la durée de protection de l'œuvre » [98] : c'est le

94. M. Clément-Fontaine, *L'œuvre libre*, Bruxelles : Larcier, 2014, §60 et suiv.S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, p. 503 .

95. CC BY 4.0, section 6 (c)

96. H. Hietanen, "Analyzing the Nature of Creative Commons Licenses", *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd* 6 (2007), p. 517

97. C'est le cas notamment en Belgique (cf. art. XI.167, §1, al. 4 du code de droit économique, anciennement article 3, §1, al. 4 de la loi du 30 juin 1994), ou en France (cf. article L131-3 du Code de la Propriété Intellectuelle)

98. Cf. le texte des licences CC BY 4.0, section 6 (a). : « This Public License applies for the term of the Copyright and Similar Rights licensed here » Les licences BSD et MIT, par contre, ne comportent pas de précision sur la durée de la licence.

cas des licences Creative Commons, de la GPL [99] ou de la licence Art Libre [100]. Par contre, les licences BSD, ou la Mozilla Public License ne précisent pas la durée de la cession.

Certaines licences prévoient en outre que la licence est « irrévocable » [101], ou qu'un changement des conditions de distribution de l'œuvre ne peut avoir pour objectif le retrait de la licence [102]. Comme nous l'avons vu, l'opposabilité de ce caractère irrévocable de la licence nécessite qu'elle soit qualifiée de contrat : une simple licence est normalement révocable à tout moment.

Notons également que si l'auteur ne peut revenir sur l'octroi de la licence, il peut très bien changer d'avis quant à la distribution de l'œuvre : il peut décider de la distribuer sous une autre licence, ou de ne plus la distribuer du tout. Tout ce qui est requis, c'est que soit garanti l'exercice des libertés d'usage sur les œuvres auparavant diffusées sous licence ouverte [103].

2.4 Une licence à titre gratuit

Lorsqu'on dit que les licences ouvertes sont accordées à titre gratuit, cela veut dire que l'octroi des libertés d'usage de l'œuvre n'est pas conditionné au paiement d'une somme d'argent.

En France et en Allemagne, deux pays très protecteurs du droit d'auteur, certains ont émis des doutes sur la validité juridique d'une telle cession de droit à titre gratuit [104]. La question qui s'est posée est celle de savoir si l'auteur pouvait faire le choix d'accorder une licence à titre gratuit, alors que la loi prévoit différentes dispositions qui lui garantissent une rémunération [105]. Ainsi, certains invoquaient notam-

99. « All rights granted under this License are granted for the term of copyright on the Program, and are irrevocable provided the stated conditions are met », GPL v. 3 , art. 2.

100. « Cette licence a pour durée la durée des droits d'auteur attachés à l'œuvre », Licence Art Libre, art. 8.

101. GPL v. 3, art. 2.

102. « For the avoidance of doubt, the Licensor may also offer the Licensed Material under separate terms or conditions or stop distributing the Licensed Material at any time ; however, doing so will not terminate this Public License », CC BY v 4.0, section 6.

103. Dans le même sens, voyez S. Dusollier, "The master's tools v. the master's house : Creative commons v. copyright", *Columbia Journal of Law and the Arts* 29.3 (2006), p. 268.

104. Voyez par exemple la discussion par M. Clément-Fontaine des arguments qui pourraient être avancés « afin de contester la validité d'une autorisation gratuite d'accéder et de jouir de l'œuvre », M. Clément-Fontaine, *L'œuvre libre*, *op. cit.*, §69 et suiv. Pour l'Allemagne, voyez T. Jaeger, "Enforcement of the GNU GPL in Germany and Europe", *op. cit.*

105. En droit belge, l'art. XI.167 du code de droit économique (anciennement article 3, §1, al. 4 de la loi sur le droit d'auteur) précise les éléments qui doivent

ment l'article L-131-4 du code français de la propriété intellectuelle, qui dispose que « la cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre (...) doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation » [106]. Fallait-il en conclure que l'auteur ne peut concéder d'autorisation sans exiger de rémunération ?

Face à ces inquiétudes, le législateur a finalement dû agir pour reconnaitre le phénomène émergent des licences ouvertes. En Allemagne, la « clause Linux » a été introduite en 2002 dans la loi sur le droit d'auteur afin de préciser que l'auteur peut « accorder un droit d'exploitation non exclusif à quiconque à titre gratuit » [107]. Le législateur français a introduit quant à lui en 2006 dans le code de propriété intellectuelle un article L. 122-7-1 qui précise que « L'auteur est libre de mettre ses œuvres 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 ».

Cette problématique de la licéité de l'exploitation gratuite des œuvres, pour étonnante qu'elle puisse paraitre, ne s'est pas toujours limitée aux cénacles juridiques. Elle a par exemple été récemment relayée en France par l'Union des Photographes Professionnels qui considère que « [l]e développement d'une offre de photographies gratuites par des sites communautaires (ex. Flickr ou Wikimedia) [...] a eu des effets catastrophiques sur le marché de la photographie professionnelle », et constitue donc une offre déloyale. Elle proposait dès lors une modification au Code français de la Propriété Intellectuelle « prévoyant que l'usage professionnel d'œuvres photographiques est présumé avoir un caractère onéreux » [108].

La controverse peut paraitre un peu triviale, tant on peut considérer que des dispositions impératives visant à protéger la partie faible dans des contrats commerciaux comme comme le contrat d'édition n'ont pas vocation à empêcher cette partie de décider librement et dans une intention libérale d'accorder une licence ouverte aux utilisateurs. Dans le cadre d'une licence ouverte, on ne peut pas dire que l'auteur soit

être prévus expressément dans la cession de droit, parmi lesquels la rémunération de l'auteur.

106. Certains argüaient que les licences ouvertes, en raison de leur caractère gratuit, étaient vulnérables à l'éventualité que l'auteur mette en œuvre les dispositions en droit français et allemand qui permettent à l'auteur de renégocier les conditions de prix du contrat en cas de lésion ou de prévision insuffisante des produits de l'œuvre (en Allemagne : UrhG, sec. 32a ; UrhG, sec. 32 §1, alinéa 3 ; en France article L131-5). Cf. T. Jaeger, "Enforcement of the GNU GPL in Germany and Europe", *op. cit.*, texte accompagnant la note 28.

107. UrhG, sec. 32, §3, alinéa 3

108. Union des Photographes Professionnels, *Manifeste pour les auteurs*, 2012, url : http://www.upp-auteurs.fr/actualites.php?actualite=689

encore la partie faible. Par ailleurs, la loi française disposait déjà assez clairement que « [l]e droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux » [109].

La question ne s'est pas posée en droit belge, ou l'on a considéré que l'exigence légale porte clairement sur la mention du montant de la rémunération de l'auteur, et n'implique pas que celle-ci doive nécessairement être supérieure à zéro [110].

Par ailleurs, il faut ajouter que le caractère gratuit de la licence n'interdit pas de demander une compensation financière en rapport avec la distribution ou la communication de l'œuvre [111]. Ainsi, des services comme la distribution de l'œuvre ou l'octroi d'une garantie contractuelle peuvent très bien être monnayés. Cette distinction entre le caractère gratuit de la licence et la possibilité de monnayer la diffusion de l'œuvre peut paraitre sibylline. Elle repose néanmoins sur la distinction fondamentale entre l'œuvre et son support : lorsqu'on parle d'une licence à titre gratuit, c'est l'usage de l'œuvre elle-même qui doit être gratuit, mais rien n'empêche que l'accès au support de l'œuvre puisse être payant.

Section 3 Questions spécifiques aux différentes familles de licences ouvertes

Pour terminer notre aperçu des questions juridiques posées par les licences libres, on peut enfin considérer quelques questions plus pointues, spécifiques aux différentes familles de licences. Pour les licences permissives (3.1), nous évoquerons la question de leur articulation avec le droit moral de l'auteur d'une part, et avec le droit public d'autre part. Dans le cas des licences réciproques (3.2), nous nous intéresserons à la fameuse clause de réciprocité qui fait les caractérise, en s'interrogeant sur son champ d'application, ainsi que sur la question de savoir si celle-

109. L. 122-7, al. 1, du Code de la Propriété Intellectuelle français. C'est nous qui soulignons.

110. Pour être en conformité avec le formalisme requis par la loi belge (article XI.167 §1, al. 4 du code de droit économique), les licences ouvertes doivent donc simplement préciser que les autorisations conférées par la licence le sont à titre gratuit. Certaines licences ouvertes comme les licences Creative Commons, la licence MIT ou la Mozilla Public License, sont en conformité avec cette exigence formelle, en ce qu'elles précisent que les autorisations conférées par la licence le sont à titre gratuit, mais d'autres comme la GPL v3, la Licence Art Libre ou la licence BSD, sont en défaut.

111. B. B. W. Carver, "Share and share alike : Understanding and enforcing open source and free software licenses", *Berkeley Technology Law Journal* 39 (2005), p. 456

ci peut être invoquée par des tiers. Enfin, en ce qui concerne les licences asymétriques (3.3), nous envisagerons la question de la définition de la clause « No Derivatives », qui ne pose pas vraiment problème, et celle de la clause « non commercial », qui suscite de vives controverses.

3.1 Licences permissives

3.1.1 Clauses visant le respect du droit moral

Parmi les conditions minimales présentes dans pratiquement toutes les licences, y compris les plus permissives, se trouve l'obligation de mentionner la notice de copyright, et l'interdiction de se prévaloir du nom du titulaire du droit à des fins de publicité [112]. Ces conditions visent essentiellement à satisfaire la conception minimale du droit moral prévue par la convention de Berne [113], et reprise dans certains ordres juridiques de common law comme le Royaume-Uni [114] ou, de manière plus limitée encore, aux États-Unis (où les prérogatives morales sont limitées aux œuvres d'art visuel) [115]. Cette conception minimale du droit moral est surtout centrée sur la protection de l'attribution et de la réputation de l'auteur. Il parait important de protéger cette conception minimale du droit moral, dans la mesure où cela permet d'éviter que les créations dérivées attribuent indument à l'auteur original des opinions ou des expressions de nature à porter atteinte à sa réputation. Nous avons vu que la légitimité d'un tel droit moral minimal n'était guère problématique [116].

112. Cette condition est présente dans la licence BSD : « Neither the name of the University of California, Berkeley nor the names of its contributors may be used to endorse or promote products derived from this software without specific prior written permission » ; Licence Creative Commons Attribution 4.0, section 2 (a)(6). : « Nothing in this Public License constitutes or may be construed as permission to assert or imply that You are, or that Your use of the Licensed Material is, connected with, or sponsored, endorsed, or granted official status by, the Licensor or others designated to receive attribution ».

La licence MIT ne comprend en revanche pas cette condition d'interdiction d'utilisation du nom du titulaire de droit à des fins de publicité.

113. *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, *op. cit.*, art. 6bis, (1) : « Indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits droits, l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation ». En encadrant l'usage du nom de l'ayant droit, les licences permissives répondent à cette même préoccupation de protection de son honneur et de sa réputation. Cf. également M. Clément-Fontaine, *L'œuvre libre*, *op. cit.*, §121

114. A. Strowel, "Droit d'auteur et copyright", *op. cit.*, p. 571-582.

115. *ibid.*, p. 568-571

116. Cf. *supra*, Partie I, chapitre III, conclusion.

Toutefois, certains pays comme la France, l'Allemagne ou la Belgique connaissent une conception plus étendue du droit moral de l'auteur, qui prévoit notamment un droit à l'intégrité de l'œuvre qui n'est pas confiné aux atteintes à la réputation de l'auteur. Les licences ouvertes ne prévoient généralement pas d'obligation pour le licencié de respecter ce droit moral étendu, et en particulier le droit à l'intégrité de l'œuvre. Certaines, comme les licences Creative Commons, tentent même d'en circonscrire l'exercice, afin de minimiser l'insécurité juridique pour le licencié : la licence prévoit que dans les ordres juridiques qui protègent un droit moral étendu, l'auteur s'engagerait à renoncer, ou du moins à ne pas faire valoir ses droits dans toute l'étendue permise par le droit national, afin de permettre un exercice raisonnable des libertés d'usage de l'œuvre [117]. Cette clause sera valide dans les ordres juridiques qui admettent des possibilités de renonciation à l'exercice de son droit moral, comme la Belgique [118]. En France par contre, où les droits moraux sont considérés comme inaliénables, une telle clause ne sera sans doute pas opposable au donneur de licence. Néanmoins, en appréciant une éventuelle atteinte au droit au respect de l'œuvre, le juge pourrait avoir égard à la volonté de l'auteur d'accorder une licence ouverte sur son œuvre afin de modérer les prétentions à un exercice tellement étendu qu'il empêcherait en pratique tout exercice de la liberté de création dérivé.

3.1.2 Licences permissives et domaine public

Les licences permissives sont également parfois désignées comme licences « de type domaine public » [119]. En effet, une œuvre sous licence permissive est en pratique dans une situation similaire à celle d'une œuvre entrée dans le domaine public du fait de l'expiration de sa protection, car une licence permissive accorde la plus grande liberté d'usage possible aux utilisateurs. Dès lors, le régime des œuvres sous licence permissive se rapproche de celui des œuvres dont la protection a expiré,

117. CC BY 4.0, Section 2, b.1 :

> « Moral rights, such as the right of integrity, are not licensed under this Public License, nor are publicity, privacy, and/or other similar personality rights ; however, to the extent possible, the Licensor waives and/or agrees not to assert any such rights held by the Licensor to the limited extent necessary to allow You to exercise the Licensed Rights, but not otherwise. »

118. A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, n°109, p. 197.

119. M. Clément-Fontaine, *L'œuvre libre*, *op. cit.*, §120.

dans la mesure où il n'impose pas davantage de conditions que pour ces dernières [120].

Étant donné cette proximité, on pourrait légitimement se poser des questions sur l'utilité de ces licences permissives. Pourquoi faut-il s'embarrasser d'un texte juridique aussi complexe qu'une licence de droit d'auteur ? Ne suffirait-il pas que l'auteur renonce à ses droits, déclarant dédier l'œuvre au domaine public ? Le problème est que dans bon nombre de pays, le régime du droit d'auteur ne prévoit pas de possibilité pour un auteur de renoncer purement et simplement à ses droits avant la fin de leur durée de protection. Dans les ordres juridiques connaissant les droits moraux, ceux-ci sont en principe inaliénables. Quant aux droits patrimoniaux, leur cession est généralement soumise à un certain nombre d'exigences formelles (preuve par écrit, interprétation stricte, mentions expresses). Pour accorder au public le bénéfice des libertés d'usage sur une œuvre protégée, il est donc nécessaire de passer par l'octroi d'une licence [121], et celle-ci ne peut déroger aux dispositions impératives des lois sur le droit d'auteur. Ainsi, la licence Creative Commons Zero, qui vise à placer l'œuvre dans la situation la plus proche possible au régime du domaine public, prévoit l'octroi des libertés d'usage « [t]o the greatest extent permitted by, but not in contravention of, applicable law » [122].

3.2 Licences réciproques

3.2.1 Comment déterminer le champ d'application de la clause de réciprocité ?

La détermination du champ d'application de la clause de réciprocité n'est toujours pas chose aisée. Pour rappel, la clause de réciprocité est celle qui conditionne l'exercice de la liberté de réutiliser l'œuvre à l'exigence que toute création dérivée soit redistribuée sous une licence équivalente. La portée de la clause de réciprocité dépend de la notion d'« œuvre dérivée », au sens de ces licences. Nous allons voir comment les principales licences réciproques définissent cette notion.

Toutes les licences réciproques considèrent que le champ d'application de la clause de réciprocité recouvre au moins celui de la notion

120. En effet, même l'utilisation d'œuvres du domaine public n'échappe généralement pas au respect du droit moral, dans les ordres juridiques connaissant ce droit : elle est en tout cas soumise à l'attribution de la paternité de l'auteur. Au contraire, aux États-Unis, la Cour Suprême a décidé qu'il n'existait pas d'exigence légale d'attribuer d'une œuvre du domaine public à son auteur. (United States Supreme Court, *Dastar Corp. v. 20th Century Fox*, 123 S.Ct. 2041, 2 juin 2003).
121. L. Rosen, *Open Source Licensing Software Freedom and Intellectual Property Law*, *op. cit.*, p. 74.
122. Licence CC Zero, art. 2.

d'œuvre dérivée en droit positif. Dans le domaine des logiciels, on distingue parfois les licences réciproques faibles (ou *weak copyleft*) se limitant à cette étendue de base, et les licences réciproques fortes (ou *strong copyleft*), qui étendent ce champ d'application à certaines hypothèses particulières, comme le cas des liens dynamiques, ou des services en ligne (ou *cloud computing*).

a) Champ d'application de base de la clause de réciprocité

En principe, la clause de réciprocité ne s'étend qu'aux « œuvres dérivées » au sens de ces licences (« work based on the program » et « adapted material »).

La GPL renvoie indirectement à la notion d'œuvre dérivée en droit américain [123] lorsqu'elle définit la notion de « work based on the program » : « To "modify" a work means to copy from or adapt all or part of the work in a fashion requiring copyright permission, other than the making of an exact copy. The resulting work is called a "modified version" of the earlier work or a work "based on" the earlier work » [124].

La définition d'un « adapted material » dans la CC BY-SA (« Attribution-Share-Alike ») s'inspire elle aussi largement de la définition de la notion d'œuvre dérivée dans le Copyright Act américain :

> « Adapted Material means material subject to Copyright and Similar Rights that is derived from or based upon the Licensed Material and in which the Licensed Material is translated, altered, arranged, transformed, or otherwise modified in a manner requiring permission under the Copyright and Similar Rights held by the Licensor (...) » [125]

123. La notion d'œuvre dérivée est en effet définie en droit positif. Le droit d'auteur réserve généralement à l'auteur un droit d'autoriser les œuvres dérivées basées sur leur œuvre. Le Copyright Act américain définit en détail la notion de derivative work 17 U.S.C. § 101 : « A "derivative work" is a work based upon one or more preexisting works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction, abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted. A work consisting of editorial revisions, annotations, elaborations, or other modifications which, as a whole, represent an original work of authorship, is a "derivative work". » En droit belge, la loi sur le droit d'auteur ne fournit pas de définition explicite de cette notion, mais on interprète généralement la formule selon laquelle le droit de reproduction « comporte notamment le droit exclusif d'en autoriser l'adaptation ou la traduction » comme prévoyant un droit sur les œuvres dérivées, en y incluant également d'autres hypothèses comme le remake, la compilation ou l'anthologie, cf. A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, n°77.

124. GPL v. 3 (c'est nous qui soulignons).

125. CC BY-SA 4.0, section 1(a). La dernière phrase de l'alinéa consiste à mentionner que la synchronisation d'une œuvre musicale avec une image constitue également une adaptation.

Toutefois, la licences GPL, s'inspirant à nouveau du Copyright Act américain, prévoit une importante exception à l'application de clause de réciprocité. Les réutilisations ne sont pas considérées comme des œuvres dérivées couvertes par la clause de réciprocité lorsqu'elles constituent une compilation (« aggregate » dans la GPL [126]). La formulation de licence CC BY-SA prévoit également une exception similaire, bien que la référence explicite à la notion de « collection » ait été supprimée dans la version 4.0 à des fins de simplification [127] : en effet, la notion d'Adapted Material implique clairement un usage transformatif (« translated, altered, arranged, transformed, or otherwise modified »). Dès lors en cas d'intégration sans modification d'une œuvre sous licence réciproque dans une compilation, celle-ci ne « contamine » pas le reste de la compilation. Autrement dit, la clause de réciprocité s'applique à toutes les œuvres dérivées à l'exception des compilations [128].

Voyons à présent comment cette définition du champ d'application de la clause de réciprocité peut être mobilisée, en la confrontant à un cas pratique.

Un photographe, que nous appellerons A, distribue une photographie sous licence CC BY-SA. B tient un blog personnel, licencié sous CC BY. Il décide d'agrémenter un de ses articles au moyen d'une illustration. Par commodité, il choisit une œuvre sous licence ouverte, et intègre donc une reproduction de la photographie de A dans un article de son blog.

B est-il contraint de placer l'entièreté de l'article ou du blog sous une licence réciproque, du fait de l'intégration de la photographie de A sous licence réciproque ? Quelle est l'étendue de l'application de la clause réciproque ?

Dans le cas d'une reproduction intégrale, la réponse est relativement simple. La photographie étant reproduite intégralement, l'exception de citation ne s'applique pas. L'usage de l'œuvre de A par B doit donc être couvert par la licence CC BY-SA. Mais dans la mesure où une page Web constituée d'œuvres préexistantes (texte, images) peut être considérée

126. GPL v. 3, art. 0.

127. En effet, les discussions préparatoires à la révision 4.0 des licences CC indiquent que la notion de « collection » a été supprimée à des fins de simplifications, mais sans que cela implique un changement du point de vue du champ d'application de la licence. Cf. https://wiki.creativecommons.org/4.0/ShareAlike ;

128. En droit américain, la principale différence entre « compilation » et « derivative work » se trouve dans le type de réutilisation de l'œuvre originale : alors que dans une compilation elle ne sera qu'arrangée, sélectionnée, ou assemblée, dans une œuvre dérivée elle subira nécessairement un usage transformatif. Cf. 17 U.S. Code, §101. Il s'agit essentiellement de la même distinction que celle qui sépare les notions de compilation et d'adaptation en droit belge

comme une compilation d'œuvres séparées et indépendantes [129], l'article de blog réalisé par B entrerait dans le champ de l'exception à la clause de réciprocité par la licence CC BY-SA.

Mais quid dans l'hypothèse où B intègre la photographie non dans son intégralité, mais sous forme d'une vignette, qui reprend une version rétrécie ou une portion seulement de la photographie originale ?

Dans certains pays, l'application de l'exception de citation au cas de la reproduction d'images sous forme de vignettes est controversée [130]. En France, plusieurs arrêts de la Cour de cassation ont considéré que la reproduction d'une œuvre picturale en format réduit dans un catalogue n'était pas couverte par l'exception de citation [131], et ceci même lorsque la reproduction est réalisée à des fins d'information [132]. Toutefois, un arrêt de renvoi de la Cour d'appel de Paris conteste cette jurisprudence, et autorise la reproduction sous forme de vignette au motif que la définition de l'exception de citation dans la directive 2001/29 (non encore transposée en France à l'époque) ne prévoit aucune restriction en fonction de la nature de l'œuvre, et que l'usage en cause satisfait au test en trois étapes [133]. Ce raisonnement a été suivi par une décision du Tribunal de Grande Instance de Nanterre du 22 mai 2008. La jurisprudence est encore indécise quant à la légitimité de la reproduction sous forme de vignettes, un usage pourtant fort répandu aujourd'hui sur le Web [134]. Pour y remédier, certains plaident notamment en faveur d'un élargissement de l'exception de citation pour couvrir les images [135].

129. A. Strowel, "La loi du 31 août 1998 concernant la protection des bases de données", *J.T.* 5924.16 (1999), p. 297, note 11.

130. En Belgique toutefois, on considère que l'exception de citation s'applique dans tous les domaines, y compris celui des œuvres graphiques : F De Visscher & B Michaux, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles : Bruylant, 2000, n°118.

131. Cass. fr., 5 novembre 1993, n° 92-10673.

132. Cass fr., 22 janvier 1991, Sotheby's France c/Fabris, n° 89-15617, *JCP* 1991, II, 21680, note L. Bochurberg et E. Derieux.

133. Cour d'appel de Paris (14e ch.), 12 octobre 2007, 07/04232

134. La reproduction sous forme de vignettes a également été au centre de deux affaires impliquant Google pour son service « Google Images », mais l'exception de citation n'était pas directement en cause : un arrêt du 29 avril 2010 de la Cour fédérale de justice et une décision de la Cour d'appel de Paris du 26 janvier 2011 ont décidé, de manière assez similaire, que la reproduction par Google de vignettes d'images présentes sur le Web n'engageait pas la responsabilité de Google, en tant qu'intermédiaire technique ; mais cela n'implique pas que ladite reproduction soit licite, et Google est toujours tenu à son devoir de « notice and action » en vertu de l'art. 14 de la directive 2000/31 dite « e-commerce ».

Cf. Bundesgerichtshof, *Google Thumbnails*, 29 avril 2010, I ZR 69/08,et Cour d'appel de Paris (1e ch.), *SAIF c. Google*, 26 janvier 2011, n°08/13423.

135. Cf. M. Battisti, "Droit de l'information", *Documentaliste-Sciences de l'Information* 48.3 (2011), B. P. Hugenholtz & M. Senftleben, "Fair Use in Europe : In Search of Flexibilities", 2011, url : http://ssrn.com/paper=1959554.

En imaginant que l'exception de citation ne s'applique pas, B pourrait-il se prévaloir de la licence CC BY-SA pour la réutilisation qui l'intéresse ?

Passons ensuite à la question de savoir si la clause de réciprocité s'applique à l'article reprenant cette vignette. On pourrait penser que la solution retenue dans le cas de la reproduction in extenso de la photographie de A s'appliquerait a fortiori dans le cas d'une reproduction partielle sous forme de vignette : qui peut le plus peut le moins. Toutefois, dans le cas d'une vignette nous n'avons plus affaire à une intégration telle quelle dans une compilation, mais à un usage transformatif. Cela signifie-t-il que l'œuvre citante (l'article, voire le blog lui-même) en tant qu'« Adapted Material » tombe sous le coup de la clause de réciprocité, et se trouve donc « contaminé » par la licence CC BY-SA ? Il y aurait là un effet particulièrement paradoxal, dans la mesure où la reprise intégrale serait soumise à des conditions plus permissives que la reprise partielle.

La licence CC BY-SA évite cette difficulté au moyen d'une exception additionnelle pour les modifications techniques :

> « The Licensor authorizes You to exercise the Licensed Rights in all media and formats whether now known or hereafter created, and to make technical modifications necessary to do so. The Licensor waives and/or agrees not to assert any right or authority to forbid You from making technical modifications necessary to exercise the Licensed Right (...) For purposes of this Public License, simply making modifications authorized by this Section 2(a)(4) never produces Adapted Material » [136].

Mais la confection d'une vignette à partir d'une image constitue-t-elle une modification technique nécessaire à l'exercice des droits du licencié ? Cela parait clair dans le cas d'une version de taille réduite de l'image, pour accommoder les contraintes de place de l'œuvre citante. La question est toutefois moins claire dans le cas de la reprise d'une portion de l'image, par laquelle la sélection de l'élément cité ne relève pas de considérations purement techniques.

On le voit, l'application de la clause de réciprocité n'est pas toujours simple, en particulier en raison de la difficulté de déterminer son champ d'application [137].

136. CC BY-SA 4.0, section 2, (a)(4)

137. Comme l'a également soulevé la controverse remontant à 2010 quant à l'application alléguée de la clause de réciprocité à un livre de Michel Houellebecq, en raison d'emprunts de l'auteur à Wikipedia. À ce sujet, voyez L. Maurel (Calimaq), "Houellebecq : extension du domaine de l'effet viral ?", *blog S.I.Lex* (2010), URL : http://scinfolex.wordpress.com/2010/09/24/houellebecq-extension-du-domaine-de-leffet-viral/.

b) L'hypothèse des liens dynamiques :

La question s'est posée de savoir si la clause de réciprocité couvrait les hypothèses de « liens dynamiques ». Pour faire simple, disons qu'un logiciel peut faire appel aux fonctionnalités d'un autre logiciel (ou d'une « bibliothèque » logicielle [138]) de deux manières : par un lien statique ou dynamique. Lorsque l'on réalise un lien statique, les fonctions utilisées dans le logiciel sont intégrées à celui-ci lors de la compilation en version binaire. Lorsqu'un logiciel réalise un lien statique avec un autre logiciel ou une bibliothèque logicielle, les deux sont intégrés dans un même ensemble. Un lien dynamique, par contre, va permettre d'utiliser les fonctions d'un autre logiciel ou d'une bibliothèque logicielle sans l'intégrer au logiciel, en faisant appel à ces fonctions externes lors de l'exécution du programme.

La Free Software Foundation considère que la clause de réciprocité s'applique aussi à l'hypothèse particulière des liens dynamiques. Selon eux, un logiciel faisant un lien dynamique vers une bibliothèque logicielle sous licence GPL devrait nécessairement être diffusé sous licence GPL, même s'il n'intègre pas en tant que tel la bibliothèque sous GPL [139].

Or les licences ouvertes ne couvrent en principe que les utilisations soumises au droit d'auteur : elles ne limitent pas les utilisations qui sont libres de droit [140]. Pour affirmer qu'une utilisation est couverte par la clause de réciprocité, il faut donc montrer qu'elle constitue un acte soumis au droit d'auteur. Si la question ne pose pas problème pour le cas des liens statiques, elle s'avère en revanche beaucoup plus épineuse pour le cas de liens dynamiques.

Cette question des liens dynamiques n'ayant pas à notre connaissance été envisagée par la jurisprudence, ce n'est qu'indirectement que

138. De l'anglais « library », qui désigne un ensemble de fonctions logicielles.

139. Cf. Free Software Foundation, *Frequently Asked Questions about the GNU Licenses*, URL : http://www.gnu.org/licenses/gpl-faq.en.html. Cette interprétation peut s'appuyer sur la formulation de la GPL v. 3 : comme l'exception prévue pour les compilations est limitée à celles « which are not combined with it such as to form a larger program » (autrement dit, qui ne réalisent pas de lien dynamique), on peut en déduire a contrario que les logiciels qui réalisent un lien dynamique avec un logiciel sous licence GPL sont soumis à la clause de réciprocité.

140. Ainsi, les licences CC prévoient spécifiquement une clause visant à préserver les utilisations non couvertes par le droit d'auteur, en raison d'exceptions ou limitations. Cf. « For the avoidance of doubt, where Exceptions and Limitations apply to Your use, this Public License does not apply, and You do not need to comply with its terms and conditions. » . La licence GPL v3 aboutit à un résultat similaire en reconnaissant les exceptions au droit d'auteur dans son art. 2. De plus, les deux licences définissent les actes sur lesquels portent la licences (« Adapted Material », « Share », dans les licences CC 4.0 ; « modify », « work based on the program », « to propagate », « to convey » dans la GPL v.3) comme des actes requérant l'autorisation de l'auteur auteur.

l'on peut tenter d'y répondre, en s'inspirant de la jurisprudence sur les cartouches de jeu vidéo. Alors que dans un premier arrêt Galoob v. Nintendo [141], la Cour d'appel américaine du neuvième circuit fédéral soutient une interprétation plutôt étroite de la notion d'œuvre dérivée [142], elle adoptera dans une décision ultérieure (Micro Star v. FormGen Inc [143]), une interprétation bien plus large de cette notion [144], qui pourrait soutenir la qualification des liens dynamiques comme actes couverts par le droit d'auteur, et donc accréditer la thèse de la FSF sur le champ d'application de la clause de réciprocité. La question reste toutefois affectée d'incertitudes.

Cette problématique des liens dynamiques nous permet de tirer deux

141. US Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Lewis Galoob Toys, Inc. v. Nintendo of America, Inc.* 21 mai 1992. Récemment, la CJUE a rendu un arrêt sur une affaire tout à fait similaire, impliquant également le fabriquant japonais : C.J.U.E., *Nintendo*, *op. cit.* Toutefois les motivations de cet arrêt ne sont pas pertinentes pour notre propos, car elles portent sur l'application des dispositions interdisant les mesures techniques, et non sur la notion d'œuvres dérivées. Il y a d'ailleurs fort à parier que le débat juridique devant le juge américain se serait également placé sur ce terrain-là, si les décisions avaient été rendues après l'adoption du DMCA de 1998, prévoyant les premières dispositions anti-contournement.

142. Cette affaire Galoob v. Nintendo impliquait un éditeur de cartouches spéciales (« Game Genie ») permettant de tricher à des jeux pour la console Nintendo Entertainment System. Ces cartouches spéciales ne reprenaient toutefois aucun élément du jeu original, ne faisant que s'intercaler entre la console et la cartouche du jeu. Dès lors la Cour d'appel du 9e circuit fédéral estime que pour qu'il y ait œuvre dérivée, il fallait qu'il y ait « incorporation d'une portion d'une œuvre protégée » et que celle-ci devait prendre une forme « concrète et permanente » (US Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Lewis Galoob Toys, Inc. v. Nintendo of America, Inc. Op. cit.*). On pourrait dès lors en tirer un argument par analogie pour dire que la combinaison de deux logiciels par un lien dynamique ne présente pas non plus ce caractère d'incorporation « dans une forme concrète et permanente », et qu'il n'y aurait donc pas œuvre dérivée.

143. US Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Micro Star v. FormGen Inc.* 11 sept. 1998. Voyez aussi D. McGowan, "Legal aspects of free and open source software", *op. cit.*

144. Dans *Micro Star v. FormGen*, la Cour a précisé son interprétation de la notion d'œuvre dérivée par rapport à *Galoob v. Nintendo*. Le litige portait sur la question de savoir si les niveaux amateurs distribués sous forme de compilation par Micro Star constituaient des œuvres dérivées du jeu Duke Nukem 3D, distribué par FormGen. Bien que les fichiers distribués par Micro Star ne reprennaient aucun élément du jeu original, l'interaction entre les deux fonctionnait comme un lien dynamique, dans la mesure où ces fichiers peuvent être combinés, durant l'exécution, aux éléments protégés du jeu original.

Dans sa décision, la Cour d'appel du neuvième circuit fédéral va considérer qu'il y a bien œuvre dérivée (en écartant le précédent de Galoob v. Nintendo), car les fichiers distribués par Micro Star réalisaient une description détaillée des niveaux du jeu, comparable à une partition musicale, et constituaient en outre une violation du droit d'auteur sur l'histoire du jeu Duke Nukem 3D, également protégée. En décrivant des niveaux qui, exécutés en combinaison avec le jeu, constituent une suite à l'histoire du jeu original, les fichiers distribués par Micro Star constituaient donc une œuvre dérivée du jeu Duke Nukem 3D, selon la Cour d'appel

enseignements sur l'articulation des licences ouvertes avec le régime juridique du droit d'auteur. Un premier enseignement que l'on peut tirer de cette problématique est que l'interprétation des licences ouvertes est tributaire *in fine* de l'interprétation des lois sur le droit d'auteur. En effet, comme les licences ouvertes ne restreignent pas les utilisations non couvertes par le droit d'auteur, la question de leur champ d'application est dépendante de la question du champ d'application du droit d'auteur. Si la création d'un lien dynamique n'est pas un acte couvert par le droit d'auteur, il échappe également à la clause de réciprocité prévue par la GPL. Lorsqu'elle s'étend jusqu'aux confins de la protection du droit d'auteur, la détermination du champ d'application de la clause de réciprocité fait face à la difficulté supplémentaire de déterminer les limites du régime du droit d'auteur.

Un second enseignement est que, pour soutenir que les liens dynamiques sont couverts par la GPL, la FSF est obligée de soutenir une interprétation large de l'étendue de la protection du droit d'auteur : en effet, l'applicabilité d'une clause de réciprocité forte nécessite une interprétation large de la notion d'œuvre dérivée au sens du droit d'auteur. On pressent dès lors un aspect paradoxal de la voie des licences ouvertes : comme elles se fondent sur le droit d'auteur pour garantir les libertés d'usage, les licences ouvertes sont d'autant plus efficaces que la protection du droit d'auteur est forte.

c) L'hypothèse des services en ligne :

Une autre hypothèse d'utilisation est l'émergence des services en ligne, ou *cloud computing* (et dans le domaine des logiciels, du modèle « Software as a Service »). On peut définir le « cloud computing » comme un modèle permettant l'accès en tous lieux et à la demande de ressources informatiques [145]. Le modèle SaaS consiste à proposer l'accès en ligne à un logiciel exécuté sur un serveur distant. Dès lors, contrairement au modèle classique de la distribution de logiciels exécutés sur la machine de l'utilisateur, les logiciels sous SaaS échappent largement au contrôle des utilisateurs. Selon la FSF, le SaaS permettrait de contourner les exigences des licences réciproques : comme le logiciel n'est pas distribué (« convey » au sens de la GPL), celle-ci ne s'applique pas [146]. Il ne serait donc pas possible d'exiger d'un acteur proposant sous un

145. Selon la définition du National Institute of Standards and Technology américain : « Cloud computing is a model for enabling ubiquitous, convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources », P. Mell, *The NIST definition of cloud computing*, Gaithersburg, MD : 2011, url : http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-145/SP800-145.pdf.

146. Free Software Foundation, *Why the Affero GPL*, url : http://www.gnu.org/licenses/why-affero-gpl.en.html

modèle « Software as a Service » une version modifiée d'un logiciel sous GPL qu'il respecte les exigences de la licence, notamment de donner accès au code source.

La licence Affero General Public License (AGPL) a pour but de répondre à ce problème, en comblant le silence de la GPL quant à l'hypothèse du *cloud computing*. Elle reprend le texte de la GPL, en ajoutant l'exigence de fournir un accès au code source dans le cas où le logiciel est mis à disposition aux utilisateurs pour un accès distant par un réseau informatique. La licence AGPL étend donc le champ d'application de la clause de réciprocité [147].

Toutefois selon l'aveu de la FSF, la licence AGPL ne permettra pas à elle seule de résoudre tous les problèmes liés au SaaS. L'émergence du cloud computing est une problématique importante, qui a de nombreux impacts du point de vue de la régulation d'Internet, et qu'il n'est pas possible de régler par des licences logicielles [148].

3.2.2 Les licences réciproques sont-elles opposables par les tiers ?

Une autre question intéressante se pose à propos de la réciprocité indirecte mise en œuvre par les licences réciproques, qui bénéficie non seulement au donneur de licence, mais à toute la communauté des utilisateurs de ces licences : le respect des clauses d'une licence réciproque peut-il être exigé par tout bénéficiaire potentiel ?

En effet, pour les autres familles de licence ouvertes, les clauses restreignant l'usage de l'œuvre ne sont en général que dans l'intérêt des donneurs de licence (l'obligation d'attribuer la paternité des différents contributeurs, par exemple). Mais avec les licences réciproques, certaines clauses sont clairement dans l'intérêt des potentiels bénéficiaires de la licence (clause de réciprocité, obligation de diffuser le code source, etc). Dès lors, il paraitrait logique d'accorder un droit d'action à tout bénéficiaire potentiel, afin de lui permettre de jouir des privilèges que le ou les donneurs de licence précédents ont voulu lui offrir.

Toutefois, ce droit d'action pour les tiers bénéficiaire se heurte à un principe juridique bien établi : la relativité des effets des contrats (*privity of contract*, en *common law*). Selon l'article 1165 du Code civil, « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ». Deux pistes restent envisageables : le principe de l'opposabilité aux tiers des effets externes du contrat, et la stipulation pour autrui.

147. Cf. AGPL, art. 13.

148. Free Software Foundation, *Why the Affero GPL*, *op. cit.* ; Free Software Foundation, *Who does that server really serve ?*, URL : http://www.gnu.org/philosophy/who-does-that-server-really-serve.en.html

Dans un arrêt de 1909, la Cour de cassation a distingué les effets internes du contrat, qui ne valent en effet qu'entre les parties, des effets externes du contrat, qui peuvent être opposables aux tiers [149]. En vertu de ce principe, un tiers peut se voir opposer ou opposer lui-même les conséquences découlant de l'existence d'un contrat. Toutefois, dans le cas qui nous intéresse, le principe de l'opposabilité des effets externes du contrat ne permet nullement de fonder un droit d'action des tiers à une licence réciproque contre un licencié défaillant : en effet, cela reviendrait non pas à tenir compte des conséquences découlant de l'existence du contrat (ses effets externes), mais à réclamer l'exécution des obligations du licencié envers le donneur de licence (qui font partie des effets internes du contrat) [150].

La deuxième piste est celle de la stipulation pour autrui, exception classique à la relativité des effets des contrats [151]. La stipulation pour autrui est « une opération triangulaire dans laquelle les parties à un contrat — le stipulant et le promettant — s'accordent pour faire naitre, à charge de ce dernier, un droit de créance au profit d'une tierce personne — le tiers bénéficiaire —, qui n'a pas pris part à la conclusion de ce contrat » [152]. Selon Cool, on peut analyser la clause de réciprocité comme une stipulation pour autrui : un donneur de licence A accorde une licence d'utilisation de son œuvre à un licencié B, et stipule en faveur de C une obligation à charge de B de diffuser ses œuvres dérivées sous la même licence [153].

On pourrait objecter que la stipulation pour autrui ne peut faire naitre chez le tiers que des droits, et non des obligations. Or, le bénéfice de la licence ne comprend pas seulement les libertés d'usage de l'œuvre, mais également des obligations (clause d'attribution de paternité, p. ex). Donc la clause de réciprocité ne pourrait constituer une stipulation pour autrui. Toutefois, l'objection n'est pas fondée : si l'on interprète la clause de réciprocité comme une stipulation pour autrui, le droit qui est créé au bénéfice du tiers n'est pas celui de jouir des libertés d'usage de l'œuvre, mais simplement le droit d'adhérer (ou non) à la licence. Si un licencié B, en violation de ses obligations vis-à-vis de A, diffuse une œuvre dérivée sous une licence privative, il prive le tiers bénéficiaire C de son droit d'adhérer à la licence. Dès lors, celui-ci aurait un droit d'action contre B du fait de la stipulation pour autrui.

149. Cass., 27 mai 1909, Pas., 1909, I, p. 272. Cf. P. Wéry, "Théorie générale du contrat", *op. cit.*, t. IV, p. 916.
150. Y. Cool, "Aspects contractuels des licences de logiciels libres : les obligations de la liberté", *op. cit.*, p. 153
151. Cf. l'art. 1121 du Code civil.
152. P. Wéry, "Théorie générale du contrat", *op. cit.*, p. 875.
153. Y. Cool, "Aspects contractuels des licences de logiciels libres : les obligations de la liberté", *op. cit.*, p. 155-159.

Selon Yorick Cool, la clause de réciprocité de la licence GPL satisfait à toutes les conditions généralement requises pour admettre une stipulation pour autrui [154].

Tout d'abord, l'existence d'un tiers déterminé ou déterminable ne pose guère de problème. Cette condition est interprétée assez largement, et on considère généralement qu'il est seulement nécessaire que le tiers bénéficiaire puisse être déterminé au moment où le droit peut être mis en œuvre [155].

La deuxième condition, celle du caractère accessoire de la stipulation pour autrui, est tout aussi aisée à satisfaire dans l'acception large que lui donne généralement la jurisprudence [156]. Or, la stipulation pour autrui serait effectivement l'accessoire du contrat par lequel le donneur de licence accorde certaines libertés d'usage de l'œuvre au licencié.

Plus problématique est la condition de l'existence du caractère certain de la volonté de faire naitre un droit de créance propre en faveur d'un tiers. Certes, la jurisprudence ayant déjà admis des stipulations pour autrui tacites, le fait qu'aucune licence réciproque ne prévoie explicitement un droit en faveur des tiers ne pose pas nécessairement problème. Il faut seulement démontrer que ces licences présentent l'intention de conférer un droit au tiers bénéficiaire. Selon Cool, on peut déduire une telle intention non seulement de certaines mentions dans le texte des licences ("the GNU General Public License is intended to guarantee your freedom to share and change all versions of a program - to make sure it remains free software for all its users"), mais aussi de l'économie générale des licences réciproques : l'intention de garantir à tous les utilisateurs les libertés d'usage sur l'œuvre ne trouve sa pleine efficacité que si on reconnait un droit d'action non seulement dans le chef des donneurs de licence, mais également dans le chef des tiers bénéficiaires. On peut en effet douter qu'un donneur de licence, qui a déjà fait preuve d'une intention libérale en concédant la licence sur son œuvre, pousse l'altruisme jusqu'à faire respecter devant les tribunaux les clauses de la licence qui bénéficient principalement aux tiers.

A l'appui du caractère certain de l'intention de faire naitre un droit en faveur des tiers, on peut encore citer un autre indice textuel dans le cas de la GPL : celle-ci mentionne une forme d'obligation vis-à-vis des tiers dans son article 6, qui vise les conditions dans lesquelles le

154. *ibid.*, p. 155-159.

155. P. Wéry, "Théorie générale du contrat", *op. cit.*, p. 879 ; Y. Cool, "Aspects contractuels des licences de logiciels libres : les obligations de la liberté", *op. cit.*, p. 158.

156. La jurisprudence a en effet étendu l'admissibilité de la stipulation pour autrui au-delà des seuls cas où elle est « la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi (...) » (art. 1121 C. civ.) : la seule exigence est désormais le caractère accessoire de la stipulation par rapport à un autre contrat *ibid.*, p. 159.

logiciel peut être redistribué en version binaire (« object code ») sur un support physique : celui-ci doit être accompagné d'une offre écrite à toute personne entrant en possession du logiciel de lui fournir un accès au code source [157].

A titre subsidiaire, la mise en évidence d'une intention de faire naitre un droit chez autrui peut également s'appuyer sur l'interprétation soutenue par les promoteurs de la licence, en tant que représentants des usages dans ce domaine. On trouve ainsi sur le site de la GPL :

> « If you choose to provide source through a written offer, then anybody who requests the source from you is entitled to receive it » [158].

En ce qui concerne la GPL, il semble suffisamment clair que la licence accorde aux tiers bénéficiaires un droit à l'accès au code source, voire un droit au bénéfice de la clause de réciprocité. Pour le surplus, il faudrait examiner au cas par cas si le texte des autres licences permet de soutenir le caractère certain d'une telle stipulation pour autrui.

Notons qu'en droit anglais, la règle de *privity of contract* limitant les possibilités de bénéfices en faveur des tiers a été fortement atténuée [159], de sorte qu'un droit d'action au bénéfice des tiers à la licence réciproque serait peut-être plus facilement admissible.

3.3 Licences asymétriques

3.3.1 Comment définir la clause « pas d'usage dérivé » ?

La clause pas d'usage dérivé (ou clause ND, pour « No Derivatives »), repose sur deux notions que nous avons rencontrées plus haut : celles d'« adaptation » et de « collection ». À proprement parler, l'interdiction de l'usage dérivé ne découle pas d'une clause spécifique, mais plutôt d'une omission de la licence : par rapport à la licence permissive CC BY, la licence asymétrique CC BY-ND omet la clause accordant au licencié « [the right to] Distribute and Publicly Perform Adaptations ».

157. Cf. GPL v. 3, art. 6, b.

158. Free Software Foundation, *Frequently Asked Questions about the GNU Licenses*, *op. cit.* On notera en passant que, si l'on devait suivre l'interprétation de la GPL comme « simple licence » soutenue par la FSF, il serait difficile de soutenir une telle obligation positive vis-à-vis de tiers.

159. Cf. A. Guadamuz González, "Viral contracts or unenforceable documents ? Contractual validity of copyleft licences", *E.I.P.R.* (2004), p. 336 : « There is a second controversial privity rule in English law which does not allow a third party to benefit from the contract, although the rule has been largely modified in England as to render it practically inexistent. It is important to point out that this second privity rule exists in Civil Law jurisdictions, where third-party rights (known in Scotland as jus quaesitum tertio), has been an integral part of contract law. »

Néanmoins, la licence mentionne tout de même explicitement qu'au-delà le droit de réaliser les modifications techniques requises pour bénéficier des libertés d'usage accordées par la licence, « you have no rights to make Adaptations ».

Par contre, les libertés accordées par la licence incluent le droit d'incorporer l'œuvre dans une « collection », et de reproduire, distribuer et communiquer au public l'œuvre incorporée dans une « collection ».

L'interprétation de la licence CC BY-ND pose donc les mêmes questions que dans le cas des licences réciproques. En effet, comme pour la licence CC BY-SA, la démarcation entre les usages autorisés et interdits repose donc sur la distinction entre « adaptation » et « collection ». Nous renvoyons à nos développements *supra* (3.2) pour une discussion des difficultés liées à l'articulation de ces notions.

3.3.2 Comment définir la clause « pas d'usage commercial » ?

La définition de la clause « pas d'usage commercial » (ou clause NC, pour « Non Commercial ») est souvent considérée comme l'une des principales difficultés liées à l'usage des licences Creative Commons. La définition de la clause NC dans les licences Creative Commons a souvent fait l'objet de critiques parce qu'elle manquerait de précision et de clarté [160].

Notons toutefois que, même si les licences Creative Commons sont encore un peu jeunes pour pouvoir compter sur une jurisprudence détaillée [161], l'accueil reçu par la clause NC dans la jurisprudence est plutôt positif [162].

160. Free Culture Foundation, "Stop the inclusion of proprietary licenses in Creative Commons 4.0", *freeculture.org* (2012) ; *The Future of Creative Commons : Examining defenses of the NC and ND clauses*, 2012, url : http://freeculture.org/blog/2012/09/19/the-future-of-creative-commons-examining-defenses-of-the-nc-and-nd-clauses/ (visité le 26/09/2014) ; R. Pollock, "Removing the NC : Why license restrictions on commercial use are problematic and (frequently) unnecessary", *Open Knowledge Foundation Blog* (2006), url : http://blog.okfn.org/2006/04/24/removing-the-nc/ ; M. Pawlo, "What is the meaning of non-commercial ?", in : *International Commons at the Digital Age - La création en partage*, sous la dir. de D. Bourcier & M. Dulong de Rosnay, Paris : Romillat, 2004

161. Un constat partagé par J. Hatcher, « Creative Commons : Commercial v Non Commercial », p. 1.

162. Il s'agit principalement de deux affaires ayant eu lieu en 2006 aux Pays-Bas et en 2011 en Belgique. Cf. Rechtbank Amsterdam (ref.), *Curry v. Audax*, *op. cit.* ; Civ. Nivelles, *Lichôdmapwa c. ASBL Théâtre de Spa*, *op. cit.*, p. 77, note M. Lambrecht ; Cruquenaire & Henrotte, ... Une autre affaire mettant en cause la clause « nc » a été jugée en Israël en 2011 (Tribunal de district de Jérusalem, C 3560/09, « Avi Re'uveni c. Mapa inc », non traduite), mais comme la violation portait sur une licence CC by-nc-nd, le juge ne devait pas examiner la question de la violation de la clause commerciale.

S'il est indéniable que l'interprétation de cette clause semble poser certaines difficultés, les contours de la notion d'usage commercial ne nous paraissent pas impossibles à clarifier. Pour interpréter correctement le sens de cette clause, il est possible d'avoir recours à diverses techniques interprétatives [163]. Lorsque l'interprétation en fonction de l'intention commune des parties n'est pas possible, et que les autres principes relatifs à la cohérence et la pertinence du contrat ne sont pas concluants , on peut interpréter le sens du contrat en référence aux usages [164]. Pour déterminer ces usages, on pourra notamment se référer à l'interprétation de l'organisation Creative Commons (qui jouit d'une

163. Nous nous inspirons ici de la thèse très détaillée réalisée par Alexandre Cruquenaire (A. Cruquenaire, *L'interprétation des contrats en droit d'auteur*, Bruxelles : De Boeck & Larcier, 2007, p. 108). Moyennant quelques adaptations (concernant les spécificités des contrats d'adhésion, comme le caractère fictif de la commune intention des parties ; cf. *ibid.*, p. 219 ; Y. Cool, "Interprétation de la principale licence de logiciel libre : liberté du code et contrainte de l'interprète", *op. cit.*, p. 25), nous reprendrons la hiérarchie des techniques interprétatives proposée par Cruquenaire, qu'on peut présenter comme suit :

- interprétation relative à la cohérence de la contrat, en interprétant les clauses les unes par rapport aux autres, et en interprétant le sens d'une disposition au regard du sens de l'acte entier (art. 1161 C. civ.), et en ne restreignant pas la généralité du contrat aux cas particuliers mentionnés à titre explicatif (art. 1164 C. civ).
- interprétation relative à la pertinence du contrat, en donnant à chaque clause un effet utile (art. 1157 C. civ.), et en interprétant un terme ambigu dans le sens qui convient le mieux à la matière du contrat (art. 1158 C. civ.)
- interprétation en fonction des « travaux préparatoires » des contrats d'adhésion (cf. *ibid.*, p. 27)
- principes d'interprétation par rapport aux usages (art. 1159-1160 C. civ.)
- principes d'interprétation préférentielle (art. 1162 C. civ. ; art. XI.167 du code de droit économique (anciennement art. 3 de la loi belge sur le droit d'auteur).

164. Le droit commun des obligations permet en effet de recourir aux usages pour suppléer le contenu textuel du contrat. La jurisprudence considère par exemple que les usages peuvent ainsi servir à établir l'existence ou la portée d'une cession de droit d'auteur, lorsqu'ils sont suffisamment établis (Cf. Civ Liège, 19 mars 1986, J.L., 1986, p. 289, cité par A. Cruquenaire & J.-F. Henrotte, "Le mécanisme de la licence "libre" et le droit d'auteur", *op. cit.*). Le recours aux usages peut servir à interpréter le sens de certains termes (art 1159 C. civ. : « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé »), où à ajouter certaines clauses qui sont d'usage dans un domaine (art. 1160 C. civ. : « On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées »). Par contre, le recours à un usage établi ne peut évidemment aller à l'encontre du texte, par exemple s'il s'oppose à une clause particulière, ou si les parties ont exclu explicitement son application (Prés. Civ. Bruxelles (réf.), 26 octobre 1983, Film 13 c. Metropolitan Film, Ing. Cons. 1984, p. 254, cité par Y. Cool, "Interprétation de la principale licence de logiciel libre : liberté du code et contrainte de l'interprète", *op. cit.*, p. 28.).

influence certaine en tant que « steward » de ces licences) [165], à l'étude empirique de 2009 sur l'interprétation de la clause NC [166], à l'interprétation de notions analogues en droit positif, ou encore au sens commun des termes. A l'avenir, si l'idée se généralisait parmi les sociétés de gestion collective d'autoriser les affiliés à diffuser leur œuvre sous licence « non commercial », l'interprétation uniforme dégagée par ces sociétés pourrait également avoir une certaine influence sur les usages [167].

165. Toutefois, les responsables de l'organisation semblent plutôt réticents à l'idée de s'avancer au-delà du texte des licences pour préciser cette notion. Ainsi, dans la FAQ du site creativecommons.org, on peut lire :

« CC cannot advise you on what is and is not commercial use. If you are unsure, you should either contact the creator or rightsholder for clarification, or search for works that permit commercial uses. » (Creative Commons, *Frequently Asked Question*, url : http://wiki.creativecommons.org/Frequently_Asked_Questions)

Les responsables de l'organisation Creative Commons, sans doute par souci de ne pas ajouter à la confusion, adoptent une attitude plutôt attentiste, préférant laisser à la pratique et la jurisprudence le soin de préciser ce qu'il y a lieu de préciser.

De même, Lawrence Lessig, interrogé sur sa définition de « non commercial », élude la question, et reconnait une certaine imprécision : « So, I wish we had a clearer way to mark the line between that cultural understanding of sharing and the appropriate commercial interaction. And we're thinking, we're still pushing for mechanisms that might make that negotiation a simpler one to understand. But I remain committed to the idea that there's a division there and that people would feel exploited if they're sharing material then turned in to the opportunity for somebody independent of them to make money in a way that wouldn't necessarily come back to the original creator. » (*Ten Years of Creative Commons : An Interview with Co-Founder Lawrence Lessig*, 2012, url : http://governancexborders.com/2012/12/18/10-years-of-creative-commons-an-interview-with-co-founder-lawrence-lessig/)

166. En 2009, l'organisation Creative Commons a commandité une étude visant à mettre en lumière l'interprétation donnée par le public de la clause NC : Creative Commons & Netpop Research, "Defining Noncommercial" (2009). Cette étude analyse deux groupes : un échantillon empirique de la population américaine, utilisateurs ou créateurs de contenus en ligne, et un échantillon non-scientifique visant les utilisateurs et sympathisants des licences Creative Commons, composé des répondants à un sondage en libre accès. Une limite importante de cette étude est donc que sa partie empirique vise la population américaine en général, et non spécifiquement les utilisateurs des licences Creative Commons.

167. Ainsi, SACEM française et de la Buma/Stemra néerlandaise ont mis en œuvre des projets pilotes visant à permettre l'adoption de licences CC BY-NC par leurs affiliés. Dans le même sens, le projet de directive sur la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins prévoit en son article 5. 2a. que les sociétés de gestions collectives doivent prévoir une telle possibilité :

> « Rightholders shall have the right to grant licences for the non commercial uses of the rights, categories of rights or types of works and other subject matter of their choice. » (Cf. Creative Commons, *European directive on collective rights management : Collecting societies must allow use of CC licenses*, 2013, url : http://creativecommons.org/weblog/entry/40959)

P. Keller, C. C. Nederland & A. Zondervan, "Evaluation of the Creative Commons Buma/Stemra pilot" (2010). Cf. pour la France : http://www.sacem.fr/cms/

a) interprétation de la clause NC

Penchons-nous à présent sur le texte à interpréter. La clause NC est définie à l'article 4.b. de la licence CC BY-NC :

> « NonCommercial means not primarily intended for or directed towards commercial advantage or monetary compensation. For purposes of this Public License, the exchange of the Licensed Material for other material subject to Copyright and Similar Rights by digital file-sharing or similar means is NonCommercial provided there is no payment of monetary compensation in connection with the exchange » [168]

La clause est résumée ainsi dans le Résumé Explicatif de la licence [169] :

> « Noncommercial — You may not use this work for commercial purposes. » [170]

Commençons par noter que les rédacteurs des licences Creative Commons ont pris le parti de définir la notion d'utilisation à des fins commerciales, et non son pendant, celle d'utilisation à des fins *non* commerciales. En optant pour une définition négative (définissant les usages exclus du bénéfice de la licence) plutôt que pour une définition positive (définissant les usages bénéficiant de la licence), les rédacteurs de la licence ont choisi la voie la moins restrictive à la liberté d'usage.

Notons également que la définition procède d'un critère matériel, et non organique : le caractère commercial est déterminé en fonction de l'utilisation, et non pas de la qualité de l'acteur qui la réalise [171]. Ce choix d'un critère matériel pour définir la notion d'utilisation à des fins

home/createurs-editeurs/creative-commons/experience-pilote-sacem-creative-commons ; Voir également le projet de la KODA danoise : http://wiki.creativecommons.org/Collecting_Society_Projects/Denmark

168. Cf. CC BY-NC 4.0.
Cf. également http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/be/legalcode.fr pour la transposition belge de la version 2.0 de ces licences, toujours pertinente dans la mesure où la définition de la clause NC étant restée inchangée dans les versions 3.0 et 4.0.

169. Le Résumé Explicatif ou (Commons Deed) ne fait pas partie du texte de la licence elle-même, mais « est une référence pratique pour les titulaires de droits et les utilisateurs des œuvres », en « résumant et en explicitant les principales dispositions et conditions des licences ». Cf. http ://creativecommons.org/licenses/

170. Cf. http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/

171. C'est d'ailleurs une des rares précisions apportée par l'organisation Creative Commons : « Please note that CC's definition does not turn on the type of user : if you are a non profit or charitable organization, your use of an NC-licensed work could run afoul of the NC restriction ; and if you are a for-profit entity, your use of an NC-licensed work does not necessarily mean you have violated the term. » Cf. http://wiki.creativecommons.org/Frequently_Asked_Questions

commerciales est cohérent avec l'approche adoptée par le législateur européen pour la notion de « nature non commerciale » dans le cadre de l'exception aux droits d'auteur pour les utilisations à des fins éducatives et de recherche [172]. Le considérant 42 de la directive 2001/29/CE dispose :

> « la nature non commerciale de l'activité en question doit être déterminée par cette activité en tant que telle. La structure organisationnelle et les moyens de financement de l'établissement concerné ne sont pas des éléments déterminants à cet égard » [173].

Cela implique donc qu'une organisation à but non lucratif peut néanmoins voir son utilisation de l'œuvre qualifiée d'utilisation à des fins commerciales, et inversement.

Par ailleurs, comme le note Philippe Laurent [174], les termes « intended or directed toward commercial advantage » manifestent une dimension subjective : on s'intéresse à l'intention ou aux motivations de l'utilisateur. Ainsi, l'important n'est pas tant l'obtention en soi d'avantages liée à l'usage de l'œuvre, mais la question de savoir si l'utilisateur a eu principalement [175] « l'intention » ou a « poursuivi l'objectif » d'obtenir ces avantages (« in any manner that is primarily intended for or directed toward commercial advantage or private monetary compensation »). Il s'agit donc d'un critère principalement subjectif.

On pourrait rapprocher cette approche subjective du caractère commercial du rôle joué par la notion « d'esprit de lucre » [176] en droit belge, qui définit le caractère commercial en un sens subjectif. Le législateur belge a préféré opter pour une énumération des actes commerciaux plutôt que de réaliser une définition analytique de la commercialité. Les actuels articles 2 et 3 du code de commerce procèdent donc à une énumération limitative (quoique formulée en des termes assez large) des actes qui sont réputés être des actes de commerce. Mais dans un arrêt du 19 janvier 1973, la Cour de cassation a considéré qu'il était possible pour un défendeur de renverser cette présomption de commercialité [177].

172. Comme le note P. Laurent, "Premières réactions des juges face aux licences Creative Commons", *R.D.T.I.* 26 (2007), p. 333.
173. *Directive 2001/29/CE*, *op. cit.*, considérant 42.
174. P. Laurent, "Premières réactions des juges face aux licences Creative Commons", *op. cit.*, p. 334
175. Nous reviendrons plus bas sur l'importance de la précision « principalement » (« primarily »).
176. Voy. p. ex. M. Coipel, «L'ASBL 'vendeur' dans la LPCC et la qualification des actes de commerce qu'elle exerce», *J.D.S.C.*, 2005, pp. 9 et s. Cf. P. Laurent, "Premières réactions des juges face aux licences Creative Commons", *op. cit.*, p. 334.
177. «si aux termes de l'article 2 du Code de commerce, certains actes sont réputés par la loi actes de commerce, c'est parce que le législateur présume que ceux-ci sont

Ce faisant, la Cour de cassation a commencé à définir la notion de commercialité de manière théorique. En effet, pour échapper à la présomption découlant des articles 2 et 3 du code de commerce, un défendeur doit établir qu'il a agi sans esprit de lucre et de spéculation, considérés comme des éléments essentiels de la commercialité [178].

L'esprit ou le but de lucre consiste, pour une société « d'enrichir ses associés », de faire en sorte « que la société leur procure un avantage patrimonial » [179]. Le but de lucre implique donc la recherche d'un bénéfice, qu'on définit comme le « [p]rofit égal à la différence entre les recettes et les dépenses » [180]. La notion de « spéculation », considérée dans la doctrine comme équivalente à celle d'esprit de lucre [181], est usuellement définie comme une « [o]pération financière, commerciale faite pour tirer profit des variations du marché » [182]. Elle contient donc également l'idée de recherche de profit. On pourrait dès lors s'inspirer de la notion d'esprit de lucre, au cœur de la définition de la « commercialité » en droit belge [183], pour développer une définition minimale de ce qui est commercial : une activité est commerciale lorsqu'elle recherche le profit.

Tentons à présent d'analyser précisément le sens de l'expression « intended for or directed toward commercial advantage or private monetary compensation », utilisée dans la définition de la licence CC NC. Il semble que l'on puisse rapprocher cette expression de celle utilisée dans

accomplis dans un esprit de lucre ; [...] ceci n'est toutefois qu'une présomption iuris tantum, susceptible de preuve contraire»,Cass., 19 janv. 1973, R.C.J.B., 1974, p. 321, note J. Van Ryn et J. Heenen.

178. SelonW Derijcke & F T'Kint, "La faillite", *Rép. Not.* t. XII.livre 12 (2006), p. 118 : « La Cour de cassation a souvent fait de «l'esprit de lucre» un élément essentiel de la commercialité. On a attribué cette même importance à la «spéculation». ».

179. Cf. l'article 1er du code des sociétés : « Une société est constituée (...) dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect » Code des Sociétés, article 1. Cet article consacre une conception large du bénéfice (cf.M Coipel, *Droit des sociétés commerciales*, Malines : Wolters Kluwer Belgium, 2006, p. 98, n° 430). Selon cette conception large, le but de lucre est donc avéré lorsqu'il y a un partage direct des bénéfices entre associés, que lorsque ceux-ci percoivent un avantage indirect, par exemple une économie.

180. *Trésor de la Langue Française Informatisé*, *op. cit.*, v° « bénéfice ».

181. « Il semble au demeurant que cet esprit de lucre, compris comme esprit de spéculation, soit consubstantiel à l'idée que, à tort ou à raison, le législateur a de longue date voulu imprimer à la notion de commercialité », W Derijcke & F T'Kint, "La faillite", *op. cit.*, p. 119, n°33

182. *Trésor de la Langue Française Informatisé*, *op. cit.*, v° « spéculation ».

183. Si la notion de « commercialité » a aujourd'hui perdu de sa pertinence pour délimiter le champ du droit économique, supplantée par la notion plus large « d'entreprise » (N. Thirion, "Les activités économiques sont-elles solubles dans la piscine du curé ?", *Rev. Prat. Soc.* 1-2 (2010) ;J. Ryn & J. Heenen, *Principes de droit commercial*, 2e éd., Bruxelles : Bruylant, 1976, p. 16), elle reste une notion clé dans la détermination des limites de l'activité des associations à but non lucratif.

le Copyright Act américain, qui définit une condition suffisante pour constituer l'infraction pénale de violation au droit d'auteur :

> « In general.— Any person who willfully infringes a copyright shall be punished as provided under section 2319 of title 18, if the infringement was committed—
>
> (A) for purposes of commercial advantage or private financial gain ; » [184]

Cette formulation, très proche de celle de la clause NC, adopte également une conception subjective du caractère commercial. Originellement, la condition prévue dans la loi américaine de 1897 était que la violation soit « willful and for profit » [185]. En droit américain, la recherche de profit semble donc également être un élément central de la définition de « commercial ».

Au regard de ce qui précède, on pourrait donc faire un rapprochement avec notre définition minimale de la commercialité. On pourrait considérer qu'il y a un « commercial advantage » lié à l'utilisation d'un œuvre sous clause NC lorsque l'utilisateur perçoit un bénéfice, et non de simples recettes. Selon cette lecture, il n'y aurait donc pas usage commercial dès qu'il y a perception d'une somme d'argent ou d'un avantage, mais seulement si ceux-ci excèdent les dépenses encourues.

Notons toutefois que, dans le contexte de la lutte contre le piratage, la portée de la définition du but commercial en droit américain a été fortement étendue par le *No Electronic Theft Act* de 1997 [186] : « The term "financial gain" includes receipt, or expectation of receipt, of anything of value, including the receipt of other copyrighted works ». Cette

184. 17 US Code § 506.

185. Cf. *Statement of Marybeth Peters The Register of Copyrights before the Subcommittee on Courts and Intellectual Property Committee on the Judiciary*, United States House of Representatives, 105th Congress, 1st Session, 1997 : « Although Congress did not explain the change, see H.R. Rep. 1476, 94th Cong., 2d. Sess. 163 (1976), courts have pointed out that the current language conforms to judicial interpretation of the prior law's "for profit" requirement as covering infringers who intended to make a profit but did not actually do so. See United States v. Cross, 816 F.2d 297, 301 (7th Cir. 1987) ; United States v. Moore, 604 F.2d 1228, 1235 (9th Cir. 1979) »

186. L'élément déclencheur de ce changement est l'arrêt LaMacchia en 1994, impliquant un étudiant du MIT qui opérait un « bulletin board » sur Internet destiné l'échange de copies d'œuvres protégées. La Cour, non sans avoir fustigé le comportement du défendeur comme « heedlessly irresponsible, and at worst as nihilistic, self-indulgent, and lacking in any fundamental sense of values », est contrainte de prononcer la relaxe pour défaut de motif commercial. La Cour en appelle alors au législateur pour combler cette lacune dans la loi (« it is the legislature, not the Court which is to define a crime, and ordain its punishment »). Cf. District Court of Massachusets, *United States v. LaMacchia*, 871 F.Supp. 535. Cet appel sera entendu par le législateur de 1997, et le No Electronic Theft Act de 1997 ajoutera la définition suivante : « The term "financial gain" includes receipt, or expectation of receipt, of anything of value, including the receipt of other copyrighted works »

extension revient en quelque sorte à vider de sa substance la condition prévue au §506, étant donné que pratiquement tout avantage permettra de constituer l'infraction pénale [187]. Cette nouvelle définition, excessivement large, ne semble pas pouvoir servir de base à une interprétation opérationnelle de la notion d'usage commercial.

Quid de la notion de « monetary compensation » ? [188]. Qu'est-ce qui distingue cette expression, par rapport à celle de « commercial advantage » ? Au sens usuel, toutes deux dénotent un avantage de nature différente : si une « monetary compensation » consiste clairement en une somme d'argent, l'expression « commercial advantage » désigne plus largement tout avantage, monétaire ou non.

Notons également que l'adjectif « commercial » n'est pas accolé à l'expression « monetary compensation ». Faudrait-il en conclure que toute perception d'une somme d'argent est exclue, indépendamment de l'intention commerciale ? Probablement pas : si l'on interprète les clauses les unes par rapport aux autres, et en leur donnant le sens de l'acte entier (art. 1161 C. civ.), il semble clair que seules sont visées les « monetary compensation » perçues à titre commercial (entendu comme « dans l'intention de réaliser un profit »). On peut facilement lire « monetary compensation » comme un cas particulier d'avantage commercial, mentionné à titre explicatif, et qui ne restreint donc pas le sens de la clause (art. 1164 C. civ).

Une autre précision importante est que la clause n'interdit pas *tout* avantage commercial. En effet, pour qu'un usage soit interdit par la clause NC, il faut qu'il soit réalisé *principalement* dans l'intention ou dans un but commercial (« *primarily* intended for or directed toward [...] ») [189]. La précision « primarily » restreint donc la portée des usages considérés comme commerciaux.

En ce sens, il semble que la perception d'une compensation financière dans un but de remboursement de dépenses encourues ne puisse pas être raisonnablement interprétée comme relevant *principalement* d'une intention commerciale. Le terme « primarily » permettrait donc

187. C'est sans doute en réaction à cet ajout que la définition de la clause NC exclut spécifiquement l'hypothèse du peer-to-peer :« The exchange of the Work for other copyrighted works by means of digital file-sharing or otherwise shall not be considered to be intended for or directed toward commercial advantage or private monetary compensation, provided there is no payment of any monetary compensation in connection with the exchange of copyrighted works ».

188. Les versions précédentes des licences présentaient l'expression de « *private* monetary compensation », mais le fait que le terme « private » a été supprimé de la formulation de la nouvelle version 4.0 des licences laisse penser que les rédacteurs ont jugé cette précision superflue. Cf. http://wiki.creativecommons.org/4.0/

189. A ce sujet, voyez G. Hagedorn et al., "Creative Commons licenses and the non-commercial condition : Implications for the re-use of biodiversity information.", *ZooKeys* 149.150 (2011)

d'autoriser toute une palette d'usages de l'œuvre qui ne sont pas principalement dans une intention ou poursuivant un but commercial.

On pourrait encore une fois faire un rapprochement avec le droit commercial [190] : dans le cas d'une association à but non lucratif, la délimitation du champ des activités commerciales comprend également ce genre de condition. On considère ainsi qu'une association sans but lucratif peut réaliser une activité dont elle tire des bénéfices, à condition que cette activité reste accessoire, c'est à dire « dans la mesure où [ces bénéfices] ne sont pas distribués aux membres mais servent à la réalisation de son objet principal non lucratif » [191]. Accessoire signifie ici à la fois secondaire par rapport à une activité prépondérante, et subordonnée à cette activité. Une activité accessoire est conçue comme un moyen de réaliser l'activité prépondérante [192]. Il faut distinguer l'activité accessoire de l'activité d'appoint : bien que secondaire de l'activité prépondérante, l'activité d'appoint est indépendante de celle-ci [193].

Il est donc possible d'interpréter la condition « primarily intended or directed » comme l'exigence que l'éventuelle intention commerciale se limite ou bien à une activité accessoire, ou bien à une activité d'appoint. De ce choix interprétatif dépendra une bonne partie de la portée de la clause NC. Selon qu'on l'interprète comme autorisant seulement une activité commerciale accessoire (primaire dans le sens de « secondaire et subordonnée »), ou seulement une activité commerciale d'appoint (primaire dans le sens de « secondaire et indépendante »), ou comme autorisant les deux (primaire dans le sens de « secondaire »), la portée de la clause NC sera plus ou moins large.

Une autre implication possible de cette exigence d'une intention ou d'un objectif principalement (« primarily ») commercial serait de fonder une présomption vis-à-vis de certains acteurs. C'est le compromis entre critère matériel et organique réalisé par la Cour Suprême américaine, dans son application de l'exception du fair use (dont les critères incluent la mention controversée de « la nature commerciale » de l'usage [194]) :

190. Voyez également, en droit fiscal, l'art. 182 du Code des impôts sur le revenu du 30 juillet 1992. Cf. Service Public Fédéral Finances Impôts directs — Commentaire du Code des impôts sur le revenu 1992, n° 182/5, v° « philanthropique ».

191. A. Benoit-Moury, "Droit Commercial", *Rép. Not.* t. II (2001), livre 1, n°2, p. 54. Cf. Également J. 'T KINT , *Les A.S.B.L.*, 2e éd., pp. 56 et s. ; Bruxelles, 22 nov. 1979, *J.T.*, 1980, p. 153, obs. De Brouwer.

192. *ibid.*, livre 2, n°13 et 14, p. 59

193. *ibid.*, livre 2, n°14, p. 59. Contrairement à l'activité accessoire, l'activité d'appoint confère un caractère commerçant à l'association sans but lucratif.

194. W. W. Fisher, "Reconstructing the Fair Use Doctrine", *op. cit.*, p. 1673 : « The second danger derives from the ambiguity of the term "commercial" - an ambiguity the Court has enhanced. In the various opinions in Sony and Harper & Row, the term was used in three markedly different ways. (...) Each of these definitions is problematic, but more serious than their individual defects is the fact that the Court has not indicated which is authoritative. »

selon la Cour, la nature commerciale de l'acteur n'est pas une condition suffisante pour exclure le fair use, mais fonde néanmoins une présomption contre l'application du fair use, qui peut être renversée par les circonstances de l'espèce [195].

Le but de lucre faisant partie de la définition légale des sociétés commerciales, elles seraient donc présumées avoir une intention ou un objectif principalement commercial [196]. Toutefois, comme le notent Hagendorn et al. [197], une université ou un hôpital constitués en société commerciale peuvent se doter d'une charte ou d'un « mission statement » établissant un but d'intérêt général, caritatif ou philanthropique. Bien d'autres cas limites sont possibles, comme celui des entreprises publiques autonomes (constituées en sociétés anonymes) ou des entreprises privées s'étant vues déléguer une mission de service public [198]. Dans tous ces cas, la présomption que ces sociétés agissent dans une intention ou un objectif principalement commercial pourra être renversée.

L'interprétation de la notion d'usage commercial peut également s'inspirer des quelques réponses apportées par la jurisprudence sur les licences ouvertes.

Un jugement rendu en 2008 par le tribunal de première instance d'Amsterdam a estimé que la publication de photos sous licence CC BY-NC-SA dans un magazine de divertissement commercial (« Weekend ») peut être interprétée comme une activité principalement commerciale [199].

Dans une décision de 2010, le tribunal de première instance de Nivelles a jugé que l'utilisation par une A.S.B.L. d'une œuvre musicale (sous licence CC BY-NC-ND) comme fond sonore d'un spot publicitaire promouvant ses activités (un festival de théâtre) constitue notam-

195. US Supreme Court, *Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1993).

196. « In the case of for-profit companies, a commercial advantage can be assumed to be the primary goal in the majority of cases », G. Hagedorn et al., "Creative Commons licenses and the non-commercial condition : Implications for the re-use of biodiversity information.", *op. cit.*

197. *ibid.*

198. Ainsi, la Cour de cassation semble faire un lien direct entre l'accomplissement par une entreprise d'une mission de service public et l'absence d'esprit de lucre : « Tous les actes d'une entreprise publique autonome, même ceux qu'elle accomplit sans esprit de lucre dans l'exercice de sa mission de service public sont, bien que l'entreprise elle-même n'acquière pas la qualité de commerçant, régis par les règles du droit commercial » (en vertu de l'art. 8. 1er de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques) Cass, *SNCB Holding c. Association Liégeoise du Gaz*, 18 juin 2007, 06.000.F/12.

199. Rechtbank Amsterdam (ref.), *Curry v. Audax*, *op. cit.* : « Voorshands heeft Audax ook deze voorwaarde [art. 4 sub c] geschonden, nu het uitgeven van een entertainmentblad als Weekend in de eerste plaats als een commerciële activiteit kan worden aangemerkt »

ment une violation de la clause interdisant d'en faire une utilisation commerciale [200].

Même si le texte du jugement n'est pas vraiment prolixe, on peut en tirer quelques conclusions intéressantes sur l'interprétation de la clause NC. Premièrement on voit que le but non lucratif de la défenderesse n'empêche pas que son usage de l'œuvre soit qualifié de commercial : le juge utilise donc bien un critère matériel et non organique pour apprécier l'usage commercial, comme proposé supra. Deuxièmement, l'utilisation dans un spot publicitaire constitue un usage commercial. On pouvait assez facilement faire découler cette conclusion du texte de la clause NC, dans la mesure où par définition, une annonce publicitaire pour un évènement payant vise principalement à obtenir un avantage commercial (en l'occurrence la participation du public aux activités organisées).

b) Cas d'application

Tentons à présent de tester si notre discussion nous permet d'éclairer l'application de la clause NC à un cas pratique un peu plus compliqué. Nous reprendrons une situation similaire à celle que nous avons envisagée pour la clause de réciprocité :

A, notre photographe, distribue une photographie sous licence CC BY-NC. B tient un blog personnel où il livre régulièrement des chroniques sur l'actualité politique. Les pages du blog présentent une ou plusieurs publicités. Chaque mois, les revenus publicitaires liés à la fréquentation de son blog lui permettent tout juste de rembourser les frais d'hébergement de son site. B décide d'intégrer une reproduction de la photographie de A dans un article de son blog. Faut-il considérer que B contrevient aux conditions de la clause « Pas d'usage commercial » ?

Il y a clairement une perception de compensation monétaire sous la forme de revenus publicitaires, mais est-elle de nature commerciale ? Au regard de notre définition du caractère commercial comme la recherche d'un profit, le motif de couvrir ses couts d'hébergement ne parait pas constituer un usage commercial.

Imaginons que l'on considère qu'il y a bien intention commerciale, soit en raison d'une interprétation très large du caractère commercial (couvrant tout transfert d'argent), soit parce que les revenus publicitaires dépassent ses dépenses. Même dans ce cas-là, pourrait-on soutenir que l'inclusion d'une image dans un blog à faible audience financé par la publicité est de nature principalement commerciale ?

200. Civ. Nivelles, *Lichôdmapwa c. ASBL Théâtre de Spa*, *op. cit.*

Tout d'abord, B est une personne privée. On ne peut donc pas présumer son intention commerciale. Il faudrait alors montrer que le montant des recettes publicitaires excédant ses dépenses constitue le principal but recherché par B dans l'inclusion de la photographie de A. Cela parait difficile à moins que certaines circonstances ne soient réunies. Ainsi on pourrait soutenir que B agit dans un but principalement commercial si son blog présente un grand nombre de bannières publicitaires, en comparaison avec la surface consacrée au contenu. Ou si le montant excédant les dépenses est suffisamment conséquent, par exemple en comparaison à la rémunération de base qu'aurait perçu un journaliste pour un travail similaire.

En conclusion, selon notre interprétation de la clause NC, on peut admettre l'usage d'une œuvre sous licence NC sur un site présentant des publicités, lorsque les circonstances ne permettent pas d'établir qu'un tel usage est principalement dans une intention commerciale. Il convient pour cela d'envisager une série d'indices, comme la destination des revenus publicitaires, leur montant, la qualité de l'utilisateur, etc.

c) L'étude empirique sur la clause NC

L'étude de 2009 sur la compréhension des licences NC [201] constitue-t-elle un élément pertinent pour leur interprétation ? Les résultats de cette enquête sont difficiles à analyser. Certains résultats divergent fortement selon les échantillons : 63 % des participants au premier échantillon (composé d'un groupe représentatif de la population américaine) qualifient de « certainement commercial » l'usage en ligne avec publicité afin de couvrir les couts d'hébergement , et seulement 32 % pour le deuxième échantillon (composé d'utilisateurs familiers avec les Creative Commons). De plus, l'échantillonnage des participants pose problème. Ainsi, dans l'échantillon représentatif de la population américaine, 80 % affirment ne jamais avoir été impliqués dans l'octroi d'une licence de droit d'auteur, et 56-59 % disent ne pas être familiers du tout avec les principes de l'open source [202]. Il n'est donc pas sûr que leur compréhension du sens de la clause « Pas d'usage non commercial » soit pertinente pour révéler les usages. Pour pouvoir tirer une conclusion utile en droit, il faudrait sans doute se concentrer sur les utilisateurs de ces licences. Le deuxième échantillon, les utilisateurs familiers avec les Creative Commons, parait déjà plus pertinent. Malheureusement, ce deuxième échantillon n'a pas été sélectionné en suivant une méthodologie scientifique rigoureuse.

201. Creative Commons & Netpop Research, "Defining Noncommercial", *op. cit.*
202. Cf. *ibid.*

Il faut donc être prudent quant aux enseignements que l'on tire de cette étude. On peut néanmoins relever certaines observations, sujettes à vérification par une étude ultérieure.

Premièrement, on peut trouver des points de convergence dans l'interprétation par les deux catégories de participants (créateurs et utilisateurs) du caractère commercial d'une utilisation. Ainsi, les usages qui génèrent un revenu sont généralement considérés comme moins commerciaux lorsqu'ils servent à couvrir les couts, ou lorsqu'ils sont réalisés par des particuliers plutôt que des organisations. En outre, les usages réalisés par des organisations non lucratives sont généralement considérés comme moins commerciaux que l'usage par des entreprises commerciales. Ces éléments semblent a priori cohérents avec notre interprétation de la clause NC.

Un autre enseignement de l'étude de 2009 conduit à relativiser la difficulté d'interprétation de la clause NC : on observe en effet que les ayants droit soutiennent généralement une interprétation plus libérale de la notion de « non commercial » que leurs licenciés, qui soutiennent une interprétation plus restrictive. Cette différence entre les deux groupes d'utilisateurs laisse penser que les litiges seront peu nombreux, puisque les donneurs de licence sont généralement plus permissifs et les licenciés généralement plus prudents. De même, ceux parmi les créateurs qui gagnent le plus d'argent (et sont donc les plus susceptibles d'entamer un litige) sont également plus libéraux que ceux qui en gagnent moins [203]. Les auteurs de l'étude rapprochent cette tendance avec un principe classique en ingénierie des réseaux, le principe de robustesse : « Be conservative in what you do ; be liberal in what you accept from others » [204], qu'on pourrait traduire par « Soyez sévère quant à vos actions, et indulgent quant à celles des autres ». Ce principe de conception technique vise à assurer la résilience d'un réseau.

Pour peu que la tendance mise en évidence par l'étude de 2009 se vérifie, celle-ci pourrait avoir un impact important sur la sécurité juridique liée à l'usage de licences ouvertes. Si les utilisateurs sont aussi prudents que les auteurs sont tolérants, alors l'utilisation d'une œuvre sous licence ouverte risque de susciter peu de litiges. Le principe de robustesse pourrait donc constituer un facteur important dans la résilience de la voie des licences ouvertes.

Toutefois, on peut craindre qu'un tel équilibre soit mis à mal dans le cas où des sociétés de gestion collective seraient chargées de faire respecter la clause NC, comme dans les pilotes d'utilisation des licences Creative Commons avec la SACEM en France ou la Buma/Stemra aux Pays-Bas [205]. On peut en effet s'attendre à ce que les sociétés de

203. *ibid.*, p. 79.
204. *ibid.*, p. 79 ; ce principe est aussi appelé « loi de Postel ».
205. Cf. supra note 167 page 290.

gestion, dont le but est de collecter un maximum de revenus à redistribuer à leurs affiliés, ne se montrent pas particulièrement tolérantes dans les usages commerciaux qu'elles permettent. D'ailleurs, les propositions de définition des usages non commerciaux par la SACEM ou la Buma/Stemra sont toutes les deux particulièrement restrictives. L'applicabilité du principe de robustesse aux licences ouvertes dépend donc en partie des acteurs chargés d'appliquer ces licences.

En conclusion, si l'admissibilité de certains cas limites demandera sans doute des efforts d'interprétation de la part des juges ou de clarification dans le chef des rédacteurs des licences, l'ampleur des difficultés posées ne parait pas telle qu'elle anéantirait la possibilité de tracer une limite entre usages commerciaux et non commerciaux. Il semble en outre qu'il soit possible d'élaborer une définition de la clause NC qui soit plus souple qu'une interdiction pure et simple de tout transfert d'argent, et permette certaines compensations financières visant à recouvrer ses couts, tant qu'elles n'ont pas un but de profit. Certes, les situations ambivalentes ne manqueront pas. Mais tout système juridique présente de telles zones grises, et le rôle de la jurisprudence est précisément d'élaborer des cas archétypiques par rapport auxquels les acteurs peuvent adapter leur comportement.

En prenant un peu de recul, les mises en garde contre l'insécurité juridique de la clause NC font penser aux mises en garde qui ont longtemps prévalu au sujet de la validité juridique des licences ouvertes [206], une question qui ne fait aujourd'hui plus de doute [207]. Il semble que la littérature juridique montre souvent une tendance à la circonspection face à tout nouvel objet juridique. Dans le cas des licences ouvertes, cette circonspection a probablement été renforcée par la relative rareté des litiges portant sur l'application de licences ouvertes hors du domaine de l'informatique. Comme il faut du temps pour l'adoption de certaines licences par les créateurs, il faut également du temps pour que les controverses sur la portée, la validité ou le sens de certaines licences soient tranchées par la jurisprudence. Si la popularité des licences à clause NC ne se dément pas, on pourra sans doute voir émerger une jurisprudence qui contribuerait à préciser, petit à petit, les contours de la notion d'usage commercial.

Certes, les rédacteurs de la licence pourraient également jouer un rôle à cet égard, en clarifiant la définition de la clause NC par une interpré-

206. Voyez par exemple J. B. B. Wacha, "Taking the Case : Is the GPL Enforceable ?", *op. cit.* ; A. Guadamuz González, "The calm before the storm ? Legal challenges to open source licences", in : *Proceedings of the First International Conference on Open Source Systems, Genova*, sous la dir. de M. Scotto & G. Succi, July, 2005, pp. 215-219.

207. Cf. la réception des licences ouvertes par la jurisprudence en *common law* et en droit civil, *supra* 1.1.2 et 1.2.5.

tation qui fasse autorité. Toutefois, l'organisation Creative Commons semble adopter une attitude très prudente en la matière, invoquant les risques que poseraient des changements trop radicaux, notamment celui de créer davantage d'incertitude qu'actuellement, et de générer une confusion entre les différentes versions de la licence en circulation [208]. Il semble que la voie des licences ouverte soit affectée par un effet de dépendance de sentier **:** une fois établies, les licences sont difficiles à réviser, en raison de la difficulté de faire adopter la nouvelle version de la licence par les créateurs, ou de la cohabitation entre plusieurs versions divergentes d'une même licence [209]. Cet effet de dépendance de sentier parait de nature à nuancer l'avantage en terme de flexibilité dont jouirait la voie des licences ouvertes sur la voie du changement législatif.

Conclusion du chapitre II

En conclusion, si les licences ouvertes constituent un outil juridique original et encore assez neuf, la question générale de leur efficacité juridique ne fait plus beaucoup de doute. La polémique sur l'opposabilité de ces licences n'est plus de mise, ayant a été admise par un nombre croissant de juridictions de par le monde.

Lorsqu'on rentre dans le détail de leur qualification juridique, les licences ouvertes continuent de poser un certain nombre de questions techniques. Ainsi, la question de la nature contractuelle de ces licences est toujours un sujet de controverse dans les pays de *common law*. Nous avons pourtant vu que la qualification de « simples licences » soutenue par certains n'apportait pas beaucoup d'avantages (et certainement pas pour le licencié), et semblait plutôt relever de craintes largement dépassée à propos de la réception de ces licences par les juges.

Dans les systèmes de tradition civiliste, par contre, la nature contractuelle des licences ouvertes fait généralement consensus. Les licences ouvertes n'en constituent pas moins des contrats assez particuliers qui posent des questions intéressantes d'un point de vue juridiques, comme celle du consentement du licencié ou de l'interaction entre droit d'auteur et droit des contrats. Ainsi, les licences ouvertes ont contribué à l'acceptation des contrats électroniques, avec la conséquence paradoxale que l'assouplissement des conditions du consentement pour ces licences

208. Cf. L. Dobusch, *CC Global Summit 2011, Pt. III : Discussing the Non-commercial Module*, 2011, url : http://governancexborders.com/2011/09/17/cc-global-summit-2011-pt-iii-discussing-the-non-commmercial-module/
209. Cf. *ibid.*

pourrait également renforcer l'opposabilité de licences privatives dans le domaine des logiciels.

Après avoir brièvement examiné les caractéristiques générales des licences ouvertes, nous nous sommes penchés plus en détail sur des questions spécifiques aux différentes familles de licence. Nous avons ainsi vu que toutes les licences, y compris les plus permissives, contiennent des conditions visant à satisfaire à une conception minimale des droits moraux, centrée sur la protection de l'attribution et de la réputation de l'auteur. Les licences réciproques posent davantage de difficultés, notamment la question du champ d'application de la clause de réciprocité aux services en ligne ou aux « liens dynamiques » dans le domaine des logiciels (une problématique qui conduit les promoteurs de ces licences à entretenir une interprétation large du droit d'auteur), ainsi que la possibilité pour les tiers de se prévaloir de cette clause de réciprocité (qui peut être soutenue par le mécanisme de la stipulation par autrui). Enfin, la question principale posée par les licences asymétriques est celle de l'interprétation de la clause « pas d'usage commercial ». Nous avons vu qu'en dépit des polémiques sur le manque de clarté de la clause NC dans les licences Creative Commons, il ne parait pas insurmontable d'établir quelques règles d'interprétation, en s'inspirant notamment de la notion de « but de lucre » en droit commercial. S'il parait important de réfléchir à une distinction claire entre les usages commerciaux et non commerciaux, c'est à la fois en raison de la très grande popularité de cette clause NC parmi les donneurs de licence, et en raison du rôle croissant qu'elle joue dans certaines propositions de réforme des régimes d'exceptions au droit d'auteur (voyez par exemple l'exception pour les contenus non commerciaux générés par les utilisateurs que nous discutons *infra*, partie IV, chapitre 2, section 1).

Maintenant que nous avons établi que les licences ouvertes pouvaient constituer un instrument juridique efficace, il nous reste à évaluer le succès de ces licences pour promouvoir l'ouverture de l'environnement numérique.

Chapitre III

Évaluation des licences ouvertes pour promouvoir l'ouverture

Si la voie des licences ouvertes aspire à contribuer à l'ouverture de l'environnement numérique, y parvient-elle vraiment ? Quelles sont les différentes approches mises en œuvre pour augmenter le niveau des libertés d'usage de l'information ? Et quels sont les principaux risques auxquels s'exposent, à des degrés divers, ces différentes approches ? C'est ce que nous allons voir dans ce chapitre.

Nous commencerons par comparer les approches adoptées par chacune des trois grandes familles de licences ouvertes, et qui constituent trois réponses différentes au compromis incitation - liberté d'usage.

Section 1 Trois approches du compromis incitation - liberté d'usage

Dans la première partie de cette thèse, nous avons vu que la réponse du régime juridique du droit d'auteur au problème de biens publics posé par la création intellectuelle passait par un compromis entre incitation et usage (cf. *supra*, Partie I, 4.1). Or il est remarquable de constater que le régime contractuel des licences ouvertes fait face à un défi similaire, et y adopte une réponse que nous qualifierons de compromis entre incitation et liberté d'usage.

La plupart des licences ouvertes prévoient des restrictions aux libertés d'usage (à l'exception des licences qui dédient l'œuvre au domaine

public [1]). Généralement, ces restrictions ont pour fonction ou bien d'assurer le bon fonctionnement du mécanisme de la licence (comme l'obligation de mentionner les conditions de la licence), ou bien d'inciter les créateurs à contribuer au fonds commun sous licence ouverte.

Car les partisans de l'ouverture font face au même problème d'action collective que le régime juridique du droit d'auteur : vu les caractéristiques de bien public de l'information, comment inciter les créateurs à augmenter le nombre d'œuvres disponibles ?

En effet, pour avancer l'objectif d'ouverture par la voie de la responsabilité sociale, il ne suffit pas de fournir des licences garantissant certaines libertés d'usage : il faut également que suffisamment de créateurs adoptent ces licences, afin qu'il existe un fonds le plus grand possible d'œuvres libres d'usage.

Pour les licences ouvertes, l'objectif n'est pas nécessairement d'augmenter le niveau absolu de création intellectuelle, mais avant tout de maximiser la proportion d'œuvres sous licence ouverte plutôt que sous droit exclusif. Étant donné la concurrence avec le régime par défaut du droit d'auteur (cf. *supra* 4.5), les partisans des licences ouvertes doivent faire en sorte que la contribution au commun sous licence ouverte soit plus attractive pour les créateurs que le choix d'une réservation privative de l'œuvre. En quelque sorte, les licences ouvertes cherchent à procurer à l'auteur deux types d'incitant : un incitant à créer, mais aussi un incitant à « libérer » son œuvre.

En schématisant, on peut considérer que les trois familles de licences ouvertes adoptent chacune une forme particulière de compromis entre incitation et liberté d'usage :

La réponse des licences permissives est la plus simple : il n'est pas nécessaire de limiter les libertés d'usage pour inciter à la création sous licence ouverte (1.1).

Les licences réciproques apportent sans doute la réponse la plus originale, en limitant la liberté de création dérivée afin d'utiliser le fonds commun des œuvres sous licence ouverte comme incitant à l'adoption d'une licence ouverte (1.2).

Les licences asymétriques, enfin, présentent la réponse la plus proche de celle du régime du droit d'auteur : il s'agit de réserver certains droits d'usage de l'œuvre à l'auteur, afin de lui fournir un incitant à la création sous licence ouverte (1.3).

Dans notre examen des trois familles de licences ouvertes, nous verrons comment celles-ci réalisent ces différents types de compromis entre incitation et liberté d'usage. Plus précisément, nous verrons en quoi certaines clauses peuvent être utilisées en vue de différents effets d'incitation :

1. Comme c'est le cas pour la licence CC 0.

L'effet « membre du club » vise à procurer un avantage aux créateurs adoptant une licence ouverte, en leur réservant la possibilité de réutiliser des éléments d'œuvres sous licence ouverte.

L'effet « anti *free riding* » vise à garantir un sentiment d'équité aux créateurs qui diffusent leur œuvre sous licence ouverte, en empêchant certains acteurs d'en tirer un avantage considéré comme injuste.

L'effet « certains droits réservés » vise à procurer un avantage à ceux qui diffusent leur œuvre sous licence ouverte, en leur permettant de se réserver certains droits afin d'en tirer un bénéfice commercial ou personnel.

Passons à présent en revue les approches des différentes familles de licences ouvertes.

1.1 Les licences permissives : une incitation sans limiter les libertés d'usage

La réponse des licences permissives au problème d'action collective posé par la création intellectuelle est très différente de celle du régime du droit d'auteur qui passait, nous l'avons vu, par un compromis entre incitation et liberté d'usage. Par contraste, les licences permissives ne font pas de compromis avec la liberté d'usage, puisqu'elles ne réservent aucun droit sur l'œuvre, n'imposant aux licenciés que des conditions purement formelles (attribution, protection de l'utilisation du nom de l'auteur, etc.).

Du point de vue de la justification utilitariste du droit d'auteur, cette approche a quelque chose de déconcertant. Si les *free riders* (« passagers clandestins ») bénéficient tout autant de l'œuvre que ceux qui contribuent à sa création, comment attirer des contributeurs ? Comment expliquer le succès de nombreux projets de création sous licence permissive dans le domaine des logiciels, qui ne manquent pas contributeurs, malgré l'absence d'incitation liée aux droits exclusifs ?

La littérature économique s'est penchée sur cette question, en développant ces dernières années un corpus grandissant d'études sur les motivations des contributeurs aux projets de développement de logiciels libres ou *open source*[2].

2. Voyez par exemple J. Lerner & J. Tirole, "Some simple economics of open source", *op. cit.* ; E. von Hippel & G. von Krogh, "Open Source Software and the "Private-Collective" Innovation Model : Issues for Organization Science", *Organization Science* 14.2 (2003) ; M. r. Allyn & Ram B. Misra, "Motivation of Open Source Developers : Do License Type and Status Hierarchy Matter ?", in : *Multi-disciplinary Advancement in Open Source Software and Processes*, sous la dir. de S. Koch, Hershey : IGI Global, 2011 ; S. Belenzon & M. Schankerman, *Motivation and Sorting in Open Source Software Innovation*, 2008, url : https://faculty.fuqua.duke.edu/~sb135/bio/BelenzonSchankermanOSSJuly2012.pdf (visité

En résumé, la raison principale pour laquelle certains contribuent malgré l'absence d'exclusion des *free riders* est que les bénéfices dont jouissent les contributeurs des projets sous licence permissive sont bien plus importants que ceux dont bénéficient les *free riders*[3]. En effet, l'idée que les *free riders* bénéficieraient tout autant de l'œuvre que les contributeurs n'est en fait qu'une fausse impression. En réalité, il existe de nombreux avantages dont seuls les contributeurs peuvent bénéficier, car ceux-ci sont inhérents à la production de l'œuvre, et qu'on peut qualifier d'« incitants sélectifs »[4]. On peut résumer les principaux incitants sélectifs à la création d'œuvres sous licences permissives comme suit, en distinguant entre les motivations intrinsèques et extrinsèques[5].

Une première motivation extrinsèque est l'intérêt instrumental pour l'utilisateur : contribuer à un logiciel sous licence ouverte permet de l'adapter à ses besoins, pour le personnaliser ou régler un problème technique[6]. Selon l'anecdote classique rapportée par Richard Stallman, c'est la frustration résultant de l'impossibilité de corriger un *bug* sur son imprimante en raison de son nouveau *firmware* privatif[7] qui aurait inspiré son combat pour la défense des logiciels libres, qui l'amènera plus tard à fonder la *Free Software Foundation*[8].

En outre, les utilisateurs peuvent également être des entreprises dont l'activité économique dépend de logiciels sous licence ouverte. En effet, dans le secteur des logiciels, la part d'activité consacrée aux logiciels destinés aux consommateurs est très limitée : seulement un tiers de l'activité de ce secteur est consacrée à la vente de logiciels, le reste

le 14/08/2014). Notons que notre propos peut également s'appliquer aux contributeurs à des logiciels sous d'autres familles de licences que les licences ouvertes. La littérature sur les motivations des contributeurs aux logiciels libres ou *open source* ne distingue d'ailleurs pas toujours entre les différentes familles de licence.

3. E. von Hippel & G. von Krogh, "Open Source Software and the "Private-Collective" Innovation Model : Issues for Organization Science", *op. cit.*, p. 16

4. *ibid.*, p. 16-17

5. Comme la rappellent Bonaccorsi et Rossi, on parle généralement de motivation intrinsèque lorsqu'une activité est accomplie pour la satisfaction immédiate d'un besoin, et extrinsèque lorsque les besoins sont satisfaits de manière indirecte, sous la forme d'avantages monétaires ou non monétaires. Cf. A. Bonaccorsi & C. Rossi, "Comparing motivations of individual programmers and firms to take part in the open source movement : From community to business", *Knowledge, Technology & Policy* 18 (2006).

6. Cf. J. Lerner & J. Tirole, "Some simple economics of open source", *op. cit.*, p. 217-218.

7. Le *firmware* est le logiciel de base intégré dans le matériel informatique et permettant son fonctionnement. Jusque dans les années 80, les firmwares étaient généralement des logiciels à code ouvert (on ne parlait pas encore d'« open source »), et donc assez aisément modifiables.

8. Cf. S. Williams, *Free as in freedom : Richard Stallman's crusade for free software*, Sebastopol, CA : O'Reilly, 2002, p. 1-13. Cf. également le cas d'Apache ou Sendmail, décrit par J. Lerner & J. Tirole, "Some simple economics of open source", *op. cit.*, p. 207-211.

étant principalement lié à la fourniture de services [9]. Dans ce cadre, les logiciels sous licence ouverte peuvent constituer un input à leur activité, ce qui explique que ces entreprises y consacrent une partie de leurs ressources. Il peut s'agir de contributions en argent ou le plus souvent en nature, en allouant le temps de travail de certains de leurs employés pour les améliorer, participer à leur actualisation ou à la correction de failles techniques. Ce modèle est très répandu : parmi les développeurs les plus actifs sur les projets FOSS (Free and Open Source Software), près de 40% sont directement payés pour développer des logiciels libres/open source [10].

De plus, un deuxième type de motivation extrinsèque à ces projets réside dans les possibilités d'en tirer profit par l'appropriation indirecte : bien que les licences ouvertes rendent plus difficiles les modèles économiques basés sur l'excluabilité, elles n'empêchent pas l'exploitation de modèles économiques hybrides [11], par exemple par la commercialisation de biens ou de services complémentaires à l'œuvre sous licence ouverte, ou d'une version plus avancée sous licence privative, dans le cadre d'un modèle *freemium* (dans lequel la distribution de l'œuvre sous licence ouverte sert de moyen promotionnel pour la vente de biens ou de services payants) [12].

Mais si l'on comprend pourquoi les utilisateurs peuvent avoir intérêt à apporter des modifications au logiciel pour répondre à certains besoins spécifiques, on peut se demander ce qui les pousse à partager leurs contributions avec la communauté.

L'explication est ici liée à la nature cumulative du développement logiciel : si les ajouts ou modifications ne sont pas rendus accessibles aux autres contributeurs, non seulement ces ajouts ou modifications ne pourront pas être améliorés ou corrigés si nécessaire, mais ils deviendront vite très difficiles à maintenir. En effet, vu l'impossibilité pour

9. Y. Cool & P. Laurent, "Repères pour comprendre le mouvement libre", in : *Les logiciels libres face au droit*, Cahiers du CRID, Bruxelles : Bruylant, 2005, p. 11

10. Cf. R. A. Ghosh et al., *Free/Libre and Open Source Software Developer Survey*, Maastricht : International Institute of Infonomics, 2002. L'étude (basée sur un échantillon de 2800 répondants) montre en outre que seuls 24% des « high activity developers » ne touchent aucune récompense monétaire du fait de leur implication dans de tels projets.

Cf. également L. Guibault & O. van Daalen, *Unravelling the Myth around Open Source Licences*, *op. cit.*, p. 23.

11. Cf. *supra*, Partie I, chapitre 2, 1.3, à propos de ce que nous avons appelé les modèles économiques hybrides. Benkler désigne ces modèles économiques non exclusifs par l'expression « appropriation indirecte » : « "Indirect appropriation" is appropriation of the value of one's effort by means other than the reliance on the excludability of the product of the effort » Y. Benkler, "Coase's Penguin, or, Linux and "The Nature of the Firm"", *op. cit.*, p. 405, note 76.

12. H. Chesbrough, *Open business models : how to thrive in the new innovation landscape*, Boston Mass. : Harvard Business School Press, 2006, p. 44

les autres contributeurs de tenir compte de ces ajouts ou modifications, le risque d'incompatibilité entre les différentes contributions est grand. Dès lors, si un utilisateur veut bénéficier des améliorations ultérieures d'un logiciel sous licence ouverte, il serait trop couteux de maintenir ses contributions séparées du reste du projet. Le fait de communiquer sa contribution insère l'utilisateur dans un processus qui lui permet de continuer à bénéficier des améliorations et mises à jour du logiciel [13].

La contribution à un logiciel sous licence ouverte peut également répondre à un troisième type de motivation extrinsèque : les avantages de signalement [14] : pour un programmeur, participer à un projet libre ou *open-source* peut apporter des bénéfices en terme de réputation au sein d'une communauté donnée, ou parmi ses pairs en général, ce qui peut avoir un impact positif sur ses perspectives de carrière [15]. Ces incitants de signalement sont plus importants dans le secteur du développement sous licence ouverte que dans le secteur du développement sous licence privative. D'abord parce que le marché du développement libre ou *open source* présente une plus grande fluidité, et les programmeurs y disposent d'une plus grande capacité d'initiative [16]. Ensuite, parce que les contributeurs individuels y sont davantage mis en valeur. Dans les compagnies informatiques, les développeurs individuels sont rarement mis en avant pour leur contribution (notamment par crainte qu'une trop grande visibilité des employés ne les conduisent à se faire débaucher par des concurrents [17]). Alors que dans le développement sous licence ouverte, l'attribution à l'auteur est souvent prise très au sérieux, notamment par l'exigence de mentionner le nom de chacun des contributeurs dans la notice de copyright. De plus, la transparence liée à ce modèle de développement offre de meilleures possibilités de mesure de la performance.

La décision de contribuer à un logiciel sous licence ouverte peut également résulter de motivations intrinsèques.

Un premier type de motivation intrinsèque est le plaisir tiré de l'activité : la participation au développement d'un logiciel sous licence ouverte peut être motivée par le plaisir tiré de cette activité par des per-

13. Cf.S. Modica, "Open Source without Free-Riding", it, *Economia politica* 2 (2012) ; J. West & S. Gallagher, "Challenges of open innovation : the paradox of firm investment in open-source software", *R&D Management,* 36.3 (2006)

14. Cf. S. Modica, "Open Source without Free-Riding", *op. cit.*

15. Cf. J. Lerner & J. Tirole, "Some simple economics of open source", *op. cit.*, p. 218.

16. Cf. *ibid.*, p. 216 ; E. S. Raymond, "Homesteading the Noosphere", *First Monday* 3.10 (1998).

17. Cf. J. Lerner & J. Tirole, "Some simple economics of open source", *op. cit.*, p. 223 ; Lerner et Tirole notent toutefois les exceptions, dans certains domaines comme celui du jeu vidéo, où il est courant de diffuser la liste des développeurs qui ont contribué à un produit.

sonnes qualifiées, qui leur permet d'exploiter leurs aptitudes techniques, ou de mettre en œuvre d'une certaine créativité dans la résolution de problèmes informatiques [18]. De plus, le plaisir de la réalisation d'une activité créatrice est favorisé par les possibilités de démultiplier les résultats en réutilisant des créations antérieures.

Un second type de motivation intrinsèque est une motivation altruiste, ou résultant d'un engagement moral. Les contributeurs peuvent ainsi être attachés à la réussite des objectifs poursuivis par un projet collaboratif sous licence ouverte, ou à la réussite de l'approche des licences ouvertes en général, en raison d'une opposition à l'extension excessive du régime de droit d'auteur, ou à la commercialisation de la culture [19]. En outre, l'existence de communautés de pratique de développement open source favorise les motivations fondées dans l'altruisme ou l'engagement moral, par l'intériorisation par leurs participants de certaines normes sociales [20].

Ajoutons enfin que le caractère cumulatif et modulaire du développement logiciel implique que le cout de chaque contribution individuelle peut potentiellement être très faible. Le cout d'investissement étant minime, les projets de logiciel sous licence permissive peuvent aisément compter sur des contributions limitées de nombreux contributeurs même faiblement motivés.

On peut donc expliquer les contributions aux projets logiciels sous licence permissive par toute une série de facteurs, dont certains sont propres au développement logiciel, comme le caractère modulaire et cumulatif des contributions, la nature utilitaire des logiciels, le soutien des entreprises privées (sous forme financière ou de ressources humaines) [21]. Tous ces facteurs permettent aux partisans des licences permissives de répondre au problème classique d'action collective liée à la production d'un bien public sans avoir à sacrifier les libertés d'usage. Dans le domaine du développement logiciel, les incitants à créer et les incitants à libérer l'œuvre coïncident largement.

Ces particularités du développement logiciel expliquent peut-être pourquoi les licences permissives ont davantage de succès dans ce do-

18. K. Lakhani & R. Wolf, "Why Hackers Do What They Do : Understanding Motivation and Effort in Free/Open Source Software Projects.", in : *Perspectives on Free and Open Source Software*, sous la dir. de J. Feller et al., Cambridge : MIT Press, 2005, p. 5

19. Cf. G Hertel, S Niedner & S Herrmann, "Motivation of software developers in Open Source projects : an Internet-based survey of contributors to the Linux kernel", *Research policy* 32.7 (2003)

20. Cf. K. Lakhani & R. Wolf, "Why Hackers Do What They Do : Understanding Motivation and Effort in Free/Open Source Software Projects.", *op. cit.*, p. 5.

21. Cf R. Hawkins, "The Economics of Free Software for a Competitive Firm", *Netnomics* 6.2 (2004).

maine que dans d'autres domaines de création intellectuelle, comme celui de la création culturelle. D'après des statistiques indicatives de 2013 recensées sur le très populaire site Github, les licences permissives représenteraient 63% des licences adoptées [22], alors que d'après les dernières statistiques disponibles concernant les licences Creative Commons (datant de 2007), l'adoption des licences CC-by serait plutôt de l'ordre de 11% [23].

1.2 Les licences réciproques : une incitation en limitant les possibilités d'appropriation privative

L'approche des licences réciproques constitue une autre forme de compromis entre incitation pour les créateurs et liberté d'usage. Cette approche consiste à conditionner la création dérivée au respect de la clause de réciprocité, ou *share alike* : toute création basée sur l'œuvre sous licence réciproque devra également être soumise à cette même licence. La licence interdit donc de détourner des éléments sous licence ouverte en les appropriant sous licence privative.

On pourrait toutefois se demander en quoi une telle appropriation privative pose réellement problème. En effet, le fait pour un *free rider* de réutiliser l'œuvre dans une création sous licence privative [24] ne diminuera probablement pas le nombre de contributeurs, qui resteront fidèles au projet sous licence ouverte. En outre, l'information étant un bien non-rival, la réutilisation de l'œuvre par le *free rider* n'affecte pas son utilisation par autrui.

On peut concevoir deux problèmes posés par l'appropriation privative : le fait qu'elle détourne une partie des bénéfices futurs attendus par les autres contributeurs, et le fait qu'elle prive le projet sous licence ouverte d'une contribution potentielle.

Premièrement, l'appropriation privative détourne une partie des bénéfices futurs attendus par les contributeurs. Une façon de comprendre ce phénomène est de considérer que si l'œuvre elle-même est un bien

22. D'après les chiffres de A. Williamson, "Licensing of Software on Github : A Quantitative Analysis", in : *Linux Collaboration Summit*, San Francisco, 2013, url : http://www.softwarefreedom.org/resources/2013/lcs-slides-aaronw/, communiqués par correspondance avec l'auteur. À titre de comparaison, si les licences permissives (MIT, BSD, Apache) représentent 63,37% des licences recensées sur Github, les licences à clause réciproque forte (GPL, AGPL) représentent 27,79% et les licences à clause réciproque faible (LGPL, Eclipse, MPL) font 7,59%.

23. Cf. G. Cheliotis, "Creative Commons Statistics from the CC-Monitor Project", in : *iCommons Summit*, Dubrovnik, 2007, url : https://wiki.creativecommons.org/

24. En renonçant par là, comme nous l'avons vu dans le cas des logiciels, à la possibilité de bénéficier des améliorations futures sans devoir encourir les couts d'adaptation et de transposition.

non-rival, d'autres biens liés à la production de l'œuvre sont en fait rivaux, comme l'attention du public ou les bénéfices en terme de réputation dont jouissent les créateurs de l'œuvre. En diffusant une version améliorée de l'œuvre sous licence privative, le *free rider* menace de priver les contributeurs de leur public, et des bénéfices liés à la popularité de leur création. Cela revient pratiquement à la retirer du commun, puisque la version antérieure sous licence ouverte sera alors de peu d'intérêt pour les utilisateurs. Et si un logiciel n'est utilisé par personne, ou si une œuvre ne jouit d'aucune attention de la part du public, les motivations qui animent ses contributeurs risquent d'être négativement affectées [25].

Deuxièmement, l'appropriation privative d'une œuvre dérivée prive le projet sous licence ouverte d'une contribution potentielle. Pour éviter ce gaspillage de contributions potentielles, il convient d'inciter les créateurs d'œuvres dérivées à diffuser leur création sous licence ouverte.

Les licences réciproques permettent de répondre à ces deux préoccupations en mobilisant deux effets d'incitation : l'effet « anti free riding », et l'effet « membre du club ».

Le premier type d'incitation passe par l'effet « anti free riding ». En interdisant certaines formes de *free riding* considérées comme inacceptables (en l'occurrence l'appropriation privative de l'œuvre), les licences réciproques permettent d'assurer au créateur qu'il ne sera pas « lésé », notamment parce que l'attention du public ou les bénéfices en terme de réputation ne seront pas détournés. La clause réciproque lui garantit que les libertés d'usage sur son œuvre seront exercées dans une certaine réciprocité, si pas à son égard, du moins vis-à-vis du fonds commun d'œuvres sous licence ouverte. L'effet « anti free riding » permet de répondre aux préoccupations des créateurs attachés à un principe moral de réciprocité, et qui répugneraient pour cette raison à opter pour une licence permissive [26].

Le second type d'incitation met en œuvre l'effet « membre du club ». En réservant la possibilité de réutiliser d'autres œuvres sous licence réciproque à ceux qui distribuent leur œuvre sous la même licence, on

25. Cf. S. O'Mahony, "Guarding the commons : how community managed software projects protect their work", *Research Policy* 32.7 (2003) ; Y. Benkler, "Coase's Penguin, or, Linux and "The Nature of the Firm"", *op. cit.*, p. 439

26. Elkin-Koren note également l'effet de la clause de réciprocité sur les motivations du créateur original : « The use of works for commercial purposes, without rewardingthe original author, may impair the willingness of individual authors to share their works. Therefore, any attempt to create a commons would seek to prevent potential abuse by parties who did not contribute to the community effort and were taking advantage of efforts made by others », N. Elkin-Koren, "Creative Commons : A Skeptical View of a Worthy Pursuit", *op. cit.* ; cf. également S. O'Mahony, "Guarding the commons : how community managed software projects protect their work", *op. cit.*, p. 1187.

augmente le bénéfice lié à l'adoption d'une licence réciproque. La possibilité de puiser dans le fonds commun d'œuvres sous licences réciproques est utilisée comme appât, afin d'inciter les créateurs qui souhaiteraient y puiser à y contribuer à leur tour [27].

Cet effet « membre du club » pour inciter à l'adoption de licences réciproques est souvent mis en avant par la FSF :

> « Copyleft also provides an incentive for other programmers to add to free software. Important free programs such as the GNU C++ compiler exist only because of this. » [28]
>
> « I make my code available for use in free software, and not for use in proprietary software, in order to encourage other people who write software to make it free as well. I figure that since proprietary software developers use copyright to stop us from sharing, we cooperators can use copyright to give other cooperators an advantage of their own : they can use our code. (...)
>
> What we can do is offer [proprietary software developpers] an inducement to join. The GNU GPL is designed to make an inducement from our existing software : "If you will make your software free, you can use this code." » [29]

Cette stratégie consistant à utiliser la possibilité de puiser dans le fonds commun comme incitant à adopter un modèle particulier (en l'occurrence celui des licences réciproques) connait quelques variantes. Citons par exemple les Peer Production Licenses [30] ou le concept des licences Copyfarleft [31], qui conditionnent la liberté de création dérivée pour favoriser les entreprises coopératives redistribuant leurs profits à leurs employés [32], en leur procurant un avantage comparatif (la possibilité de

27. R. Stallman présente clairement ce motif comme raison d'être de la clause de copyleft : "My work on free software is motivated by an idealistic goal : spreading freedom and cooperation. I want to encourage free software to spread, replacing proprietary software that forbids cooperation, and thus make our society better. That's the basic reason why the GNU General Public License is written the way it is—as a copyleft. All code added to a GPL-covered program must be free software, even if it is put in a separate file". R. Stallman, "Copyleft : Pragmatic Idealism", in : *Free Software, Free Society : Selected Essays of Richard M. Stallman*, Boston : GNU Press, 2002, p.81

28. Free Software Foundation, « What is copyleft ? », http://www.gnu.org/copyleft/copyleft.en.html

29. R. Stallman, "Copyleft : Pragmatic Idealism", *op. cit.*

30. F. Musiani, *Le peer-to-peer, clé de voûte pour les économies futures ?*, 2011, url : http://adam.hypotheses.org/1143

31. D. Kleiner, *Copyfarleft and Copyjustright*, 2007, url : http://www.metamute.org/editorial/articles/copyfarleft-and-copyjustright

32. Notons qu'une telle stratégie pourrait aussi bien être mise en œuvre au moyen d'une licence « pas d'utilisation commerciale ». Ainsi, la licence NC permettrait de restreindre la création commerciale afin de donner un avantage aux modèles

réutiliser les œuvres diffusées sous ces licences) par rapport aux entreprises commerciales.

En comparaison avec les licences permissives, les licences réciproques font donc le choix de sacrifier une partie de l'étendue des libertés d'usage de l'information (la liberté de réutiliser un élément dans une œuvre sous licence privative), pour augmenter le nombre d'œuvres versées dans le fonds commun, et d'assurer la pérennité de l'appartenance des œuvres évolutives au fonds commun.

Les deux modèles utilisent la liberté de réutiliser des éléments du fonds commun pour attirer des contributeurs, mais d'une manière différente : les licences permissives cherchent à attirer le plus grand nombre de contributeurs potentiels en mettant l'accent sur la liberté d'exploiter le fonds commun même sous un mode privatif, alors que les licences réciproques cherchent à sécuriser la contribution au fonds commun en exigeant la réciprocité de la part de ceux qui y puisent.

1.3 Les licences asymétriques : une incitation par la réservation de certains droits d'usage

Les licences asymétriques visent une approche intermédiaire entre la logique ouverte et privative, en réservant *certains* droits d'usage afin d'inciter les créateurs qui ne souhaitent pas accorder l'entièreté les libertés d'usage sur leur œuvre. Ainsi, les Creative Commons proposent toute une gamme de licences, allant de la plus ouverte (CC BY) à la plus privative (CC BY-NC-ND), permettant aux créateurs de choisir le degré d'ouverture qu'ils souhaitent donner à leur œuvre.

Dans cette optique, toute licence moins restrictive que les licences privatives est considérée comme une avancée en faveur de l'ouverture [33]. On peut également concevoir l'approche des licences asymétriques comme une stratégie de pied-dans-la-porte [34], visant à encourager les créateurs récalcitrants à concéder une ouverture, même minime, de la diffusion

de création non commerciaux, et d'inciter à l'adoption d'un modèle non commercial. Nous verrons toutefois que les licences à clause NC se prêtent également à d'autres stratégies, comme celle visant non pas à interdire l'usage commercial, mais à réserver à l'auteur le droit de l'autoriser, le cas échéant en l'échange d'une rémunération.

33. Comme le note N. Elkin-Koren, "Creative Commons : A Skeptical View of a Worthy Pursuit", *op. cit.*, p. 331

34. En psychologie sociale, un pied-dans-la-porte est une technique consistant à faire précéder une demande exigeante d'une demande plus bénigne et aisément acceptable, afin de favoriser le succès de la première. Cf. J. L. Freedman & S. C. Fraser, "Compliance without pressure : the foot-in-the-door technique.", *Journal of personality and social psychology* 4 (1966)

de leurs œuvres, afin *in fine* de les pousser à l'adoption de licences plus ouvertes [35].

Les licences asymétriques permettent donc une réservation de certains droits sur l'œuvre au profit de l'auteur original. Cette réservation constitue un compromis afin d'accroitre le fonds commun, car elle permet d'inciter certains créateurs d'œuvres originales à adopter une licence ouverte. Il s'agit en quelque sorte d'un hybride entre la stratégie d'ouverture complète et la stratégie privative. Dans la mesure où elles réservent certains droits d'usage aux créateurs, elles fonctionnent comme le régime légal du droit d'auteur : elles lui procurent un incitant à la création. Pour tous les autres usages non réservés, elles sont similaires aux autres licences ouvertes : elles reconnaissent à chacun certaines libertés d'usage.

La réservation de droits sur l'œuvre peut constituer un incitant pour les créateurs dans la mesure où elle leur permet de retirer certains avantages. Ces différents types d'incitation mettent en œuvre les trois effets que nous avons mentionnés *supra*, l'effet « anti free riding », l'effet « membre du club » et l'effet « certains droits réservés ».

Un premier type d'incitation est la possibilité pour le créateur d'interdire que l'œuvre sous licence ouverte soit exploitée d'une manière considérée comme injuste. Il s'agit de l'effet « anti free-riding ». En effet, certains créateurs jugent injuste que d'autres profitent de l'exploitation commerciale d'une œuvre qu'ils diffusent sous licence ouverte [36]. D'après l'étude portant sur la perception du public de la clause non commerciale, 61 % des créateurs utilisant une clause NC justifient leur choix par la volonté d'empêcher que d'autres puissent faire de l'argent ou tirer un avantage commercial de leur œuvre [37]. Proposer une licence « pas d'utilisation commerciale » permet donc d'inciter ces créateurs à adopter une licence ouverte.

35. On retrouve ces deux attitudes dans un passage du blog Creative Commons (c'est nous qui soulignons) :

> « At the same time, CC celebrates successful adoption of the NC and ND licenses, in part because those licenses signal a desire to be more open than the alternative of "all rights reserved." Moreover, those adopters may eventually migrate to more open licenses once exposed to the benefits that accompany sharing »

T. Vollmer, "Ongoing discussions : NonCommercial and NoDerivatives", *blog Creative Commons* (2012), url : https://creativecommons.org/weblog/entry/33874.

36. Cf. N. Elkin-Koren, "Creative Commons : A Skeptical View of a Worthy Pursuit", *op. cit.*, p. 335 ; W. J. Gordon, "Discipline and nourish : on constructing commons", *Cornell Law Review* 95.4 (2010)

37. Creative Commons & Netpop Research, "Defining Noncommercial", *op. cit.*, p. 71. Il faut toutefois noter que ces chiffres sont issus de l'échantillon non empirique de l'enquête, visant les utilisateurs familiers des Creative Commons.

Un deuxième type d'incitation repose sur l'effet « membre du club », d'une manière similaire aux licences réciproques. En interdisant de réutiliser le fonds commun sous licence NC dans une œuvre ayant un but commercial, la clause NC permet d'avantager les créateurs qui poursuivent une activité non commerciale par rapport à ceux qui poursuivent une activité commerciale : seuls ces premiers seront autorisés à réutiliser dans leur œuvre des éléments d'œuvre sous licence NC. En cela, l'effet produit par la licence CC BY-NC se rapproche fort des licences réciproques comme la licence CC BY-SA ou de la licence GPL.

Le troisième type d'incitation est propre aux licences asymétriques, c'est l'effet « certains droits réservés ». Contrairement à l'effet « anti *free riding* », le principe n'est pas de s'opposer par principe à certains usages de l'œuvre, mais de se réserver le droit de les autoriser à certaines conditions, par exemple un droit de regard ou une rémunération. Cet effet est le principal objectif de la clause NC, selon l'organisation Creative Commons [38]. Certains créateurs optent pour une licence « pas d'utilisation commerciale » car ils souhaitent monnayer l'autorisation de réaliser une exploitation commerciale de leur œuvre. 70 % des auteurs optent pour une clause NC dans l'intention de contrôler le droit de tirer un avantage commercial sur leur œuvre [39] Il s'agit de la forme la plus proche du compromis réalisé par le régime du droit d'auteur entre incitation et libertés d'usage. La principale différence est que l'ampleur des droits réservés est limitée aux seuls droits spécifiquement nécessaires à fournir l'incitation adéquate au créateur. La liberté d'usage est la règle, et la réservation l'exception.

Il faut toutefois relever que certains donneurs de licence semblent adopter la clause NC sur un malentendu. D'après l'étude réalisée en 2009 par l'organisation Creative Commons, certains créateurs semblent considérer la clause NC comme une déclaration d'intention personnelle quant à l'exploitation qu'ils comptent faire de leur œuvre, plutôt que comme une clause limitant son exploitation par autrui [40]. Si cette confu-

38. Ainsi, sur le site Creativecommons.org : « CC's NonCommercial (NC) licenses allow rightsholders to maximize distribution while maintaining control of the commercialization of their copyrighted works. Choose a license with the NC condition if you want to reserve the right to commercialize your work. The NC license condition only applies to users, not the owner of the work. As the rightsholder, you may still commercially exploit your work. If someone else wants to use your work commercially and you have applied an NC license to your work, they must first get your permission » (Creative Commons, *Frequently Asked Question*, *op. cit.*)

39. Creative Commons & Netpop Research, "Defining Noncommercial", *op. cit.*, p. 13 et 71

40. « Some licensors choose NC for the sole reason that they have no intention of using their own work commercially. They don't intend on ever selling or profiting from their work, and haven't thought about the impact of their choice beyond that. These individual choices wouldn't be too unfortunate if not for the broader

sion se confirmait à large échelle, elle constituerait une limitation inutile à l'étendue des libertés d'usage accordées par les donneurs de licences. Pour éviter tout malentendu de ce genre, une proposition récurrente lors de la révision des licences Creative Commons (et qui a failli être adoptée pour la version 4.0) vise à renommer la clause « pas d'usage commercial » en « usage commercial réservé » (« commercial rights reserved ») [41].

Il nous faut encore dire un mot sur la controverse nourrie parmi les partisans des licences ouvertes au sujet des licences asymétriques. Au premier abord, un observateur extérieur ne manquera pas d'être dérouté par l'intensité de ces discussions entre passionnés concernant des distinctions parfois byzantines, ou portant sur la pertinence de telle ou telle clause de licences que les créateurs sont *in fine* libres d'adopter ou non. On pourrait remarquer qu'au fond, par ces discussions, les partisans des licences ouvertes ne font rien d'autre que pratiquer, parfois avec maladresse, l'art singulier de la controverse juridique. Nous considèrerons brièvement deux principales objections à l'approche des licences asymétriques.

La première objection à l'encontre des licences asymétriques est qu'elles ne garantissent pas l'entièreté des libertés d'usage. Face à la stratégie du pied-dans-la-porte, certains opposent une conception quelque peu dogmatique de l'ouverture. Les licences asymétriques ne correspondraient pas à la définition canonique de « licence libre », selon des organisations comme Freedom Defined, ou l'Open Knowledge Foundation (OKF), qui se veulent les gardiennes de l'orthodoxie en la matière. Leurs définitions étendent essentiellement la définition par la FSF du concept de « logiciel libre » aux autres domaines de la création intellectuelle [42]. Ces organisations soutiennent donc la suppression des licences ne correspondant pas à leur définition des licences libres [43].

effects on the commons : many don't realize that choosing an NC license also (. . .) prevents many uses that licensors might have wanted to allow. », http://wiki.creativecommons.org/Commercial_Rights_Reserved.

41. Cf. http://wiki.creativecommons.org/4.0/NonCommercial .

42. Selon l'OKF, « A piece of data or content is open if anyone is free to use, reuse, and redistribute it — subject only, at most, to the requirement to attribute and/or share-alike » http ://opendefinition.org/ ; D'une manière similaire, Freedom Defined définit la notion de « Free Cultural works » comme une œuvre dont la licence garantit les quatre libertés garanties par la GPL (« freedom to use », « freedom to study », « freedom to make and redistribute copies », « freedom to make changes and improvements »), sous réserve des restrictions admissibles Cf. http://freedomdefined.org/Definition

43. Cf. E. Möller, "The Case for Free Use : Reasons Not to Use a Creative Commons -NC License", C (2006) ; Free Culture Foundation, "Stop the inclusion of proprietary licenses in Creative Commons 4.0", *op. cit.* ; Voyez également les discussions sur le site des Creative Commons des propositions de suppression des licences NC et ND : T. Vollmer, "Ongoing discussions : NonCommercial and

Contre cette critique, d'autres font valoir d'une part que l'on peut concevoir l'ouverture non comme une notion binaire mais plutôt graduelle, et d'autre part que les restrictions à la liberté de création dérivée imposées par les licences asymétriques ne sont pas plus arbitraires que celles imposées par les licences réciproques [44]. Ainsi, toutes les licences ouvertes apportent d'une manière ou d'une autre des restrictions aux libertés d'usage [45]. C'est seulement par le truchement de la notion de « restrictions admissibles » que les partisans des licences permissives et réciproques peuvent se réserver le label de « licences libres » en excluant les licences asymétriques [46].

Toutefois, on pourrait réinterpréter l'objection de manière plus charitable, en considérant que le problème posé par les licences asymétriques est leur impact négatif sur la stratégie de labellisation poursuivie par les licences ouvertes. En effet, en regroupant dans un même ensemble hétéroclite une diversité de licences plus ou moins ouvertes, on contribue à brouiller le message adressé aux utilisateurs quant aux licences qu'ils devraient privilégier dans le cadre d'une « consommation socialement responsable » d'œuvres intellectuelles (cf. supra 4.3.2)

La seconde objection spécifique à l'approche des licences asymétriques porte sur l'opportunité de cet effet « certains droits réservés » : la possibilité de réserver certains droits sur l'œuvre est-elle nécessaire pour inciter à la création ? Les incitants sélectifs fournis par les licences permissives et réciproques ne sont-ils pas suffisants ?

Il semble qu'il existe une tendance parmi les détracteurs des licences asymétriques à présupposer que les modèles économiques du développement logiciel sous licence ouverte sont transposables à d'autres domaines [47]. Mais est-ce vraiment le cas ? Le fait que les licences permis-

NoDerivatives", *op. cit.*

44. cf. D. Willey, *The SA Fallacy : Open Knowledge Foundation Gets It Wrong*, 2010, url : http://opencontent.org/blog/archives/1498 (visité le 23/09/2014) : « The OKF [Open Knowledge Foundation] argue that because they have defined open to mean one particular constellation of restrictions (including the restriction that prohibits content interoperability), there cannot be degrees of conformance with their mandate. You are not allowed to think about the world as it really is (many licenses falling along a wide spectrum of openness), you must conform your thinking to their alternate reality. However, their standard appears arbitrary (why are these restrictions acceptable while others aren't ?) »

45. A l'exception de la licence CC0 (cf. supra 1.1 page 307)

46. On pourrait même dire que la clause de réciprocité et la clause d'usage non commercial fonctionnent de manière similaire : toutes deux restreignent le champ des usages admissibles, en excluant la diffusion ou la réutilisation sous licence privative pour l'une, et la diffusion ou la réutilisation dans un but commercial, pour l'autre.

47. Comme le note certains observateurs, par exemple D. Willey, *Openness, Radicalism, and Tolerance*, 2010, url : http://opencontent.org/blog/archives/1511 (visité le 23/09/2014) : « Clinging to statements of principle laid down for software (apples) to help us think about all other creative works (oranges, bananas, kiwis,

sives et réciproques soient plus populaires pour les œuvres logicielles, alors que les licences asymétriques (et particulièrement les licences « non commercial ») sont surtout populaires pour les œuvres culturelles [48] semble indiquer qu'il existe des besoins différents dans chacun de ces domaines [49].

En faveur de l'approche des licences asymétriques, on pourrait avancer l'idée que la pertinence de garantir certaines libertés d'usage varie, selon les domaines de création intellectuelle, en fonction des pratiques et des règles de déontologie en vigueur.

Ainsi, dans le cas des publications scientifiques ou des essais, on pourrait considérer que les exigences de la clause ND (pas d'usage dérivé) ne font que refléter les exigences déontologiques en vigueur dans ce domaine. En effet, la participation à la discussion académique ou au débat public repose généralement sur l'exigence d'attribution d'un message particulier à un locuteur particulier. Dans ce contexte particulier, il est important pour les locuteurs de maitriser le message qu'ils véhiculent, en leur permettant de vérifier les traductions ou adaptations. Cette préoccupation est en tout cas évoquée par bon nombre de chercheurs [50], et reconnue dans le texte de l'Open Access Initiative de Budapest [51]. Dans le mouvement en faveur du libre accès des publications scientifiques, on cherche moins à promouvoir une plus grande

etc.) ten or twenty years later just doesn't make sense to me. By slightly reworking the four freedoms or the DFSG, statements like "Freedom Defined" and the "Open Knowledge Definition" seem both (1) unwilling to acknowledge the important differences between software and other creative works and (2) all too anxious to find ways to exclude people from the club and tell them they're not good enough. »

48. Selon les derniers chiffres détaillés diffusés par la Creative Commons Foundation en 2006, la proportion des licences CC comprenant la fameuse clause NC s'élevait à 67,5 %. Cf. http://wiki.creativecommons.org/Metrics/License_statistics .

Dans le domaine des logiciels, les licences asymétriques sont pratiquement inexistantes. On peut facilement expliquer l'inexistence d'une licence « No Derivatives » par le caractère cumulatif du développement logiciel, ainsi que le fait que les logiciels binaires (ne donnant pas accès au code source) constituent l'équivalent fonctionnel d'une licence « No Derivatives ». Quant aux licences « non commercial », on pourrait supposer qu'elles sont entièrement éclipsées par la popularité des licences réciproques. Plus généralement, on peut considérer que l'effet « certains droits réservés » n'est tout simplement pas adapté aux modèles économiques du développement logiciel, la vente du logiciel n'étant pas un débouché majoritaire.

49. Nous suivons ici l'intuition développée par L. Maurel (Calimaq), "Défense et illustration de la clause non-commerciale", *blog S.I.Lex* (oct. 2012), URL : http://scinfolex.wordpress.com/2012/10/19/defense-et-illustration

50. D'après les statistiques de la revue Nature, 58 à 83 % des contributeurs choisiraient une licence à clause ND. Cf. http://mailman.ecs.soton.ac.uk/pipermail/goal/2013-February/001557.html

51. L Chan et al., "Budapest open access initiative" (2002), URL : http://www.budapestopenaccessinitiative.org : « The only constraint on reproduction and distribution, and the only role for copyright in this domain, should be to give authors control over the integrity of their work and the right to be properly acknowledged and cited »

liberté de réutilisation des œuvres [52] qu'à encourager la liberté d'accès [53], soit par la simple mise à disposition gratuite soit par une totale liberté de dissémination [54]. Parmi les articles en accès libres publiés par la revue Nature entre juillet 2012 et janvier 2013, 67% l'ont été sous licence CC BY-NC-ND [55].

En outre, dans le domaine de la recherche scientifique, on admet déjà un certain nombre de pratiques de réutilisation (essentiellement la citation et la paraphrase), qui sont d'ailleurs couvertes par les exceptions et limitations au droit d'auteur. Et il n'existe pas de mouvement significatif contestant ces pratiques établies et réclamant davantage de possibilités d'usage dérivé, à l'image du mouvement de la culture du remix dans le domaine de la création culturelle.

L'idée que la pertinence de certaines libertés d'usage diffère selon les domaines a reçu un soutien de poids parmi les partisans des licences ouvertes en la personne du fondateur de la FSF, Richard Stallman. Celui-ci fait en effet la distinction entre les œuvres fonctionnelles (dont font partie les logiciels), pour lesquelles il serait utile de bénéficier de la liberté de dissémination mais aussi de réutilisation, et les œuvres d'information ou d'opinion, pour lesquelles seule la liberté de dissémination serait vraiment utile : « Toutes ces œuvres ont pour but de communiquer ce qu'une personne pense, a vu, ou croit. Les modifier serait trahir les auteurs ; c'est pourquoi modifier ces œuvres n'est pas une activité

52. On mentionnera d'emblée une exception de taille à cette conclusion dans le cas des études quantitatives, pour lesquelles la liberté de réutilisation et d'accès aux données empiriques constituent un enjeu important.

53. Cf. par exemple le texte de l'Open Acces Initiative de Budapest : « By "open access" to this literature, we mean its free availability on the public internet, permitting any users to read, download, copy, distribute, print, search, or link to the full texts of these articles, crawl them for indexing, pass them as data to software, or use them for any other lawful purpose, without financial, legal, or technical barriers other than those inseparable from gaining access to the internet itself », cf. L Chan et al., "Budapest open access initiative", *op. cit.*

54. Parmi les défenseurs de l'open access, il existe une distinction entre les partisans du « gratis open access » et du « libre open access », voyez : S. Harnad, *On Open Access : "Gratis" and "Libre"*, url : http://openaccess.eprints.org/index.php?/archives/691-On-Open-Access-Gratis-and-Libre.html ; P. Suber, "Gratis and libre open access", SPARC Open Access Newsletter, août 2008, url : http://www.arl.org/sparc/publications/articles/gratisandlibre.shtml

55. Notons que sur cette période, les auteurs pouvaient choisir entre trois licences : CC BY-NC-SA, CC BY-NC-ND, et CC BY. Ces chiffres (calculés sur un échantillon de 685 articles) proviennent d'un article de la revue Nature, citant un message publié par une représentante du Nature Publishing Group sur un groupe de discussion de l'université de Southampton : cf. R. Van Noorden, "Researchers opt to limit uses of open-access publications", *Nature* (fév. 2013), url : http://www.nature.com/news/researchers-opt-to-limit-uses-of-open-access-publications-1.12384 (cf. http://mailman.ecs.soton.ac.uk/pipermail/goal/2013-February/001557.html pour le message dont il est question).

utile socialement. Par conséquent, seule la copie exacte, ou verbatim, de ces œuvres doit être autorisée » [56].

Bien sûr, comme pour toute stratégie d'incitation, le compromis réalisé par les licences asymétriques risque d'engendrer des effets d'aubaine, en permettant à certains de tirer parti des bénéfices du mécanisme d'incitant alors qu'ils auraient de toute façon adopté le comportement souhaité [57]. La promotion de licences asymétriques risque en effet d'encourager certains créateurs à opter pour une licence moins ouverte que celle qu'ils auraient choisie en l'absence de possibilités plus restrictives, imposant comme « cout d'opportunité » la moindre contribution au fonds commun sous licence ouverte. Toute la question est évidemment de savoir dans quelle mesure les bénéfices liés à l'effet d'incitation dépassent les couts liés à l'effet d'aubaine.

Afin d'atténuer cette difficulté, et éviter que la réservation des usages commerciaux ne persiste pour toute la durée de protection du droit d'auteur, certains proposent d'accoler une date d'expiration à la clause NC [58]. Passé cette date, qui pourrait être nettement plus courte que la durée de protection du droit d'auteur, la licence ainsi amputée équivaudrait à une licence permissive ou réciproque. Cela permettrait de limiter la durée de la réservation des usages commerciaux à ce qui s'avère réellement nécessaire pour procurer un incitant à la création [59].

L'approche des licences asymétriques n'est qu'un exemple particulier de réponse à la question du compromis entre incitation et libértés d'usage, dont nous avons passé en revue toute la gamme au cours de cette section. On peut résumer les différents effets d'incitation mis en œuvre par les différentes familles de licence comme suit :

56. R. Stallman, *Copyright et mondialisation à l'âge des réseaux informatiques*, 2001, url : http://www.gnu.org/philosophy/copyright-and-globalization.fr.html (visité le 23/09/2014) ; Cf. également R. Stallman, *Let's Share !*, 2002, url : http://opendemocracy.net

57. Bien sûr, ces effets d'aubaines touchent également le droit d'auteur, comme nous l'avons déjà remarqué au cours de notre discussion de la clause lockéenne révisée, *supra* partie I, chapitre I, section 2.2.2.

58. Cf. la proposition n° 11 discutée dans le processus de révision ayant mené à la version 4.0 des licences Creative Commons : http://wiki.creativecommons.org/4.0/NonCommercial

59. Cf. *supra* partie 1, chapitre II, 1.5.2, à propos de l'extension souvent jugée excessive du régime du droit d'auteur.

	Effet « membre du club »	Effet « anti free riding »	Effet « tous droits réservés »
licences permissives			
licences réciproques	✓	✓	
licences asymétriques (NC)	✓	✓	✓
licences asymétriques (ND)		✓	✓
licences privatives		✓	✓

Tableau III.1 – Typologie des licences en fonction des libertés accordées

Comme on peut le voir, la plupart des familles de licences ouvertes mobilisent diverses formes de restrictions ou de conditions aux libertés d'usage dans le but d'inciter les créateurs à la création sous licence ouverte. Les licences asymétriques de type ND (Non-Derivative) proposent l'approche la plus similaire à celles des licences privatives (et donc du régime par défaut du droit d'auteur), en mobilisant l'effet « tous droits réservé » et « anti free riding ». Les licences réciproques ont en commun avec ces licences de tirer parti de l'effet « anti free riding », mais se distinguent par l'effet « membre du club », qui représentent sans doute la réponse la plus originale au compromis incitation - liberté d'usage. Les licences asymétriques de type NC (Non-Commercial), quant à elles, mettent en œuvre toute la gamme d'effet d'incitations développées par les autres familles. Enfin, seule exception, la famille des licences permissives ne prévoit aucune condition (autre que purement formelle) pour l'exercice des libertés d'usage de l'information, comptant seulement sur les incitants sélectifs propres au modèle de la création sous licence permissive, en particulier dans le domaine du développement logiciel.

Section 2 Trois risques pour l'ouverture

Maintenant que nous avons brossé à gros traits comment les différentes approches mises en œuvre par les licences permissives, réciproques, et asymétriques pour promouvoir l'ouverture, nous pouvons nuancer un peu le tableau en présentant les principales difficultés qui sont susceptibles de mettre à mal cet objectif.

Nous envisagerons trois risques pour l'ouverture, qui affectent de manière différente une ou plusieurs des trois approches que nous avons présentées : le risque du pillage (2.1), le risque de la mise en quarantaine (2.2) et le risque de la fragmentation (2.3).

2.1 Le risque du pillage

Le phénomène de l'appropriation privative ne pose pas seulement problème du point de vue des motivations des contributeurs aux projets sous licence ouverte. Il pose également un problème du point de vue de la réalisation de l'objectif d'ouverture, par la maximisation du fonds commun d'œuvres sous licence ouverte.

Dans un contexte de concurrence normative entre le fonds commun sous licence ouverte et le fonds d'œuvres sous licence privative (cf. *supra*, chapitre I, 4.5), les promoteurs des licences ouvertes courent le risque de donner un sérieux avantage à leurs adversaires. En effet, accorder inconditionnellement les libertés d'usage sur les œuvres revient à s'exposer à un risque de « pillage » du commun, en permettant la réutilisation d'éléments sous licence ouverte au profit de la création sous licence privative.

Ce pillage du commun sous licence ouverte est susceptible d'altérer sensiblement le rapport de force entre ces deux modèles concurrents. En effet, il a pour conséquence de renforcer le fonds d'œuvres sous licence privative. Or, l'attractivité de l'approche des licences ouvertes dépend en partie du dynamisme et de la richesse de la création sous licence ouverte, comparativement à celle sous licence privative.

Pour les promoteurs des licences permissives, ces possibilités de *free riding*, loin de constituer un inconvénient, constitueraient en fait un avantage du point de vue économique : grâce à la possibilité d'appropriation privative d'œuvres sous licence ouverte, les entreprises commerciales vont pouvoir entretenir une relation symbiotique avec certains projets open source, en étant tantôt bénéficiaires et tantôt contributrices [60]. Il n'est donc pas question de limiter les libertés d'usage pour éviter ces phénomènes de pillage.

60. Cf. J. Lerner & J. Tirole, "Some simple economics of open source", *op. cit.*, p. 230.

On pourrait dire que les promoteurs de licences permissives font le pari que le risque du pillage n'en est pas un, et que les possibilités de synergies [61] entre création sous licence permissive et sous licence privative sont dans l'ensemble bénéfiques à l'accroissement du commun sous licence ouverte. Ils sont suffisamment confiants dans l'efficacité du modèle de la création sous licence ouverte pour ne pas craindre de donner un avantage à leurs concurrents : d'une part, ils considèrent que les améliorations produites par les contributeurs aux projets sous licence ouverte resteront suffisamment attractives pour que les acteurs commerciaux ne souhaitent pas y renoncer en ne partageant pas leurs propres contributions [62] ; d'autre part, ils estiment que les incitants sélectifs inhérents à la création sous licence ouverte (motivations intrinsèques, avantages de signalement) sont suffisants pour continuer à attirer des contributeurs.

Les partisans des licences réciproques, quant à eux, ne souhaitent pas tabler exclusivement sur l'efficacité et l'attractivité du modèle de la création sous licence ouverte. En effet, une trop grande permissivité risquerait de défavoriser le commun des œuvres sous licence ouverte face aux œuvres sous licence privative. Car ces dernières disposent d'un avantage comparatif sur ces premières, en raison de l'opportunité asymétrique de free riding qui leur est offerte : il n'est évidemment pas possible de réutiliser des éléments des œuvres sous licence privative. En raison de cet avantage asymétrique, celles-ci pourraient plus facilement surpasser en qualité les œuvres sous licence ouverte, au risque de les faire tomber en désuétude. En quelque sorte, en voulant maximiser l'étendue des libertés d'usage, les promoteurs des licences permissives mettraient en danger la pérennité de ces libertés.

Dès lors, selon les promoteurs des licences réciproques, la voie des licences permissives ne constituerait simplement pas la meilleure façon de réaliser l'objectif de maximiser le commun des œuvres sous liberté d'usage. La clause de réciprocité vise donc non seulement à renforcer les motivations des contributeurs en leur fournissant des incitants sélectifs, mais également à éviter de donner un avantage asymétrique au modèle de création sous licence privative.

2.2 Le risque de la mise en quarantaine

Un autre risque qui pèse sur la voie des licences ouvertes est celui de la mise en quarantaine : les craintes quant aux effets juridiques liés à la réutilisation d'une œuvre sous licence ouverte pourraient en pratique désinciter les créateurs à réutiliser des éléments sous licence ouverte.

61. Cf. M. S. Gal, "Viral Open Source : Competition vs. Synergy" (2011)

62. Cf. R. W. Gomulkiewicz, "Open Source License Proliferation : Helpful Diversity or Hopeless Confusion ?", *Journal of Law & Policy* 20.2005 (2008), p. 264 ; E. S. Raymond, *The cathedral and the bazaar*, Cambridge, MA : O'Reilly, 2001

Ce risque de la mise en quarantaine a été principalement mis en évidence concernant les licences réciproques. Ainsi, les détracteurs des licences réciproques montent souvent en épingle les risques de « contagion » liés à l'utilisation des licences réciproques, qualifiées de « virales », ou « infectieuses ». La clause de réciprocité est représentée comme un piège, enfermant les créateurs dans une toile inexpugnable. Comme le résume Rosen :

> « Detractors say that this provision creates an island of software from which only GPL-licensed software can escape. The rest of the world cannot share the benefits of the source code of GPL-licensed software unless they are willing to travel to that island and commit to using the GPL license for their works. » [63]

Le respect de la clause de réciprocité est considéré comme un prix trop lourd à payer pour le bénéfice lié à la réutilisation d'une œuvre sous une telle licence. Dès lors, la clause de réciprocité produirait l'effet inverse à celui désiré : au lieu de créer un cercle vertueux où les créateurs participent à la diffusion et à l'enrichissement du fonds des œuvres sous licence réciproque, attirant par là d'autres contributeurs, elle créerait un cercle vicieux où les créateurs fuient les œuvres sous licence réciproque en raison de ce qu'ils perçoivent comme le piège de la clause de réciprocité.

Du point de vue de certains créateurs, les licences réciproques décourageraient plus qu'elles n'encourageraient la contribution au commun des œuvres sous licence ouverte. A titre d'illustration, on peut citer le cas du logiciel GNU Go, initialement distribué sous licence GPL sur la plateforme très fermée d'Apple, l'iTunes Store [64]. Or, selon la FSF, les conditions générales de l'iTunes Store violaient les conditions de la GPL [65]. D'une manière assez prévisible, la réaction d'Apple a consisté non pas à modifier ses conditions générales, mais à retirer l'application en question diffusée sous licence GPL [66]. On a ici un cas assez exemplaire de la façon dont les restrictions imposées par une licence comme la GPL, plutôt que d'influer sur le comportement des acteurs pour favoriser l'ouverture, peuvent au contraire pousser ceux-ci à ostraciser les logiciels dont la licence s'avère trop exigeante.

63. L. Rosen, *Open Source Licensing Software Freedom and Intellectual Property Law*, *op. cit.*, p. 104

64. Cf. B. Smith, "GPL Enforcement in Apple's App Store", *Free Software Foundation* (2010), url : https://www.fsf.org/news/2010-05-app-store-compliance

65. En l'occurrence, la violation de la GPL ne portait pas sur un des corolaires de la clause de réciprocité, l'interdiction les « restrictions additionnelles » aux conditions de la licence en cas de distribution, prévue à l'article 6 de la GPL v2.

66. Cf. B. Smith, "GPL Enforcement in Apple's App Store", *op. cit.*

Pour éviter que la clause de réciprocité ne conduise à un tel phénomène de mise en quarantaine, il faut que les bénéfices liés à la réutilisation d'œuvres sous licence réciproques dépassent les couts, et donc que l'effet net de la clause de réciprocité sur l'étendue des incitants soit positif. Cet effet net est notamment fonction :

— du bénéfice lié à la réutilisation d'une œuvre sous licence réciproque. Il faut donc qu'il existe suffisamment d'œuvres sous licence réciproques, et d'assez bonne qualité. Plus le fonds commun est riche en œuvres de tout genre, plus la perspective d'y puiser est attractive.
— du cout lié au le respect de la clause de réciprocité, en particulier le cout d'opportunité lié au renoncement à utiliser un modèle privatif, ou l'insécurité juridique liée à l'utilisation de la clause réciproque.

Dans ce cadre, la portée de la clause de réciprocité a un impact direct sur l'effet net sur les incitations. Il y a un arbitrage à réaliser : si étendre la portée de la clause de réciprocité augmente le champ des œuvres qui seront potentiellement versées au commun, elle crée en même temps chez certains acteurs un incitant négatif à l'adoption de ces licences. Selon certains, une version plus modérée de la clause de réciprocité que celle prévue par la GPL permettrait de préserver les effets positifs de la clause de réciprocité, tout en en minimisant les couts [67].

Si le risque de la mise en quarantaine affecte les licences réciproques, il se pose tout autant pour les licences asymétriques, et en particulier les licences NC. Cette difficulté constitue d'ailleurs un argument fréquent des détracteurs de ces licences [68] : les créateurs ou producteurs qui fonctionnent dans un cadre commercial auront naturellement tendance à éviter toute réutilisation d'éléments soumis à la clause NC, tant il leur serait difficile de distinguer entre leurs activités à but commercial et non commercial.

2.3 Le risque de la fragmentation

Si d'un point de vue externe, le commun des œuvres sous licence ouverte court le risque de la mise en quarantaine, il fait également face, d'un point de vue interne, au risque de la fragmentation. Le risque de la fragmentation du commun sous licence ouverte est causé par la conjonction de deux phénomènes : la prolifération des licences ouvertes, et les problèmes de compatibilité.

67. M. S. Gal, "Viral Open Source : Competition vs. Synergy", *op. cit.*, p. 17-21.
68. E. Möller, "The Case for Free Use : Reasons Not to Use a Creative Commons -NC License", *op. cit.*

Les licences ouvertes sont affectées par un phénomène de prolifération [69]. Rien que dans le domaine des logiciels, l'Open Source Initiative a approuvé à ce jour plus de 80 licences distinctes [70]. Parmi les promoteurs de licences ouvertes, on considère souvent que de nombreuses licences n'existent que pour satisfaire l'orgueil et les marottes de leurs auteurs (on parle parfois de « vanity licenses ») [71]. On pourrait également faire l'hypothèse que cette prolifération de nouvelles licences est en partie due aux lacunes juridiques de bon nombre de licences ouvertes, et à la volonté de les corriger par de nouvelles licences [72]. Un autre facteur de prolifération des licences est la tendance conservatrice chez certains utilisateurs qui refusent d'adopter la nouvelle version d'une licence, conduisant à une situation où plusieurs versions d'une même licence sont simultanément en vigueur.

Enfin, la stratégie du *pied-dans-la-porte* adoptée par les promoteurs des licences asymétriques et le caractère modulaire de certaines familles de licences comme les Creative Commons contribuent également à cette situation de prolifération : en cherchant à répondre aux besoins spécifiques de sous-catégories de créateurs pour encourager à l'adoption des licences ouvertes, cette approche favorise l'utilisation de nombreuses licences différentes [73].

Si l'existence d'une pluralité de licences permet de répondre précisément à une diversité de besoins spécifiques, elle génère également des problèmes de sécurité juridique et d'intelligibilité pour les donneurs de licence comme pour les licenciés. La prolifération des licences ouvertes accroit le nombre de normes concurrentes applicables à une même situation, et donc augmente l'incertitude des utilisateurs quant à l'interprétation des clauses de ces licences et à leurs effets en droit. On peut comparer ce problème à celui de l'inflation législative, qui génère des problèmes similaires de sécurité juridique et d'accessibilité du droit.

69. Cf. notamment R. W. Gomulkiewicz, "Open Source License Proliferation : Helpful Diversity or Hopeless Confusion ?", *op. cit.* ;Z Katz, "Pitfalls of Open Licensing : An Analysis of Creative Commons Licensing", *Idea* 46.3 (2006) ; L. McDonagh, "Copyright, Contract and FOSS", in : *Free and Open Source Software : Policy, Law and Practice*, sous la dir. de N. Shemtov & I. Walden, Oxford : Oxford University Press, 2013 ; C. D. Asay, "A case for the public domain", *Ohio State Law Journal* 74 (2013).

70. En comptant les différentes versions des licences, on dénombre 84 licences distinctes recensées comme ayant reçu l'approbation de l'OSI. Bien que 15 d'entre elles sont présentées par l'OSI comme « retirées ou obsolètes », on ne peut exclure que celles-ci soient encore utilisées en pratique. Cf. http://opensource.org/licenses/alphabetical et http://opensource.org/licenses/do-not-use

71. R. W. Gomulkiewicz, "Open Source License Proliferation : Helpful Diversity or Hopeless Confusion ?", *op. cit.*, p. 277

72. *ibid.*, p. 278

73. Dans le même sens, voyez Z Katz, "Pitfalls of Open Licensing : An Analysis of Creative Commons Licensing", *op. cit.*, p. 394

Le second phénomène problématique est celui de l'incompatibilité entre licences ouvertes. De nombreuses licences présentent des clauses qui sont inconciliables avec celles d'autres licences, ce qui empêche la combinaison d'œuvres sous ces différentes licences.

Bien sûr, pour évaluer précisément la compatibilité entre les différentes licences ouvertes, il faudrait réaliser une étude au cas par cas sur la possibilité de concilier leurs différentes clauses. Ces incompatibilités peuvent parfois résulter de vraies divergences idéologiques sur la façon de réaliser l'objectif d'ouverture, mais elles sont parfois également causées par de pures questions de technique juridique [74]. Sans prétendre épuiser ce sujet éminemment complexe, on peut tenter de tracer à gros traits les principales relations de compatibilité entre les différentes familles de licences.

On peut distinguer entre compatibilité unilatérale et bilatérale. Une licence A est unilatéralement compatible avec une licence B lorsqu'une œuvre couverte par la licence A peut être intégrée à une œuvre dérivée sous licence B, mais pas l'inverse. Deux licences sont bilatéralement compatibles lorsque cette relation va dans les deux sens [75].

Les licences permissives sont bilatéralement compatibles entre elles, et sont au moins unilatéralement compatibles avec les autres familles de licences : des œuvres sous licence permissive peuvent être intégrées dans des œuvres sous licence réciproque ou asymétrique, mais pas nécessairement l'inverse.

Pour être compatibles avec d'autres licences, les licences réciproques fortes, qui appliquent la clause de réciprocité y compris aux autres logiciels liés par un lien dynamique, exigent une clause de réciprocité équivalente, ainsi qu'un même degré d'ouverture [76]. Des éléments sous licence réciproque ne peuvent donc être réutilisés ni dans une œuvre sous licence permissive (car une telle licence ne comprend pas de clause de réciprocité), ni dans une œuvre sous licence asymétrique (car une telle licence impose des restrictions additionnelles aux libertés d'usage).

74. Ainsi, la licence GPLv2 n'est par exemple pas compatible avec la licence GPLv3.

75. A l'appui d'une telle définition stricte de la compatibilité, voyez L. McDonagh, "Copyright, Contract and FOSS", *op. cit.* ; P. Laurent, "The GPLv3 and Compatibility Issues", *European Open source Lawyers Event* (2008), url : http://www.eolevent.eu/en/EOLE2008

76. Quant aux licences réciproques faibles dans le domaine des logiciels (ou « weak copyleft » (cf. supra 2.2.3.2)), comme leur définition de la clause de réciprocité ne s'étend pas à l'intégration par lien dynamique, elles permettent par ce biais une forme de compatibilité bilatérale avec les licences permissives, ainsi qu'avec les autres licences réciproques faibles. Rappelons toutefois que comme il n'est pas certain que le fait de réaliser un « liens dynamiques » constitue un acte couvert par le droit exclusif sur les œuvres dérivées, il n'est pas certain qu'une telle hypothèse pose un problème de compatibilité. Cf. supra 3.2

Les licences réciproques posent donc d'importants problèmes de compatibilité, y compris entre elles, et y compris entre deux versions d'une même licence [77].

Les licences asymétriques, quant à elles, ne sont compatibles qu'avec des licences équivalentes ou plus restrictives : ainsi, une œuvre sous licence CC BY-NC peut être intégrée dans une œuvre sous licence équivalente ou sous licence CC BY-NC-ND ou CC BY-NC-SA.

Ce phénomène prolifération de licences mutuellement incompatibles conduit à un risque de fragmentation du fonds commun sous licence ouverte [78], susceptible d'affecter négativement l'efficacité générale de la voie des licences ouvertes. En effet, comme nous l'avons vu, la voie des licences ouvertes vise à favoriser les libertés d'usage en constituant un fonds commun sous licence ouverte. Il s'agit de permettre aux créateurs de jouir d'une plus grande liberté de création dérivée, en leur offrant l'opportunité de puiser sans entraves dans un fonds d'œuvres sous licence ouverte. Or, cet objectif serait sérieusement mis à mal si le fonds des œuvres sous licence ouverte était fragmenté entre une multitude de licences incompatibles.

Ces dernières années, quelques initiatives ont été prises pour une plus grande compatibilité, comme la sortie d'une version 2.0 de la Mozilla Public license, conçue pour être compatible avec la GPL [79], ou le passage de l'encyclopédie Wikipedia sous une double licence GFDL et CC BY-SA, visant à assurer la compatibilité avec d'autres projets sous licence ouverte [80].

Un élément intéressant à noter est le rôle joué par certaines licences qui acquièrent un statut de standard (cf. *supra* chapitre I, 4.3.1). Comme le note la page Wikipédia justifiant la décision de la communauté des contributeurs d'adopter dorénavant la licence CC BY-SA pour couvrir les articles de l'encyclopédie :

> « CC BY-SA is becoming the usual license for free content intended to stay free ("copyleft"). That's a whole world of text, images, movies and so on that Wikimedia stuff can't be mixed with. (A software analogy is using a copyleft license that's not GPL-compatible – it makes your work an isolated island for no particular gain). » [81]

Ce statut de standard peut avoir un impact positif sur le problème de la fragmentation. Non seulement parce que la prédominance d'une licence

77. Cf. http://www.gnu.org/licenses/gpl-faq.html
78. L. Rosen, *Open Source Licensing Software Freedom and Intellectual Property Law*, *op. cit.*, p. 104 : « Because of the GPL we have two—not just one—public commons of free software »
79. http://www.fsf.org/blogs/licensing/mpl-2.0-release
80. Cf. http://meta.wikimedia.org/wiki/Licensing_update
81. Cf. http://meta.wikimedia.org/wiki/Licensing_update/Questions_and_Answers

standard permet d'atténuer la fragmentation des licences ouvertes, mais aussi parce que les autres licences peuvent se contenter d'assurer une compatibilité avec cette seule licence standard, plutôt qu'entre une multitude de licences différentes.

On peut dire que des licences modulables comme les Creative Commons (et dont la gamme comprend à la fois des licences permissives, réciproques, et asymétriques) contribuent particulièrement à la fragmentation, car elles favorisent l'existence d'une diversité de licences souvent incompatibles entre elles. Toutefois, cette diversité constitue un atout important, en permettant de répondre à des besoins différents. Dès lors, du point de vue des promoteurs licences Creative Commons, l'existence d'une diversité de licences n'est pas (jusqu'à un certain point) un effet secondaire regrettable, mais une qualité recherchée. L'incompatibilité (et donc la fragmentation du fonds commun sous licence ouverte) n'est qu'un effet secondaire de cette liberté de choix laissée aux créateurs.

Conclusion du chapitre III

Dans ce chapitre, nous avons d'abord comparé les approches mises en œuvres par les différentes familles de licences pour réaliser une certaine forme de compromis incitation-usage. Nous avons vu en tout premier lieu que la stratégie d'incitation des licences permissives constituait l'exact opposé de celle du régime du droit d'auteur : une incitation sans limiter les libertés d'usage. Même sans droit exclusif, les contributeurs aux projets sous licence permissive peuvent bénéficier d'avantages extrinsèques et intrinsèques tels que les avantages de signalement dans une communauté ou vis-à-vis de potentiels employeurs, ou l'engagement idéologique et le plaisir tiré de l'activité. Les incitants à créer et les incitants à libérer l'œuvre coïncident largement.

A l'inverse, les licences asymétriques offrent une solution hybride entre la stratégie d'ouverture complète et la stratégie privative, en permettant à l'auteur de se ménager une possibilité de rémunération en réservant certains droits sur l'œuvre (c'est l'effet « certains droits réservés »). On sacrifie une partie de l'incitant à libérer l'œuvre pour favoriser l'incitant à créer.

Les licences réciproques, quant à elles, peuvent servir deux stratégies, apparentées mais distinctes. D'une part l'effet « membre du club » incite les créateurs à ajouter leur contribution au fonds commun pour pouvoir y puiser eux-mêmes. D'autre part l'effet « anti free riding » permet d'assurer aux créateurs que leur œuvre ne sera pas exploitée d'une manière considérée comme injuste. Dans les deux cas, on limite

l'incitant à créer pour protéger l'incitant à libérer l'œuvre [82].

Nous avons ensuite considéré les trois principaux risques auxquels sont confrontées ces différentes approches.

Le premier, le risque du pillage, concerne essentiellement l'approche des licences permissives. Nous avons vu qu'il pouvait constituer un problème dans la mesure où un tel phénomène de « pillage » pourrait conduire à détourner une partie des bénéfices futurs attendus, et serait de nature à priver les projets sous licences permissives de contributions potentielles.

Le second, le risque de la mise en quarantaine, concerne n'importe quelle licence qui génère des risques juridiques, pour lesquels les acteurs commerciaux ont une aversion particulière. Il affecte donc principalement les licences réciproques et les licences asymétriques, nécessairement plus complexe que les licences permissives. On peut considérer que ce risque affecte probablement davantage certaines catégories d'œuvres comme les logiciels, pour lesquelles la réutilisation (et l'apport d'acteurs commerciaux) jouit d'une importance particulière en raison de leur caractère utilitaire et de l'aspect cumulatif de leur développement.

Enfin, le risque de la fragmentation touche toutes les familles de licences sauf les licences permissives. Il s'agit en effet du prix à payer pour pouvoir conditionner la garantie des libertés d'usage : le risque de créer des conditions mutuellement incompatibles. Si certaines catégories de licences modulables comme les Creative Commons participent clairement à la fragmentation, la famille des licences réciproques n'est pas en reste, avec un grand nombre de licences réciproques pas toujours compatibles entre elles. Néanmoins, les efforts pour améliorer la compatibilité de ces licences ainsi que le rôle de standard joué par certaines licences permettent d'atténuer ce phénomène.

Le fait que l'approche des licences réciproques et asymétriques sont exposées aux mêmes risques, celui de la fragmentation et de la mise en quarantaine, est de nature à relativiser la controverse entre les partisans de ces deux familles de licence. Cette controverse semble parfois résulter d'une volonté de plaquer le modèle économique du développement de logiciels libres et *open source* sur la création d'œuvres culturelles et artistiques. Or, les schémas très différents dans la popularité des différentes familles de licence semblent indiquer que les besoins et attentes des créateurs et utilisateurs ne sont pas les mêmes dans ces deux domaines.

Et c'est bien entendu un des atouts majeurs des licences ouvertes : leur flexibilité. Alors qu'un régime de droit d'auteur qui distingue-

82. Rappelons également que ces deux effets « anti-free riding » et « membre du club » peuvent également être mis en œuvre dans une certaines mesures au moyen de licences asymétriques.

rait entre les différentes catégories de création susciterait probablement de nombreuses rigidités et effets d'aubaine [83], les licences ouvertes permettent la coexistence de différents régimes contractuels, qui permettent davantage d'adaptation aux différents modèles et aux différents domaines de création intellectuelle. Et le caractère volontaire des licences ouvertes et l'intention libérale qui anime les donneurs de licence impliquent que le choix d'une licence pour leur œuvre n'est pas uniquement guidé par leur intérêt stratégique (qui entre néanmoins en compte, nous l'avons vu), mais également par une préoccupation en faveur de l'ouverture. C'est la raison pour laquelle un système où coexistent plusieurs régimes optionnels peut fonctionner, et donner lieu à un compromis acceptable pour les auteurs dans chaque domaine de la création. Les différents risques encourus par la voie des licences ouvertes semblent donc être le revers inévitable de cet atout majeur, la flexibilité.

Mais la complexité générée par cette diversité de licences n'en reste pas moins un problème important pour les partisans de la voie des licences ouvertes, car elle menace fondamentalement la praticabilité de la voie des licences ouvertes. Selon certains, il existerait une tendance croissante chez les développeurs de logiciels libres ou open source à négliger toute déclaration d'une quelconque licence [84]. Il semblerait que les nouvelles générations de contributeurs montrent un désintérêt et une impatience plus grande que leurs ainés pour les subtilités juridiques des licences ouvertes.

Ces trois risques pour l'ouverture, auxquels aucune approche n'échappe entièrement, montrent bien qu'il n'existe pas de panacée, et que la voie des licences ouvertes doit nécessairement composer avec certains dilemmes. Faut-il garantir l'ouverture maximale comme le font les licences permissives, en se résignant à admettre le risque du pillage et à ne pas utiliser le droit d'auteur pour attirer des contributeurs ? Ou faut-il utiliser des licences moins permissives comme les licences réciproques et asymétriques, au risque de créer un degré complexité contre-productif ?

83. Un point que nous avions déjà soulevé *supra*, Partie 1, chapitre II, 1.4, *in fine*.

84. A. Ronacher, *Licensing in a Post Copyright World*, 2013, URL : http://lucumr.pocoo.org/2013/7/23/licensing/ (visité le 23/09/2014)

Conclusion de la partie III

Dans cette partie, nous avons présenté une première voie envisageable pour promouvoir l'ouverture de l'environnement numérique : la voie de la responsabilité sociale. Nous avons vu comment on pouvait interpréter les mécanismes et stratégies mises en œuvre par les partisans des licences ouvertes comme une forme d'exercice d'une responsabilité sociale pour l'environnement numérique. En ce sens, l'approche des licences ouvertes peut essentiellement être interprétée de deux manières : soit comme une stratégie soutenant la critique de la tendance à l'expansion du droit d'auteur et visant à sensibiliser à la nécessité d'un changement législatif, soit, de manière plus originale, comme une stratégie visant à ménager davantage d'ouverture au sein même du régime du régime juridique par l'initiative privée.

Que peut-on conclure à propos de l'efficacité de cette voie de la responsabilité sociale pour avancer l'objectif d'ouverture de l'environnement numérique ?

On peut tout d'abord s'interroger sur son effet symbolique : la voie des licences ouvertes doit-elle être interprétée comme essentiellement subversive ou plutôt conservatrice ?

Les licences ouvertes ne contribuent-elles pas à rendre plus acceptable le régime juridique du droit d'auteur, en permettant d'en atténuer les excès sans toutefois en contester la logique ? Ainsi certains juristes comme Jean-Paul Triaille, observant l'émergence des logiciels libres et open source, constatent que ce phénomène, loin de constituer une « menace » pour le droit d'auteur, ne constitue au contraire qu'une preuve de plus de la « grande adaptabilité » et de la « souplesse » du droit d'auteur [85]. Dans le même sens, le juriste américain Robert Merges, considère que l'émergence des licences ouvertes permet de relativiser les craintes sur la tendance contemporaine à l'expansion du droit d'auteur :

85. J.-P. Triaille, "L'application de la loi aux logiciels", *Auteurs & Media* 5-6 (2004)

> « the increasing importance of the public domain may represent a partial self-correcting impulse in the IP system. Just possibly, the same private initiative that has led to the expansion of IP rights may be capable of partially counteracting this expansion » [86].

On voit dès lors comment les licences ouvertes, en ménageant des espaces de liberté au sein du régime du droit d'auteur, peuvent contribuer à renforcer le sentiment qu'il n'est pas nécessaire de réformer le droit d'auteur.

D'une manière plus préoccupante, la dépendance vis-à-vis du régime du droit d'auteur génère une tentation à interpréter certaines notions de droit d'auteur de manière plutôt extensive, de façon à étendre du même coup la portée des licences ouvertes (cf. la question de la portée de la clause de réciprocité, supra 3.2).

En outre, il faut rappeler la critique avancée notamment par Niva Elkin-Koren et Séverine Dusollier, pour qui la dépendance de la stratégie des licences ouvertes vis-à-vis du régime de la propriété intellectuelle renforce la tendance à la commodification des œuvres intellectuelles au fondement du régime juridique, en entretenant les pratiques et normes sociales liées à l'appropriation de l'information [87]. En cherchant à utiliser les moyens de « l'adversaire » pour faire avancer son objectif, la voie des licences ouvertes prête le flanc, comme tout réformisme, à l'accusation de jouer un rôle essentiellement conservateur.

Au-delà de ces questions essentiellement symboliques, nous nous sommes principalement intéressés à l'efficacité pratique de la voie des licences ouvertes. Les licences ouvertes ont réussi à mettre en œuvre un impressionnant mécanisme juridique, tirant profit des possibilités offertes par l'outil contractuel dans l'environnement numérique pour réaliser une construction d'une ampleur inédite. On l'a vu, interprétée comme une stratégie de substitution au législateur, les licences ouvertes participent à la création d'un régime juridique concurrent au régime « par défaut » du droit d'auteur (cf. *supra* 4.4).

86. R. P. Merges, "A New Dynamism in the Public Domain", 2187 (2001), p. 184. Notons toutefois que Merges nuance d'emblée cette affirmation :

> « It would be easy to read over this Essay quickly and come away with the conclusion that Merges thinks all is well in the IP world, and that even the most egregious excesses of the system will be offset by the mechanisms discussed here. (...) I do not think private investments in the public domain will always precisely counterbalance every excess the system foists upon our economy and society »*ibid.*, p. 185

87. N. Elkin-Koren, "Creative Commons : A Skeptical View of a Worthy Pursuit", *op. cit.*, p. 336-339 ; S. Dusollier, "The master's tools v. the master's house : Creative commons v. copyright", *op. cit.*, p. 290-291

Toutefois, on peut relativiser cette flexibilité accrue dont ferait preuve l'approche des licences ouvertes par rapport au droit en vigueur.

Certes, la stratégie visant un changement bottom-up par la voie des licences ouvertes parait a priori plus accessible qu'un changement législatif, en raison des rigidités propres au système juridique [88]. Mais la voie des licences ouverte semble également affectée par un effet de dépendance de sentier : une fois adoptées par un certain nombre de créateurs, les licences sont difficiles à réviser [89]. En effet, les licences étant des contrats standards, elles n'ont de force que par le consentement des parties au contrat. Dès lors, le succès du processus de révision de licences ouvertes est généralement tributaire de l'adoption de la nouvelle version par les donneurs de licences. Cette difficulté est particulièrement aigüe dans le cas de projets collaboratifs, où un changement de licence requiert le consentement unanime d'un grand nombre de contributeurs. Certaines communautés résolvent ce problème en accordant au curateur des licences la faculté de réviser celle-ci, ou en lui cédant la gestion des droits d'auteur sur l'œuvre [90]. En outre, comme la nouvelle version d'une licence ouverte est condamnée à cohabiter avec des versions antérieures, des problèmes de compatibilité peuvent surgir, en particulier dans le cas de licences réciproques. [91]

Dès lors, si la voie des licences ouvertes se présente de prime abord comme un moyen d'action plus flexible que la régulation publique, elle finit elle aussi par être affectée d'une certaine rigidité. Même dans le cadre d'une initiative privée, un corps de règles générales visant à régir le comportement des individus crée nécessairement des attentes légitimes, et un besoin de sécurité juridique. Tout se passe comme si, une fois passé le moment de liberté initiale, les nouveaux « législateurs » des régimes contractuels fondés sur les licences ouvertes se retrouvent eux aussi confrontés au poids de l'ordre établi. Cette hypothèse ouvre en tout cas d'intéressantes perspectives de recherches ultérieures.

En outre, la voie des licences ouvertes est affectée par un dilemme similaire au régime juridique du droit d'auteur, lié au compromis incitation - liberté d'usage. Alors que l'approche des licences ouvertes a pour objectif ultime d'augmenter les libertés d'usage, cet objectif est poursuivi en pratique au moyen de règles d'utilisation qui sont autant de restrictions aux libertés d'usage. Ces règles d'utilisation servent à prévoir les incitants et sanctions nécessaires à la construction du fonds

88. Cf. *infra*, partie IV, chapitre 1 à ce sujet

89. L. Dobusch, *CC Global Summit 2011, Pt. III : Discussing the Non-commercial Module*, *op. cit.*

90. Cf. A. Randal, "GPLv3, Linux and GPLv2 Compatibility", *O'Reilly Radar* (2007), url : http://radar.oreilly.com/2007/04/gplv3-linux-and-gplv2-compatib.html

91. Cf. *ibid.*

commun sous licence ouverte [92]. Nous avons vu en effet que pour réaliser l'objectif qu'elle s'assigne, la voie des licences ouvertes doit mettre en œuvre une forme de compromis entre incitation et liberté d'usage, qui rappelle celle au coeur du régime du droit d'auteur. En outre, la nécessité de mettre en place des règles d'utilisation des œuvres sous licences ouverte est exacerbée par la concurrence avec l'approche privative du « régime par défaut » du droit d'auteur. Le fonds commun des œuvres sous licence ouverte doit en effet faire face à un risque de *free riding* asymétrique de la part des tenants de l'approche privative.

En raison de ces tensions multiples, aucune des trois approches du compromis incitation - liberté d'usage n'est exempte de difficulté. Si l'approche des licences permissives reconnait le plus haut niveau des libertés d'usage, c'est sans doute au prix d'une stratégie d'incitation moins élaborée en faveur des créateurs, ainsi qu'au péril du phénomène du pillage. Les approches des licences réciproques et asymétriques, pour éviter ces deux écueils, s'exposent quant à elles au risque de la mise en quarantaine (la désincitation à l'utilisation d'éléments sous licences ouvertes en raison des incertitudes juridiques qu'elles génèreraient) et de la fragmentation (la division du fonds commun sous licence ouverte en de nombreux sous-ensembles pas nécessairement compatibles entre eux).

Si les risques du pillage et de la mise en quarantaine posent des défis importants, il semble que le problème le plus préoccupant est le celui de la fragmentation. En éclatant les efforts visant à augmenter le nombre d'œuvres en libre usage, il constitue un frein sérieux à la contribution de la voie des licences ouvertes à l'objectif d'ouverture. Si la réutilisation d'œuvres sous licence ouverte était constamment entravée par le respect de conditions spécifiques à chaque licence et potentiellement contradictoires, on n'aurait guère fait beaucoup de progrès par rapport à la « culture de la permission » dénoncée il y a dix ans par Lessig [93]. Minimiser cette fragmentation et améliorer la compatibilité entre les licences devrait constituer une préoccupation prioritaire pour les curateurs des principales licences ouvertes.

En outre, l'efficacité globale de l'approche des licences ouvertes est évidemment limitée par sa nature d'initiative privée. Le fait de reposer sur la responsabilité sociale limite forcément la portée de la voie des licences ouvertes pour réaliser l'objectif d'ouverture, en comparaison à la voie de la régulation publique. Les efforts qui reposent sur l'action volontaire des acteurs ne peuvent évidemment pas bénéficier du caractère général et obligatoire de la loi.

92. Cf. W. J. Gordon, "Discipline and nourish : on constructing commons", *op. cit.* ; S. O'Mahony & J. West, "Contrasting Community Building in Sponsored and Community Founded Open Source Projects", *System Sciences* (2005).

93. L. Lessig, *Free culture*, *op. cit.*, p. 8

Toutefois, on pourrait argüer que la nature volontaire de ces licences constitue également un atout pour l'efficacité de la voie des licences ouvertes, non seulement par la plus grande flexibilité quelle autorise, mais surtout en ce qu'elle procure une plus grande sécurité juridique aux utilisateurs qu'une exception légale. En effet, si les parties à la licence adoptent un comportement similaire à ce que recommanderait le principe de robustesse (« Be conservative in what you do ; be liberal in what you accept from others », cf. *supra* 3.3.2 page 300), les cas de litiges seront vraisemblablement plutôt rares.

Certes, la complexité de certaines licences et l'incertitude quant à l'interprétation de certaines notions (clause de réciprocité, clause NC, cf. *supra* 3.2 et 3.3.2) peut avoir un impact négatif sur la sécurité juridique. Mais dans la mesure où l'attitude des auteurs et des utilisateurs a tendance à se conformer au principe de robustesse et que les litiges restent peu nombreux, il convient sans doute de relativiser ces difficultés.

Pour conclure, si dans son principe, l'approche des licences ouvertes constitue une initiative intéressante et louable pour qui est attaché à l'ouverture de l'environnement numérique, il faut reconnaitre que cette approche est affectée d'une série de difficultés internes et externes. D'un point de vue interne, les dilemmes posés par les différentes réponses aux compromis incitation - liberté d'usage (risque du pillage, de la mise en quarantaine, et de la fragmentation) menacent de mettre à mal l'objectif poursuivi. D'un point de vue externe, les caractéristiques particulières de la voie des licences ouvertes pose la difficile question de son articulation avec la voie de la régulation publique pour réaliser l'objectif d'ouverture de l'environnement numérique. Ces deux approches sont-elles en mesure de dépasser leurs contradictions apparentes ? Quelles sont les forces et faiblesses respectives de chacune de ces approches ? Faut-il privilégier l'une d'entre elles, ou sont-elles susceptibles de jouer un rôle complémentaire ? L'étude d'une forme particulière de régulation publique en faveur de l'ouverture, qui fera l'objet de notre partie IV, devrait nous permettre d'apporter un début de réponse à ces interrogations.

Quatrième partie

Promouvoir l'ouverture : la voie législative

Introduction

En vue de ménager davantage d'espace pour les libertés d'usage de l'information au sein du régime du droit d'auteur, à côté de la voie de la responsabilité sociale et des licences ouvertes, il reste encore à considérer la voie, plus classique, de la réforme législative.

Avant de nous pencher sur le contenu des réformes que nous envisageons, nous nous attarderons dans un premier chapitre sur le contexte juridique du régime actuel du droit d'auteur. Nous verrons que les contraintes liées au droit international et européen réduisent considérablement la marge de manœuvre du législateur ou du juge pour réformer le droit d'auteur. Notre optique sera donc, en même temps que nous présentons ces différents cadres juridiques, de tâcher de présenter les opportunités de déverrouiller le régime du droit d'auteur.

Parmi ces opportunités, la tendance grandissante au recours aux droits fondamentaux dans la jurisprudence en droit d'auteur constitue probablement un instrument précieux pour rééquilibrer le régime juridique. Toutefois, ce déplacement du débat juridique sur le droit d'auteur vers le champ des droits fondamentaux fait également face à deux obstacles pour les partisans de l'ouverture, qu'il nous faudra également discuter : d'une part, la tendance à promouvoir la propriété intellectuelle en tant que droit fondamental à part entière, et d'autre part les résistances d'une partie de la doctrine et de la jurisprudence, qui soutiennent la thèse d'une coexistence harmonieuse du droit d'auteur et de la liberté d'expression.

Dans un second chapitre, nous envisagerons trois propositions de réforme visant à promouvoir davantage d'ouverture au sein du régime du droit d'auteur.

La première proposition est celle qu'a suivie le législateur canadien en introduisant dans la réforme de 2012 du Copyright Act une exception pour les « contenus non commerciaux générés par les utilisateurs ».

La seconde proposition consiste à instaurer une exception ouverte centrée sur des standards textuels permettant de déterminer le caractère équitable de l'utilisation, à la manière du *fair use* américain.

Enfin, la troisième proposition s'inspire à nouveau du droit canadien, mais en se focalisant sur la jurisprudence particulièrement ambitieuse de la Cour Suprême du Canada, qui a transformé le régime classique du *fair dealing* canadien en exception semi-ouverte.

Si nous recouvrons un peu abusivement ces trois propositions sous l'expression « réforme législative », nous verrons que certaines de ces propositions ne requièrent pas nécessairement une action du législateur, dans la mesure où elles peuvent être avancées par les cours et tribunaux [94]. Nous analyserons chacune de ces propositions d'une part sous l'angle de leur compatibilité avec le droit belge et européen en vigueur, et d'autre part de leur opportunité.

La compatibilité avec le droit en vigueur constitue un facteur important pour évaluer la faisabilité des propositions envisagées. Dans le cadre d'une thèse adoptant une approche de *lege feranda*, nous envisageons la question sur un mode volontariste : la compatibilité au droit en vigueur n'est jamais prise comme un déterminant ultime de l'admissibilité de la proposition, mais plutôt comme indicateur de la difficulté de l'intégrer dans le système juridique. La compatibilité d'une proposition avec le droit en vigueur est la plus forte lorsqu'il est possible de soutenir qu'elle est non seulement conforme au droit en vigueur, mais qu'elle découle en fait de l'interprétation correcte des textes juridiques ou de l'intention du législateur, de sorte que les changements requis pour l'implémenter sont faibles : une reconnaissance par la jurisprudence suffit. À l'inverse, une proposition aura une compatibilité d'autant plus faible avec le droit en vigueur qu'elle est exclue par des règles élevées dans la hiérarchie des normes, de sorte que les changements requis pour l'implémenter sont importants : il faudrait modifier la loi, la directive ou les traités internationaux.

Notre évaluation de l'opportunité des différentes propositions se focalisera sur leur capacité d'une part à réaliser un compromis adéquat entre incitation et libertés d'usage, et d'autre part à assurer une sécurité juridique suffisante.

En effet, nous avons vu dans la première partie de cette thèse que la justification la plus plausible du droit d'auteur résidait dans un compromis entre incitation à la création et libertés d'usage, étant donnée la présomption générale contre les restrictions légales issues de l'exigence de justification publique, ainsi que la présomption forte en faveur de l'ouverture de l'environnement numérique découlant de notre théorie réal-libérale de la justice. Nous verrons donc dans quelle mesure chaque proposition de réforme du régime des exceptions réalise un compromis

94. Comme nous le verrons, c'est la voie qu'a suivi par la Cour Suprême du Canada, en consacrant l'exception de *fair dealing* comme droit des utilisateurs et en promouvant une interprétation « large et libérale » de cette exception. Cf. *infra*, chapitre II, section 3.

adéquat, en ne restreignant pas davantage les libertés d'usage que ce qui est justifié par l'objectif d'incitation à la création.

D'autre part, une objection classique aux régimes d'exceptions ouvertes consiste à dire que ceux-ci constitueraient un facteur d'insécurité juridique. On peut définir la sécurité juridique comme l'exigence que les règles juridiques présentent une certaine clarté (l'utilisation d'un langage complet, certain et simple) et une certaine généralité (la capacité à régler à l'avance les faits à venir) [95], afin d'être suffisamment prévisibles. Si l'argument de la sécurité juridique ne doit pas servir de prétexte à la préservation du *statu quo*, il est indéniable qu'il s'agit d'une préoccupation importante dans un système juridique, et essentielle pour l'effectivité de réformes du droit d'auteur promouvant l'ouverture. Nous évaluerons donc également chacune des propositions du point de vue de leur effet sur la sécurité juridique. Dans la conclusion, nous reviendrons plus en détail sur cette notion de sécurité juridique, sa signification et son rôle dans le système juridique.

95. Nous nous inspirons ici de F. Tulkens, "La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer", *R.I.E.J.* 24 (1990), p. 28-29.

Chapitre I

Déverrouiller le contexte juridique international et européen

Pour pouvoir évaluer la compatibilité avec le droit en vigueur des trois propositions de réforme que nous envisagerons, il convient d'abord d'introduire les grandes lignes du contexte juridique international et européen du droit d'auteur. Comme nous le verrons, les perspectives pour une réforme législative paraissent a priori assez restreintes. Ainsi, la contrainte du test en trois étapes en droit international et la faible flexibilité du cadre européen du droit d'auteur constituent autant de contraintes à l'action du législateur qui participent au verrouillage du contexte juridique.

Mais nous ne nous contenterons pas d'une posture purement descriptive d'un droit observé de l'extérieur. Comme la science juridique est une discipline qui décrit son objet en même temps qu'elle le constitue, nous assumerons clairement notre part dans les controverses sur l'interprétation du droit. Ainsi, nous envisagerons certains éléments qui pourraient contribuer à déverrouiller le contexte juridique, comme une interprétation modérée du test en trois étapes, la critique la doctrine de l'interprétation stricte des exceptions, et la tendance émergente à la prise en compte des droits fondamentaux dans la jurisprudence européenne.

Section 1 La contrainte du test en trois étapes

La marge de manœuvre du législateur national pour réformer le droit d'auteur est bien sûr contrainte par le respect du droit supranational. Depuis quelques années, un dispositif particulier a été amené à jouer un rôle grandissant dans le cadre international et européen du droit d'auteur : le test en trois étapes (*three step test*).

Initialement introduit dans la révision de 1967 de la Convention de Berne sur le droit d'auteur [1], le test en trois étapes a depuis été intégré dans une série de traités internationaux comme l'accord international sur la protection des droits intellectuels touchant au commerce, aussi appelé accord ADPIC (en anglais TRIPS) [2], le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) [3]. Ces différentes versions du test en trois étapes doivent être interprétées conjointement, étant donné que les différents instruments internationaux en matière de droit d'auteur forment un corpus interconnecté [4].

En outre, le test en trois étapes a également été intégré au droit européen avec la directive européenne 2001/29, ainsi que dans certains ordres juridiques nationaux [5].

1. Cf. *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, *op. cit.*, telle que révisée le 14 juillet 1967 à Stockholm.

2. *Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce*, Annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech, au Maroc, le 15 avril 1994. L'acronyme anglais « TRIPS », signifie « Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights ».

3. *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, adopté à Genève le 20 décembre 1996 ; le test en trois étapes a également été transposé dans le domaine des droits voisins dans le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT). En outre, le test en trois étapes a également été intégré à deux traités récents adoptés dans le cadre de l'OMPI : le *Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles*, adopté le 26 juin 2012, VIP/DC/8, et le *Traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels…* adopté le 28 juin 2013, VIP/DC/8

4. Cf. M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 110 ; D. Gervais, *The TRIPS agreement : drafting history and analysis*, 3e éd., Londres : Sweet & Maxwell, 2008, p. 245

5. Ainsi, la France, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, le Portugal et l'Espagne ont pris l'intégration du test en trois étapes dans la directive 2001/29 comme une invitation à la transposer dans leur droit national. C. Geiger, "Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information", *e.Bulletin du Droit d'auteur, UNESCO* 01-03 (2007), p. 15. Geiger cite également le « double test » prévu en droit chinois, reprenant les deux dernières étapes du test de Berne *ibid.*, p. 4, note 17

Historiquement, la fonction de ce test était d'harmoniser de manière minimale le champ des exceptions et limitations au droit d'auteur, en se contentant de fournir des critères permettant de déterminer leur admissibilité. La formulation de compromis intégrée dans la Convention de Berne devait permettre de régler la question très sensible des exceptions et limitations, en préservant la diversité des régimes nationaux d'exceptions et limitations [6].

L'article 9 de la Convention de Berne harmonisant le droit de reproduction a donc été adjoint d'un paragraphe 2, formulé en des termes très larges :

> « Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. » [7]

Les trois étapes du test visent donc à vérifier que l'utilisation en cause 1) vise certains cas spéciaux, 2) ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, et 3) ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

La principale évolution depuis la version originale du test introduite par la Convention de Berne a été son extension à tous les droits exclusifs (et non plus seulement les droits de reproduction) dans l'accord ADPIC et le traité OMPI. Pour le reste, les autres traités reprennent la essentiellement la formulation de l'article 9.2 de la Convention de Berne, avec quelques nuances. Ainsi, alors que la Convention de Berne adopte une formulation relativement permissive, en prévoyant que leurs membres ont « la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux ... » ou « peuvent prévoir (...) d'assortir de limitations ou d'exceptions ... », l'accord ADPIC adopte un langage plus strict en prévoyant que les membres « restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux ... ». Par ailleurs, l'accord ADPIC remplace la référence à « l'auteur » par le « détenteur de droit », semblant suggérer que la fonction du droit d'auteur n'est pas seulement d'inciter les auteurs à la création, mais également de protéger les intérêts économiques des intermédiaires du secteur de l'édition. Les deux traités OMPI sur le droit d'auteur et sur

6. M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 43-98.

7. *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, *op. cit.*, article 9.2.

les droits voisins adoptent une double formulation, l'une se rapprochant du texte de Berne, l'autre de la formulation de l'accord ADPIC [8].

Toutefois, aucune des conventions internationales ayant intégré le test en trois étapes n'offre de directive claire pour interpréter les notions particulièrement indéterminées qu'il comporte, comme les références à « certains cas spéciaux », « l'exploitation normale de l'œuvre », ou « les intérêts légitimes de l'auteur ».

Or l'interprétation qui est faite du test en trois étapes s'avère cruciale pour l'équilibre entre droits exclusifs et libertés d'usage, étant donné que ce test fonctionne comme une limite aux limitations et exceptions au droit d'auteur [9]. Une interprétation restrictive reviendrait à restreindre davantage encore les exceptions et limitations au droit d'auteur prévues par les droits nationaux. Une interprétation permissive permettrait d'étendre le champ des exceptions et limitations par rapport à ce que prévoit le droit positif.

Alors que la doctrine avait initialement affiché une certaine indifférence vis-à-vis de ce test en trois étapes, elle a commencé à lui accorder une attention soutenue suite au rapport pris par le groupe spécial de l'OMC (ou « panel ») [10] dans le cadre de la procédure de règlements des conflits de l'OMC sur l'application de l'accord ADPIC. L'affaire portait sur une plainte de l'Union européenne contre une disposition américaine prévoyant une large exception au droit d'auteur pour la diffusion d'émissions radiophoniques ou télévisées dans les bars ou restaurant. Dans volumineux son rapport final, le panel de l'OMC développe son interprétation du test en trois étapes, particulièrement restrictive pour l'admissibilité des exceptions au droit d'auteur. Par la suite, cette interprétation restrictive aura une grande influence sur la doctrine et la

8. Toutefois, la déclaration commune jointe au traité OMPI neutralise l'effet de la formulation inspirée de l'accord ADPIC prévue à l'article 10(2) : « Il est aussi entendu que l'article 10.2) ne réduit ni n'étend le champ d'application des limitations et exceptions permises par la Convention de Berne » (*Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, *op. cit.*, Déclaration commune concernant l'article 10).

Notons en outre que le traité de Marrakech de 2013 (*Traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels… Op. cit.*) mentionne chacune des 4 formulations précitées, alors que le traité de Beijing de 2012 (*Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles*, *op. cit.*) se contente d'une formulation double, similaire au Traité OMPI de 1996.

9. Dans le même sens, T. G. Newby, "What's Fair Here Is Not Fair Everywhere : Does the American Fair Use Doctrine Violate International Copyright Law ?", *Stanford Law Review* 51 (1999), p. 1647.

10. Organisation Mondiale du Commerce, *Etats-Unis - Article 110(5) de la loi sur le droit d'auteur - Rapport du Groupe Spécial*, WT/DS160/R, 15 juin 2000. Un autre rapport, dans une procédure ayant trait au droit des brevets, aura également une certaine incidence en droit d'auteur : Organisation Mondiale du Commerce, *Canada - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques - Rapport du Groupe Spécial*, WT/DS114/R, 17 mars 2000

jurisprudence [11].

Dans notre analyse, nous commencerons par prendre un peu de recul pour remettre à sa juste place la force juridique de l'interprétation des panels de l'OMC (1.1). Ensuite, nous présenterons critiquerons l'interprétation restrictive inspirée par le rapport du panel de l'OMC (1.2). Enfin, nous synthétiserons les propositions d'interprétation modérée du test en trois étapes avancées dans la littérature, qui permettraient de laisser au législateur une marge d'interprétation suffisante pour adapter le droit d'auteur aux nouveaux défis posés par l'environnement numérique (1.3).

Notons d'emblée que dans le cadre ce chapitre, nous ne prétendrons pas épuiser la question de l'interprétation du test en trois étapes, mais comptons seulement fournir un aperçu des débats sur le sujet [12].

1.1 Remettre à sa juste place l'interprétation du panel de l'OMC

L'avis du panel de l'OMC de 2000 dans l'affaire « US – Section 110(5) » a eu une telle influence dans la doctrine en droit d'auteur que leur interprétation du test en trois étapes est généralement considérée comme quasi-canonique [13].

Il faut dire que parmi tous les traités intégrant une version du test en trois étapes, seul le traité TRIPS est soutenu par un mécanisme de sanction, par le biais de l'Organe de règlement des différends de l'OMC. Face au manque de clarté du texte des traités et au risque de fortes divergences nationales, on peut donc comprendre que les rapports des panels de l'OMC rendus dans ce cadre aient pu recevoir une certaine attention. Toutefois il convient de relativiser la force juridique des décisions issues des rapports de ces panels.

Certes, le système de règlement des différends mémorandaire de l'OMC (composé des panels, d'un organisme de règlement des différends, et d'un organe d'appel) s'est vu progressivement reconnaitre un

11. C. Geiger, "Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information", *op. cit.*, p. 4.

12. Il n'entre dès lors pas dans notre intention de passer en revue l'ensemble des sources sur l'interprétation du test en trois étapes. Ainsi, nnous ne nous réfèrerons pas directement aux travaux préparatoires des différents instruments internationaux évoqués, dont les actes de la conférence de Stockholm sur la révision du traité de Berne, mais seulement indirectement, à travers leur interprétation par la littérature secondaire. Pour un tel examen détaillé, nous renvoyons le lecteur à l'étude réalisée par M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*

13. A. Kur, "Of oceans, islands, and inland water - how much room for exceptions and limitations under the three-step test", *Richmond Journal of Global Law and Business* 1 (2009), p. 306

statut de juridiction [14]. Dans le cadre d'un litige, lorsque l'Organe de règlement des différends adopte le rapport d'un panel [15], ses recommandations font office de décision. Après épuisement des possibilités d'appel, la décision de l'Organe de règlement des différends lie les parties au litige, dans la mesure où la partie ne s'y conformant pas peut se voir imposer des sanctions commerciales par la partie adverse [16]. En outre, les règles issues de la jurisprudence des instances de l'OMC ont vocation à connaitre une propagation interne, c'est-à-dire à s'appliquer dans d'autres litiges pour régir la cohérence de l'ordre interne de l'OMC (à l'occasion de différends entre États en matière de commerce).

Toutefois, cette jurisprudence ne connait pas de propagation externe, c'est-à-dire qu'elle ne s'étend pas au-delà de l'application des traités de l'OMC [17]. Il n'y a donc a priori pas de raison que l'interprétation d'un panel sur la portée d'une règle de l'accord ADPIC s'impose du même coup à l'ensemble des régimes nationaux du droit d'auteur.

En outre, il est communément admis que les décisions de ce processus mémorandaire n'ont qu'une autorité relative de chose jugée, en ce qu'elles sont obligatoires uniquement pour les parties au différend [18]. Les parties admettent seulement la décision de l'Organe de règlement des différends comme une solution à ce litige particulier. Le fait pour une partie de se conformer à la décision ne peut pas être considéré comme une reconnaissance générale de la validité de l'interprétation du panel [19].

Hors du cadre du litige, la force juridique des rapports adoptés est plus que douteuse. Selon la Convention de Vienne, l'interprétation des traités doit tenir compte, outre du contexte présidant à son adoption, de tout accord ultérieur ou de toute pratique ultérieurement suivie par les parties [20]. Or, étant donné l'autorité relative de la chose jugée des rapports des panels, il ne semble pas possible de considérer le rapport des panels de l'OMC comme un « accord ultérieur » permettant de

14. Cf. L. Lorenzo, "Une nouvelle juridiction internationale : le système de règlement des différends interétatiques de l'O.M.C.", thèse de doct., Université Lumière Lyon 2, 2003, p. 388.

15. Organisation Mondiale du Commerce, *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, art. 16.

16. Organisation Mondiale du Commerce, *op. cit.*, art. 22.

17. L. Lorenzo, "Une nouvelle juridiction internationale : le système de règlement des différends interétatiques de l'O.M.C.", *op. cit.*, p. 357.

18. *ibid.*, p. 391.

19. A. Kur, "Of oceans, islands, and inland water - how much room for exceptions and limitations under the three-step test", *op. cit.*, p. 329 : « As Michael Lennard puts it, members may choose to agree, or not object to, a panel report because they see it as "an appropriate solution to a particular dispute, but without a recognition that [the panel's ruling] should govern the interpretation ».

20. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, adoptée le 23 mai 1969, art. 31, §3.

clarifier l'interprétation de la volonté originaire des parties au traité [21]. Et on ne peut pas non plus considérer ces rapports comme témoignant d'une « pratique ultérieure » [22] : premièrement, car à défaut d'une règle de type *stare decisis* l'interprétation d'un panel ne lie en principe pas l'interprétation des panels subséquents [23] ; deuxièmement, car un État peut très bien ne rien changer à sa pratique, et se contenter de payer les compensations ou sanctions annuelles dues plutôt que de mettre sa législation en conformité avec l'interprétation du panel [24].

Ne pourrait-on pas argüer toutefois qu'étant donné leur influence considérable dans la doctrine, les rapports des panels de l'OMC doivent être considérés comme influant sur la pratique ultérieure des États, au moins à long terme ? [25]. Un tel raisonnement reviendrait à une sorte de prophétie auto-réalisatrice : si l'interprétation des panels de l'OMC finit par façonner la pratique ultérieure des États, ce serait en grande partie en raison de l'influence démesurée que lui accorde une bonne partie de la doctrine.

Pour éviter d'alimenter cette dynamique, il parait donc essentiel de replacer l'interprétation du test en trois étapes par les panels de l'OMC à sa juste place [26]. Il faut refuser de céder à la paralysie craintive qui conduit une bonne partie de la littérature à rejeter d'emblée la plupart des réformes du droit d'auteur en raison de doutes sur sa conformité au test en trois étapes. Et ce d'autant plus que sur le fond, comme nous allons le montrer, l'interprétation restrictive dominante inspirée de la

21. Dans le même sens, voyez M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 107-110.

Toutefois, le *Traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels… Op. cit.* de 2013 ne contribuerait-il pas à renforcer le statut du rapport du panel en précisant dans son article 11 qu'en adoptant les mesures nécessaires à son application, chaque partie contractante « assum[e] toutes ses ses obligation en vertu de la Convention de Berne, de l'Accord [ADPIC] et du WCT, y compris leurs *interprétations communes* » ? Il faudrait encore considérer que le rapport du panel constitue une « interprétation commune » des parties, ce qui ne semble pas pouvoir être le cas, à nouveau en raison de l'autorité relative des rapports des panel de l'OMC.

22. L. Lorenzo, "Une nouvelle juridiction internationale : le système de règlement des différends interétatiques de l'O.M.C.", *op. cit.*, p. 391

23. A. Kur, "Of oceans, islands, and inland water - how much room for exceptions and limitations under the three-step test", *op. cit.*, p. 328 ; M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 109.

24. *ibid.*, p. 109.

25. A. Kur, "Of oceans, islands, and inland water - how much room for exceptions and limitations under the three-step test", *op. cit.*, p. 329.

26. *ibid.*, p. 329 ; Senftleben considère qu'au sens de la Convention de Vienne , les rapports des panels de l'OMC doivent simplement être considérés comme des « moyens supplémentaires d'interprétation », certes de niveau international.

décision du panel de l'OMC est loin d'être incontestable.

1.2 L'interprétation restrictive de l'admissibilité des exceptions

D'un point de vue général, l'interprétation restrictive se marque d'abord par deux choix structurels d'interprétation du test : d'une part le destinataire du test, et d'autre part l'ordre et l'articulation des trois étapes.

Le destinataire du test est un premier point sur lequel se marque l'interprétation restrictive : alors que le test était à l'origine destiné au législateur [27], certains estiment qu'il devrait également être mis en œuvre par le juge lors de l'application d'une exception particulière. En Europe, les tenants de cette interprétation s'appuient essentiellement sur l'inclusion du test en trois étapes à l'article 5.5 de la directive 2001/29. Il n'est toutefois pas clair que l'intention du législateur communautaire ait été de destiner ce test au juge national [28]. Certains législateurs nationaux (mais pas tous) se sont néanmoins ralliés à cette position en transposant le test dans leur législation [29], et l'on dénombre déjà quelques cas de jurisprudence nationale appliquant le test en trois étapes [30].

Cette double application du test (par le législateur et par le juge) agirait comme un double carcan pour l'admissibilité des exceptions : y seraient soumis non seulement la validité *in abstracto* des conditions d'une exception prévue par la loi, mais également l'exercice *in concreto* de cette exception dans un litige particulier [31].

L'autre élément caractéristique de l'interprétation restrictive du test porte sur la structure et l'ordre de l'application des trois étapes : le panel de l'OMC appuie une application séparée, ordonnée et cumulative des différentes étapes. Selon cette lecture, les trois étapes doivent être envisagées séparément, dans un ordre strict. En pratique, chaque étape

27. C. Colin, *Droit d'utilisation des œuvres*, 2011, p. 548 ; C. Geiger, "Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information", *op. cit.*, p. 17.

28. *ibid.*, p. 15.

29. Tel est notamment le cas de la France, de l'Italie, de la Grèce ou du Luxembourg. D'autres, tels que les législateurs tels que le législateur allemand ou belge, se sont explicitement opposés à une transposition du test qui le destinerait au juge national (cf. C. Colin, *Droit d'utilisation des œuvres*, *op. cit.*, p. 550 ; S. Dusollier, "L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes", *I.R.D.I.* (2005), p. 216)

30. Cf. par exemple Cour d'appel de Bruxelles, *Google c. Copiepresse*, *op. cit.* ; Cass. fr., *UFC Que Choisir et. al. c. Universal*, 28 février 2008, *R.D.T.I.* 44 (2011), note S. Dusollier ; Rechtbank Den Haag, *Uitgevers v Staat*, 2 mars 2005, LJN AS8778, *Computerrecht*, 2005, p. 143, note K. Koelman

31. S. Dusollier, "L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes", *op. cit.*, p. 214.

fonctionne dès lors comme un cran d'arrêt pour l'application du test [32]. Si le résultat d'une étape est négatif, il n'est donc pas nécessaire de considérer les étapes suivantes pour conclure que l'exception envisagée ne satisfait pas au test.

Par ailleurs, l'interprétation restrictive du test se manifeste évidemment dans la signification qui est donnée à chacune des trois étapes du test, une question qui fera l'objet des sous-sections suivantes.

Avant de nous pencher sur l'interprétation des différentes étapes, il convient de faire une précision d'importance sur l'autorité des différentes versions linguistiques des textes juridiques pertinents. Dans le cas l'accord ADPIC, sur lequel se base le panel de l'OMC, le texte est disponible en trois versions authentiques : anglaise, française, et espagnole [33]. Mais dans le contexte de la convention de Berne, dont les versions authentiques sont l'anglais et le français, on considère qu'en cas de conflit de traduction, le sens qui découle de la version française doit être favorisé [34]. Cette prééminence du français aura donc une influence sur l'interprétation du texte de l'ADPIC, du moins lorsque celui-ci reprend les termes de la Convention de Berne. Nous tâcherons donc de clarifier certains termes à cette lumière.

1.2.1 Première étape : « certains cas spéciaux »

En ce qui concerne la première étape, selon laquelle l'exception doit être prévue « dans certains cas spéciaux » (« certain special cases »), le panel de l'OMC a clairement privilégié l'interprétation la plus exigeante de chacun des termes.

Le terme « certain » en anglais peut être interprété dans le sens de « determined » ou dans le sens de « some », « a specific but unspecified

32. A. Kur, "Of oceans, islands, and inland water - how much room for exceptions and limitations under the three-step test", *op. cit.*, p. 314 ; Cf. également J. C. Ginsburg, "Toward Supranational Copyright Law ? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions", *Revue Internationale du Droit d'Auteur* 187 (2001), p. 12 :

> « Because art. 9(2) creates a hierarchy of analysis – that is, step one is the threshold to be crossed before analysis of the other criteria may be undertaken – an adjudicator would not need to reach the question of "normal exploitation" if the "certain special cases" condition were not satisfied »

33. Cf. M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 113. Le texte des traités OMPI est pour sa part disponible dans six langues différentes, toutes également authentiques (cf. art 24 WCT et 32 WPPT).

34. Cf. *ibid.*, p. 114

quantity » [35]. Le panel choisit cette première interprétation, dans le sens de « clearly defined », qu'il assimile à un impératif de sécurité juridique [36]. Or, cette interprétation semble clairement contredite par la formulation et le contexte de l'adoption du test en trois étapes.

Premièrement, la formulation utilisée dans la version française du test en trois étapes de la Convention de Berne (de même que dans l'ADPIC ou le traité OMPI) est « dans certains cas spéciaux », ce qui semble plutôt dénoter une utilisation comme adjectif indéfini, dans le sens de « quelques », « une quantité de ». Si le terme « certains » avait été utilisé dans le sens de « avec certitude », « clairement définis », la traduction française aurait dû être « dans des cas certains et spéciaux ». La formulation française du test, qui sert de référence en cas d'incertitude sur l'interprétation de la Convention de Berne, contredit le sens particulier donné par le panel de l'OMC au terme « certains », alors que celui-ci ne fait que quantifier l'expression « cas spéciaux », comme dans « some special cases » [37]. Si certains négociateurs ont tenté d'introduire dans les versions ultérieures du test en trois étapes une formulation restrictive comme « clearly and carefully defined », ou « precisely defined », celle-ci ne parviendra jamais à s'imposer [38].

Quant au terme « spéciaux », il est compris par le panel « droit d'auteur » dans le sens « ayant une portée et une étendue restreintes » [39]. Cette interprétation privilégie donc l'examen du sens quantitatif du terme (limité en nombre) plutôt que son sens qualitatif (distinctif, exceptionnel) [40]. Dès lors qu'elle néglige le sens qualitatif, une telle lecture s'empêche de considérer si l'exception est « justifiée par certaines raisons claires de politique publique ou certaines circonstances exceptionnelles », comme suggéré par d'autres auteurs [41].

35. Cf. *Merriam-Webster dictionary*, 2014, http://www.merriam-webster.com/, « certain ».

36. Organisation Mondiale du Commerce, *United States - Section 110(5) of the US Copyright Act - Report of the Panel*, WT/DS160/R, 15 juin 2000, p. 33, §6.108

37. Dans ce sens, cf. M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 133-134. Cf. M. J. Ficsor, *"Munich Declaration" on the three-step-test - respectable objective ; wrong way to try to achieve it*, 2012, url : www.copyrightseesaw.net, p. 6-7, qui semble se rallier à cette position.

38. Cf. M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 134, qui mentionnent des propositions à cet effet soumises lors de l'élaboration de l'accord ADPIC ou du traité OMPI sur le droit d'auteur.

39. Organisation Mondiale du Commerce, *Etats-Unis - Article 110(5) de la loi sur le droit d'auteur - Rapport du Groupe Spécial*, *op. cit.*, p. 38, 6.112

40. Cf. M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 137 et 140.

41. Cf. *ibid.*, p. 144 ; M. Ficsor, "How much of what ? The Three-Step Test and

L'avantage allégué à l'appui de cette interprétation purement quantitative du terme « spécial » est qu'elle évite d'avoir égard à des considérations normatives dès la première étape, en reléguant cet examen aux étapes suivantes du test [42]. Le problème est toutefois que si l'on fait une application cumulative des différentes étapes comme le requiert l'interprétation restrictive du test, l'application d'une exception pourrait très bien être invalidée dès la première étape, sans que les objectifs normatifs qui la guident n'aient jamais pu être examinés.

Cette interprétation quantitative du terme « spécial », restreignant l'admissibilité des exceptions à des cas « étroitement limités », est hautement critiquable.

Premièrement, d'un point de vue purement formaliste, si la première étape ne servait qu'à restreindre le champ des cas admissibles, elle ne ferait qu'anticiper sur la deuxième étape, qui serait alors redondante [43] : si l'on a affaire à un cas étroitement limité, il y a peu de chance que celui-ci constitue une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre.

Deuxièmement, une telle interprétation est indifférente à la légitimité des objectifs normatifs présidant à l'introduction d'une exception. Les experts du panel de l'OMC semblent afficher une certaine réticence à se prononcer sur la légitimité des objectifs normatifs invoqués par le législateur national [44]. La réticence affichée par les experts du panel de l'OMC serait compréhensible si elle les conduisait, par déférence, à reconnaitre une large marge d'appréciation au législateur, et non à ignorer purement et simplement les objectifs invoqués par le législateur. En faisant abstraction des objectifs poursuivis par le législateur pour se focaliser uniquement sur leurs propres critères, apparemment formels

Its Application in Two Recent WTO Dispute Settlement Cases", *Revue Internationale du Droit d'Auteur* 192 (2002) p. 111 ; K. J. Koelman, "Fixing the Three-Step Test", *European Intellectual Property Review* 8 (2006)

42. Ainsi, J. C. Ginsburg, "Toward Supranational Copyright Law ? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions", *op. cit.* ; Cf. également A. Kur, "Limitations and Exceptions Under the Three-Step-Test How Much Room to Walk the Middle Ground ?", in : *Intellectual Property Rights In A Fair World Trade System*, 200421, 2008, p. 316.

43. M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 152.

44. C'est une des raisons invoquées par le panel « droit d'auteur » pour rejeter l'interprétation qualitative du terme spécial. Cf. Organisation Mondiale du Commerce, *Etats-Unis - Article 110(5) de la loi sur le droit d'auteur - Rapport du Groupe Spécial*, *op. cit.*, §6.111 : « En ce qui concerne les arguments des parties sur le point de savoir si le but de politique générale publique d'une exception est pertinent (...) Nous rappelons également à cet égard que pour interpréter d'autres règles de l'OMC, comme les clauses relatives au traitement national du GATT et de l'AGCS, l'Organe d'appel a rejeté des critères d'interprétation qui étaient fondés sur l'objectif ou le but subjectif que la législation nationale visait à atteindre »

mais nullement neutres axiologiquement, les experts du panel de l'OMC se substituent en pratique au législateur.

Il parait indispensable de laisser une marge de manœuvre aux États pour leur permettre de prendre en compte des considérations normatives qui leur sont propres. En ce sens, certains [45] suggèrent de reconnaitre aux parties aux procédures de règlement des différends de l'OMC une « marge nationale d'appréciation » similaire à celle que reconnait la Cour européenne des droits de l'homme sur certaines questions délicates.

Troisièmement, et plus fondamentalement, cette interprétation restrictive du terme « spécial » présuppose que les exceptions ne peuvent être que marginales et extrêmement limitées. Nous avons montré dans la partie I qu'une telle approche maximaliste du droit d'auteur était difficilement justifiable, et nous avons même suggéré dans la partie II une approche allant dans le sens opposé. Nous y reviendrons (cf. *infra* 1.3).

1.2.2 Deuxième étape : « ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre »

Qu'en est-il de la deuxième étape, qui requiert que les exceptions « ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre » ? Dans l'interprétation restrictive adoptée par le panel de l'OMC, c'est cette notion qui peut potentiellement présenter les effets les plus ravageurs sur l'admissibilité des exceptions.

Un premier élément maximaliste dans l'interprétation du panel est l'idée que « l'exploitation normale » doit s'évaluer en considérant chaque droit (ou chaque démembrement) pris séparément, et non l'exploitation de l'œuvre dans son ensemble [46]. Ce faisant, il n'est pas possible de

45. Cf. Newby, « What's fair here is not fair everywhere », p. 1663 : « Indeed, as both courts and commentators have recognized, the *fair use* exception is tightly tied to the policy behind American copyright law of encouraging creative expression through a careful balance of economic incentives and the maintenance of a rich public domain. Subjecting this balance to a foreign body only promises to disrupt this delicate balance »

Cf. également N. W. Netanel, "The Next Round : The Impact of the WIPO Copyright Treaty on TRIPS Dispute Settlement", *Virginia Journal of International Law* 37 (1997), 488-89, cité par T. G. Newby, "What's Fair Here Is Not Fair Everywhere : Does the American Fair Use Doctrine Violate International Copyright Law ?", *op. cit.*, p. 1162 ; Cf. L. R. Helfer, "Adjudicating Copyright Claims Under the TRIPs Agreement : The Case for a European Human Rights Analogy", *Harvard International Law Journal* 39.2 (1998), p. 404, cité par M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 145 .

46. Organisation Mondiale du Commerce, *Etats-Unis - Article 110(5) de la loi sur le droit d'auteur - Rapport du Groupe Spécial*, *op. cit.*, p. 52, §6.173

contrebalancer l'atteinte à l'exploitation d'un droit exclusif en argüant qu'il n'est pas porté atteinte à l'exploitation de l'œuvre dans son ensemble [47].

Le second élément maximaliste réside dans l'approche fondamentale adoptée par le panel pour l'interprétation de la notion d'« exploitation normale ». Le panel commence par faire la judicieuse distinction entre les deux sens du mot « normal » : comme « constituant un type ou une norme ou s'y conformant », ou dans le sens de « courant, habituel, classique, ordinaire, usuel ... ». Il qualifie la première définition de « normative », et la seconde d'« empirique ».

En raison de son caractère statique, cette définition empirique de l'usage normal ne permettrait pas de tenir compte de l'évolution des modes d'exploitation de l'œuvre, notamment suite au progrès technologique. Dès lors le panel droit d'auteur a recours à une interprétation « dynamique » de l'exploitation normale (qualifiée d'approche « normative » [48]), basée non seulement sur les pratiques actuelles des ayants droit, mais également sur les sources de revenus potentielles, étant donné « les progrès technologiques » et « l'évolution du marché » [49].

Un tel point de départ relève encore une fois d'une vision maximaliste du droit d'auteur : l'ensemble du champ des usages de l'œuvre susceptible de présenter une valeur de marché est considéré comme faisant partie de son exploitation normale. Dans cette optique, s'il reste encore des cas d'exceptions ne portant pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, ce n'est qu'en raison de défaillances de marché.

Si seules les défaillances de marché peuvent justifier des exceptions au droit d'auteur, alors leur admissibilité repose sur des bases bien précaires. Étant donné la tendance à la réduction des couts de transaction dans l'environnement numérique [50], ces exceptions ont de fortes chances de s'effacer en même temps que les défaillances de marché qui les justifient. Comme le note Ginsburg :

> « Arguably, any economically significant exploitation that the right holder realistically can, or will be able to, individually license comes within the scope of a "normal exploitation." There is a risk that even traditionally privileged uses,

47. Il s'agit de l'avis des États-Unis dans le Panel OMC 160, 6.168. ; Cf. à ce sujet A. Kur, "Limitations and Exceptions Under the Three-Step-Test How Much Room to Walk the Middle Ground ?", *op. cit.*, p. 319 ; M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 177-193

48. Organisation Mondiale du Commerce, *Etats-Unis - Article 110(5) de la loi sur le droit d'auteur - Rapport du Groupe Spécial*, *op. cit.*, §6.166 et 6.178.

49. *ibid.*, p. 53, §6.178

50. R. P. Merges, "The End of Friction ? Property Rights and Contract in the 'Newtonian' World of On-Line Commerce", *op. cit.*

> such as scholarship or parody, could be deemed "normal exploitations", assuming copyright owners could develop a low transactions cost method of charging for them » [51].

Les experts du panel droit d'auteur reconnaissent explicitement ce risque : « Si l'exploitation "normale" équivalait au plein usage de tous les droits exclusifs conférés par le droit d'auteur, la clause d'exception énoncée à l'article 13 [le test en trois étapes] serait vidée de son sens » [52]. Ils en concluent que « l'expression exploitation "normale" signifie à l'évidence un peu moins que le plein usage d'un droit exclusif » [53].

Toutefois, dans la suite du rapport, le panel ne semble pas tenir compte de cette (modeste) concession. En effet, la notion d'exploitation normale y est définie comme comprenant « outre celles qui génèrent actuellement des recettes significatives ou tangibles, les formes d'exploitation qui, avec un certain degré de probabilité et de plausibilité, pourraient revêtir une importance économique ou pratique considérable » [54], en fonction des « conditions commerciales et technologiques qui règnent actuellement sur le marché ou qui y régneront dans un proche avenir. ». Ainsi formulée, la notion d'exploitation normale n'est limitée que par les défaillances de marché, qui empêchent (temporairement) certains usages de se prêter à une telle exploitation significative. Plutôt qu'une exploitation « normale », c'est bien l'exploitation maximale possible de l'œuvre qui est visée par cette deuxième étape. L'admissibilité des exceptions est donc vulnérable à la découverte de nouveaux modes d'exploitation de l'œuvre.

Si le panel a sans doute raison d'introduire un élément dynamique dans sa conception de l'« exploitation normale », c'est à tort qu'il assimile cet élément dynamique à une interprétation normative. Une réelle interprétation normative de l'« exploitation normale » devrait porter sur une question de désirabilité, et non de faisabilité : elle ne se focaliserait pas sur tout ce qui *pourrait* faire l'objet d'une exploitation économique importante, mais ce qui *devrait* constituer une telle exploitation. Autrement dit, adopter une interprétation normative signifie nécessairement fixer une norme bornant l'exploitation qui devrait appartenir aux ayants droit. Comme le note Ginsburg : « the Panel's suggestion (...) seems more like a direction to anticipate what the empirical situation will be, than an explanation of what the right holder's markets should

51. J. C. Ginsburg, "Toward Supranational Copyright Law ? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions", *op. cit.*, p.49.
52. Organisation Mondiale du Commerce, *Etats-Unis - Article 110(5) de la loi sur le droit d'auteur - Rapport du Groupe Spécial*, *op. cit.*, p.50, §6.167
53. *ibid.*
54. *ibid.*, §6.180

cover » [55].

À défaut de présenter une telle dimension normative, l'approche dynamique adoptée par le panel, n'étant limitée que par des considérations de faisabilité économique (les défaillances de marché), tend nécessairement vers une interprétation maximaliste des prérogatives des ayants droit.

1.2.3 Troisième étape : « ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit »

Cette dernière étape parait légèrement moins restrictive : d'après le panel, il faut comprendre « légitime » comme désignant non seulement les intérêts légaux protégés par la loi (perspective positiviste) mais aussi les intérêts « justifiables à la lumière des objectifs qui sous-tendent la protection des droits exclusifs » (perspective normative) [56]. De plus, ces intérêts ne doivent pas nécessairement se limiter aux intérêts économiques. Une focalisation sur la seule perspective positiviste aurait été excessivement restrictive, puisque toute limite à l'exercice des droits exclusifs aurait alors pu constituer une atteinte aux les intérêts « légitimes » des ayants droit. Au contraire, considérer les intérêts justifiables à la lumière des objectifs du régime de droit d'auteur permet par exemple de considérer que l'auteur n'a pas un intérêt « légitime » à faire taire la critique sur son œuvre [57]. Certaines exceptions pourraient donc porter atteinte à certains intérêts de l'ayant droit, mais pas à ses intérêts légitimes.

Toutefois, à propos du caractère du préjudice, le panel adopte ici la version anglaise « do not unreasonably prejudice », plutôt que la version française « ne causent un préjudice injustifié ». Le panel se borne à donner les différentes acceptions anglaises du terme « reasonable » : « [c]e dernier signifie "proportionné", "dans les limites du raisonnable, pas beaucoup moins ou pas beaucoup plus que ce qui pourrait être considéré comme probable ou approprié", ou "d'un montant ou d'une ampleur juste, moyenne ou appréciable" » [58]. Encore une fois, le panel

55. J. C. Ginsburg, "Toward Supranational Copyright Law ? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions", *op. cit.*, p.49.

56. "Par conséquent, ce terme a trait à la licéité du point de vue du droit positif, mais il a aussi la

connotation de légitimité d'un point de vue plus normatif, s'agissant de ce que requiert la protection

d'intérêts qui sont justifiables au regard des objectifs qui sous-tendent la protection de droits exclusifs », Panel « droit d'auteur », § 6.224 (cité par *ibid.*,[p. 9])

57. *ibid.*, p.27-28.

58. Organisation Mondiale du Commerce, *Etats-Unis - Article 110(5) de la loi sur le droit d'auteur - Rapport du Groupe Spécial*, *op. cit.*, §6.225.

adopte une approche quantitative plutôt que qualitative ou normative : la question n'est pas pour le panel d'examiner les justifications à l'appui d'une exception au droit d'auteur, mais seulement de mesurer si elle est d'une ampleur raisonnable, ce qui est bien plus restrictif.

En outre, malgré les termes de cette troisième étape qui renvoient à des préoccupations plus larges que strictement économiques, en pratique l'application par le panel de la troisième étape se concentre principalement sur la dimension économique. Cette lecture est déjà critiquable en soi [59], mais elle présente en outre un risque de redondance par rapport à la deuxième étape : analyser la troisième étape sous l'angle des intérêts économiques de l'auteur ou de l'ayant droit reviendrait à réaliser deux fois le test de l'exploitation normale de l'œuvre.

La principale différence avec cette deuxième étape est que, en cas de préjudice « déraisonnable » aux intérêts légitimes de l'auteur, le panel admet la possibilité d'une compensation par la mise en place d'une licence obligatoire avec rémunération équitable [60].

Dans tous les cas, il convient de relativiser l'impact de cette troisième étape en raison de sa position dans l'ordre du test : si les trois étapes doivent être interprétées de manière cumulative et ordonnée, l'examen risque bien souvent de ne pas dépasser les deux premières étapes.

1.3 Pour une interprétation modérée du test en trois étapes

L'interprétation restrictive du test en trois étapes pour l'admissibilité des exceptions n'a pas manqué de susciter de critiques dans la doctrine.

On peut tout d'abord critiquer l'opportunité d'une telle interprétation du test, et son effet sur le régime du droit d'auteur. Ainsi, Christophe Geiger déplore l'effet de cette interprétation stricte du test sur la marge de manœuvre des législateurs nationaux, en ce qu'elle réduit considérablement leur capacité à adapter le droit d'auteur aux nouveaux défis posés par l'environnement numérique [61]. Selon Annette Kur, l'interprétation restrictive adoptée par le panel de l'OMC conduit au mieux à un gel des exceptions admissibles, au pire à une franche réduction de celles-ci [62]. De même Séverine Dusollier, critique vivement cette inter-

59. Cf. par exemple S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, n° 568-570.

60. Cette possibilité admise par le panel semble aller à l'encontre de l'interprétation particulièrement rigide de Desbois, Françon et Kéréver selon laquelle le test en trois étapes (de l'article 9(2) de la Convention de Berne) interdirait purement et simplement les licences obligatoires.

61. C. Geiger, "Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information", *op. cit.*

62. A. Kur, "Limitations and Exceptions Under the Three-Step-Test How Much Room to Walk the Middle Ground ?", *op. cit.*, p. 327.

prétation qui ne prend nullement en compte « l'intérêt public qui peut justifier l'adoption d'une exception » et « définit l'exception admissible de manière négative » [63]. Dans cette optique, les exceptions ne sont admises que lorsqu'elles sont suffisamment mineures pour ne pas empiéter sur l'exploitation de l'œuvre.

Ce présupposé hostile aux exceptions au droit d'auteur découle d'une approche maximaliste de la propriété intellectuelle inspirée soit par une approche propriétarienne, soit par une approche utilitariste issue du courant *Law & Economics* (notamment l'argument d'un droit d'auteur limité seulement par les défaillances de marché). Nous avons amplement critiqué ces deux positions dans la première partie de cette thèse, en montrant qu'elles étaient difficilement soutenables même en leurs propres termes (cf. supra, Partie I, Chapitre I et chapitre II, section 2).

Nous avons également soutenu que l'exigence de justification publique ainsi que la présomption en faveur de l'ouverture de l'environnement numérique impliquaient de réaffirmer que la liberté d'usage de l'information doit être la règle, et les restrictions, comme les droits exclusifs accordés à l'auteur, doivent rester l'exception (cf. supra, Partie II, Chapitre III).

Il n'existe pas de bonne raison, selon nous, de restreindre les exceptions au droit d'auteur à des cas « étroitement limités », ni de les soumettre au critère expansionniste de l'exploitation « normale » (ou, devrait-on dire, maximale) de l'œuvre ainsi qu'à un ultime critère d'« ampleur raisonnable ». Dans notre approche, il suffit que les exceptions ne nuisent pas à l'objectif d'un régime modéré de droit intellectuel, qui est d'inciter à la création pour préserver une certaine diversité culturelle.

En outre, non seulement cette approche maximaliste du droit d'auteur (et l'interprétation restrictive qui en découle quant à l'admissibilité des exceptions) n'est pas tenable du point de vue d'une justification plausible du droit d'auteur, mais en plus elle n'est absolument pas requise par le cadre international du droit d'auteur.

Ainsi, le préambule du traité OMPI sur le droit d'auteur reconnait « la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général » [64], écartant explicitement l'approche maximaliste du droit d'auteur. De même, dans l'accord ADPIC, l'article 7 assigne clairement un rôle instrumental aux « droits de propriété intellectuelle », dont la protection devrait contribuer « à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des

63. S. Dusollier, "L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes", *op. cit.*p. 213-223.

64. *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, *op. cit.*

connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations » [65]. Comme le rappelle Dusollier, « les actes de la conférence de Stockholm qui a vu naitre le test en trois étapes indiquent en effet qu'il s'agissait de tenir compte des intérêts publics et culturels formant le soubassement des exceptions » [66] Loin d'être considérés comme autosuffisants, les droits intellectuels s'inscrivent dans le contexte social plus large, auxquels ils doivent contribuer.

En outre, la version du test en trois étapes prévue par l'article 10 du traité OMPI a été accompagnée d'une déclaration commune qui prévoit autorise explicitement les États parties à étendre le cadre existant des exceptions au droit d'auteur :

> « Il est entendu que les dispositions de l'article 10 permettent aux Parties contractantes de *maintenir et d'étendre* de manière adéquate dans l'environnement numérique les limitations et exceptions prévues dans leurs législations nationales qui ont été considérées comme acceptables en vertu de la Convention de Berne. De même, ces dispositions doivent être interprétées comme *permettant aux Parties contractantes de concevoir de nouvelles exceptions et limitations* qui soient appropriées dans l'environnement des réseaux numériques. » [67].

De plus, certains ont fait remarquer que le niveau de protection du droit d'auteur est nécessairement contraint par leur rôle dans le cadre général de l'OMC dont le but est de réduire les distorsions et les entraves au commerce international [68]. Du point de vue de l'OMC, il importe

65. Dans le même sens le préambule de l'accord ADPIC, juste après avoir reconnu « que les droits de propriété intellectuelle sont des droits privés », reconnait « les objectifs fondamentaux de politique générale publique des systèmes nationaux de protection de la propriété intellectuelle ». Comme le note Kur, « As private rights, IP rights are nevertheless subject to those limitations that are an expression of the proper role assigned to them by the objectives underlying the system within which they are operating » A. Kur, "Of oceans, islands, and inland water - how much room for exceptions and limitations under the three-step test", *op. cit.*, p. 335.

66. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, n°570

67. Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, adopté à Genève le 20 décembre 1996, Déclaration commune concernant l'article 10.

68. A. Kur, "Of oceans, islands, and inland water - how much room for exceptions and limitations under the three-step test", *op. cit.*, p. 334. Comme le remarque Samuelson,

> « The true mission of TRIPS is not to raise levels of intellectual property protection to ever higher and higher planes, as some right holders might wish, but to encourage countries to adopt intellectual property policies that promote their national interests in a way that will promote free trade and sustainable innovation on an interna-

seulement de protéger le niveau de protection adéquat pour favoriser le commerce international. Et l'on peut douter que ce niveau adéquat soit nécessairement le plus haut niveau de protection ; au contraire, on pourrait argüer qu'un niveau excessif de protection des droits intellectuels génère de sérieuses entraves au commerce international, au principal bénéfice des pays les plus avancés en terme d'innovation et de production intellectuelle [69]. En ce sens, le premier considérant du préambule de l'accord ADPIC mentionne explicitement la nécessité de « faire en sorte que les mesures et les procédures visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle ne deviennent pas elles-mêmes des obstacles au commerce légitime » [70].

Cette insatisfaction grandissante dans les cercles académiques quant à l'influence de l'interprétation du test restrictive a donné lieu à un certain nombre d'initiatives visant à faire évoluer l'interprétation du test en trois étapes. En plus des nombreuses propositions individuelles dans la doctrine [71], une « Déclaration en vue d'une interprétation du «test des trois étapes» respectant les équilibres du droit d'auteur » a été signée en 2008 à Munich par un groupe de chercheurs européens influents dans le domaine du droit intellectuel [72]. Passons brièvement en revue les principales suggestions issues de ces initiatives.

En ce qui concerne le destinataire du test, une application obligatoire du test en trois étapes par le juge pour l'examen *in concreto* de moyens

tional scale » P. Samuelson, "Challenges for the World Intellectual Property Organization and the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Council in Regulating Intellectual Property Rights in the Information Age", *European Intellectual Property Review* 578 (1999), p. 591

69. Sur les débats à ce sujet entre pays développés et pays en développement lors des négociations E. Su, "The Winners and the Losers : The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights and Its Effects on Developing Countries", *European Intellectual Property Review* 23 (2000).

70. *Accord sur les ADPIC*, adopté à Marrakech le 15 avril 1994, préambule. Dans le même sens, la proposition de Code européen du droit d'auteur proposé par le Wittem Group (regroupant un certain nombre d'académiques réputés dans le domaine du droit d'auteur) prévoit en son article 5.4. une exception spécifiquement destinée à favoriser la libre concurrence Cf. Wittem Group, *European Copyright Code*, 2010, url : http://www.copyrightcode.eu, art. 5.4.

71. Cf. notamment D. Gervais, *Towards a New Core International Copyright Norm : The Reverse Three-Step Test*, t. 9, 1, 2005 ; S. Dusollier, "L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes", *op. cit.*, p. 213-223 ; C. Geiger, "Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information", *op. cit.* ; A. Kur, "Of oceans, islands, and inland water - how much room for exceptions and limitations under the three-step test", *op. cit.*, p. 287.

72. C. Geiger, J. Griffiths & R. M. Hilty, "Déclaration en vue d'une interprétation du "test des trois étapes" respectant les équilibres du droit d'auteur", *Auteurs & Media* 6 (2008), p. 516-520.

fondés dans les exceptions au droit d'auteur jouerait un rôle essentiellement destructeur pour l'admissibilité des exceptions, et donnerait une arme redoutable aux ayants droit.

Suivant la suggestion d'André Lucas, le moins que l'on puisse proposer pour remédier à cette situation serait de faire peser la charge de la preuve sur le demandeur : « Le juge, en effet, ne devrait recourir à ce correctif exorbitant que dans des hypothèses où le demandeur rapporte la preuve, sur la base d'éléments précis, y compris des analyses économiques et des enquêtes de terrain, que les exigences qui découlent du texte en cause (l'article 9.2 de la Convention de Berne, l'article 13 de l'Accord A.D.P.I.C. ou l'article 5.5 de la directive) ne sont pas satisfaites » [73].

Mais pour se prémunir réellement contre ce rôle funeste du test en trois étapes sur l'admissibilité des exceptions légales, ne faudrait-il pas suivre l'interprétation du législateur belge dans sa transposition de la directive 2001/29, qui estime que pour le juge, l'application du test ne devrait pas être une obligation, mais seulement une faculté afin de l'assister dans l'interprétation de la loi ? [74] Dans cette optique, le juge « ne pourrait revenir sur la légalité d'une utilisation d'une œuvre qui répond aux conditions légales, mais pourrait recourir au test afin de déterminer, par voie d'interprétation, si une disposition légale créant une exception s'applique ou non à certaines hypothèses » [75].

De manière plus ambitieuse, certains proposent de revoir complètement la structure générale du test. Selon les signataires de la Déclaration de Munich [76], plutôt que d'en faire d'une lecture cumulative, séparée et ordonnée, il faudrait examiner les trois étapes « ensemble et selon une approche globale et ouverte ». Les co-signataires appellent à considé-

73. A. Lucas, "Pour une interprétation raisonnable du triple test, ou pourquoi il faut éviter d'ajouter le flou au flou", *Auteurs & Media* 3 (2009), p. 228.

74. Cf. Doc. parl., Chambre, sess. 2003-2004, n°1137/001, p. 14 :

> «le test en trois étapes, tel qu'il est repris dans l'article 5.5 de la directive est donc destiné avant tout au législateur, ce qui n'empêche toutefois pas qu'il peut servir de ligne directrice pour les cours et tribunaux lors de l'application de la loi ».

75. S. Dusollier, "L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes", *op. cit.*, p. 216. En outre, Dusollier estime que le double traitement par l'article 10(1) et (2) du Traité OMPI, qui distingue entre deux formulations du test (respectivement « Les Parties contractantes peuvent prévoir, dans leur législation... », et « En appliquant la Convention de Berne, les Parties contractantes doivent restreindre) n'a pas une incidence décisive sur la lecture qu'il convient de donner au test (*ibid.*, p. 213) : en effet, nous avons vu que la déclaration commune accompagnant ce traité précisait que l'article 10.2 « ne réduit ni n'étend » le champ des exceptions et limitations permises par la Convention de Berne.

76. C. Geiger et al., "Déclaration en vue d'une interprétation du "test des trois étapes" respectant les équilibres du droit d'auteur", *A&M* 6 (2008), p. 519.

rer que le test des trois étapes « constitue un ensemble indivisible » [77]. Cette lecture globale et ouverte devrait permettre d'éviter que l'une ou l'autre des deux premières étapes du test ne fonctionnent comme un couperet, éliminant des exceptions qui auraient pu être acceptées au regard des étapes subséquentes.

Alternativement, on pourrait également modifier l'ordre de l'examen des différentes étapes du test [78]. Cela permettrait de remédier aux angles morts du test malgré le maintien de la lecture cumulative, séparée et ordonnée. Le principal problème avec l'ordre habituel des trois étapes est que les considérations normatives sur la légitimité des intérêts en présence ne sont abordées qu'en dernier lieu. Geiger suggère donc une lecture à l'envers du test, qui commencerait par la troisième étape. Geiger note qu'aucun texte ne semble prohiber une telle lecture, et qu'elle est en outre plus conforme à la hiérarchie des normes : la convention européenne des droits fondamentaux primant sur la directive, il ne serait pas acceptable de faire l'économie d'un examen des droits fondamentaux en présence au motif d'une atteinte aux intérêts économiques de l'auteur [79].

Pour finir, considérons la façon dont serait conçue chacune des trois étapes selon une telle interprétation modérée du test.

1.3.1 Première étape

Comme nous l'avons évoqué, la version française du test en trois étapes atteste que le terme « certains » dans « certains cas spéciaux » ne doit pas recevoir une signification autonome. Il faudrait donc lire l'expression comme dans « des cas spéciaux » ou « some special case » [80].

Quant au terme « spécial », nous avons mentionné trois critiques de l'interprétation purement quantitative qui en est parfois faite (cf. *supra* 1.2.1) : elle présuppose indument que les exceptions ne peuvent être que marginales, elle rend la première étape redondante avec la seconde et elle ne tient aucunement compte des considérations normatives soutenant les exceptions au droit d'auteur. Pour pallier ces défauts, il semble

77. *ibid.* ; Cf. également K. J. Koelman, "Fixing the Three-Step Test", *op. cit.*, p. 409

78. Selon la suggestion de C. Geiger, "Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information", *op. cit.* ; cf. également C. Geiger, "Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle ?", *La Semaine juridique - Edition générale (JCP G)* I (2004), p. 150.

79. *idem*, "Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information", *op. cit.*

80. Cf. M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 135-136

préférable de privilégier l'interprétation qualitative soutenue par certains commentateurs [81]. Dans cette interprétation, le terme « spécial » aurait le sens de « justifié par des raisons claires de politique publique ou par certaines circonstances exceptionnelles » [82]. De cette manière, la première étape ne servirait plus de goulot d'étranglement du champ des exceptions admissibles, et admettrait davantage que les seules exceptions « étroitement définies ». Une telle interprétation permettrait également de prendre en compte dans le test en trois étapes non seulement la légitimité des intérêts de l'auteur, mais aussi celle des utilisateurs.

Bien qu'elle n'ait pas été reçue par le panel droit d'auteur, cette interprétation peut trouver un certain appui dans les documents de la conférence de Stockholm sur la révision de la convention de Berne, qui « relèvent l'existence de nombreuses exceptions nationales "en faveur de divers intérêts publics et culturels" » [83]

1.3.2 Deuxième étape

La deuxième étape du test est la condition que l'utilisation de l'œuvre « ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ». Une première voie pour modérer le caractère restrictif de cette deuxième étape consisterait à conserver dans son principe l'interprétation dynamique de la notion d'« exploitation normale » élaborée par le panel, mais en en circonscrivant la portée. L'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre serait par exemple limitée aux cas où l'on « prive l'auteur d'une source majeure de revenus résultant d'un mode d'exploitation essentiel pour

81. Cf. M. Ficsor, "How much of what ? The Three-Step Test and Its Application in Two Recent WTO Dispute Settlement Cases", *op. cit.*, p. 132 ; M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 138 ; S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986*, 1987, p. 482 ; J. Reinbothe & S. von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996 : The WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms Treaty : Commentary and Legal Analysis*, 2002, p. 124 . Contra S. Ricketson, *Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, OMPI, 2003, p. 22 (cf. note suivante)

82. En anglais : « justified by some clear reason of public policy or some other exceptional circumstance », cf. *idem*, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986*, *op. cit.*, p. 482 ; il convient toutefois de noter que dans des écrits ultérieurs, Ricketson s'est détourné de cette interprétation qualitative : « the preferable view is that the phrase certain special cases should not be interpreted as requiring that there should also be some "special purpose" underlying it » *idem*, *Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, *op. cit.*, p. 22.

83. Cf. Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm, p. 111, cité par S. Dusollier, "L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes", *op. cit.*, p. 218

le type d'œuvre en question » [84], ou « when authors authors are divested of an actual or potential typical major source of royalty revenue that carries weight within the overall commercialisation of works of the relevant category » [85]. Toutefois, une telle interprétation reste marquée par un biais maximaliste en faveur des prérogatives de l'auteur selon lequel seuls les usages peu importants commercialement pourraient faire l'objet d'une exception.

Une autre façon de flexibiliser cette deuxième étape serait d'autoriser une troisième voie entre l'interdiction et l'autorisation : comme dans le cas de la troisième étape, il devrait être possible, d'autoriser les atteintes à l'exploitation de l'œuvre moyennant la mise en place d'une rémunération équitable [86].

On pourrait également s'inspirer de la formulation du test en droit des brevets : l'article 30 de l'Accord ADPIC exige seulement que les exceptions « ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet » [87], c'est-à-dire qu'on peut admettre une atteinte à l'exploitation normale tant qu'elle est justifiée. Transposer une telle précision dans le test en droit d'auteur prévu à l'article 11 de l'Accord ADPIC permettrait de mettre en balance l'importance de l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre avec la légitimité de l'exception envisagée [88]. Toutefois, une telle proposition nécessiterait sans doute une modification du texte du traité, ou à tout le moins d'adopter une déclaration distincte, à la manière de la Déclaration de Doha [89], ce qui complique singulièrement sa faisabilité.

Une dernière possibilité serait de réaliser une véritable interprétation normative de la notion d'« exploitation normale » de l'œuvre, en lieu et place de l'interprétation maximaliste adoptée par le panel droit d'auteur (cf *supra*, 1.2.2). Dans une telle interprétation normative, « [l]a normalité de l'exploitation devra alors être jugée non exclusivement en fonction des marchés que l'auteur peut atteindre, mais surtout en fonc-

84. *ibid.*, p. 222.

85. M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 194.

86. K. J. Koelman, "Fixing the Three-Step Test", *op. cit.*, p. 409 ; cf. la proposition de Code européen du droit d'auteur par le Wittem Group, qui envisage systématiquement cette hypothèse pour un certain nombre d'exceptions. Wittem Group, *European Copyright Code*, *op. cit.*

87. *Accord sur les ADPIC*, *op. cit.*, art. 30

88. Cf. K. J. Koelman, "Fixing the Three-Step Test", *op. cit.*, p. 410-411.

89. La Déclaration de Doha a été adoptée en 2001 pour apaiser les craintes de certains États concernant la flexibilité insuffisante de l'Accord ADPIC pour permettre aux États membres de mener une politique de santé publique, notamment quant à la possibilité de recourir à des licences obligatoires. Cf. Organisation Mondiale du Commerce, *Déclaration sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique*, adoptée à Doha le 14 novembre 2001, Organisation Mondiale du Commerce

tion des utilisations qu'il devrait maîtriser » [90]. Dans telle interprétation normative, la norme de ce que devrait être « l'exploitation normale de l'œuvre » découle des objectifs poursuivis par les lois sur le droit d'auteur, à savoir, dans notre approche d'assurer suffisamment d'incitants à la création pour préserver une certaine diversité culturelle.

Comme le note Geiger, une interprétation normative de ce genre a explicitement été admise par le panel « brevet » de l'OMC qui interprète l'exploitation normale en droit comme une exploitation « essentielle pour réaliser les objectifs d'une politique de brevet » [91]. Certes, cette interprétation découle sans doute en partie de la formulation plus souple du test en matière de brevets [92], mais il n'est toutefois pas interdit de s'en inspirer pour le test en droit d'auteur : on ne voit pas bien pour quelle raison l'« exploitation normale » devrait tenir compte des objectifs légaux en matière de brevets, mais pas en matière de droit d'auteur.

Le panel « brevets » considère en outre que la préoccupation de protéger les droits exclusifs « est déjà traitée par la première condition énoncée à l'article 30 ("exception limitée") » [93] (correspondant à la première étape du test en droit des brevets). Ce faisant, le panel « brevet » remarque à juste titre le caractère potentiellement redondant qu'aurait un test en trois étapes animé seulement par la préoccupation de protéger les intérêts des ayants droit.

Comme nous l'avons vu dans la première partie de cette thèse, la justification la plus plausible des lois sur le droit d'auteur passe par une approche instrumentale d'incitation à la création. Dès lors, si l'on interprète la notion d'« exploitation normale » au regard de cet objectif, il convient de considérer que l'exploitation normale d'une œuvre devrait être l'exploitation nécessaire à l'objectif d'incitation à la création poursuivi par la loi. Leval propose une définition du même genre pour l'interprétation du quatrième facteur de l'exception de *fair use* [94] :

90. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, n°570.

91. Organisation Mondiale du Commerce, *Canada - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques - Rapport du Groupe Spécial*, *op. cit.*,§ 7.58 ; Cf C. Geiger, "Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information", *op. cit.*, p. 7.

92. En effet, la version du test en trois étapes de l'article 30 du traité ADPIC, en matière de brevets, prévoit une série de modérations par rapport à la version du test en droit d'auteur : non seulement il est seulement requis que les exceptions ne portent pas une atteinte injustifiée à l'exploitation normale du brevet, mais la troisième étape prend en compte non seulement les intérêts légitimes du titulaire de brevet, mais également « les intérêts légitimes des tiers ».

93. Organisation Mondiale du Commerce, *Canada - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques - Rapport du Groupe Spécial*, *op. cit.*, §7.58

94. Le quatrième facteur du *fair use* est « the effect of the use upon the potential

> « The market impairment should not turn the fourth factor unless it is reasonably substantial. When the injury to the copyright holder's potential market *would substantially impair the incentive to create works for publication*, the objectives of the copyright law require that this factor weigh heavily against the secondary user » [95]

En d'autres termes, dans un droit d'auteur justifié par le compromis incitation - liberté d'usage, l'interprétation normative de la notion d'« exploitation normale » reviendrait à : « l'exploitation qui est nécessaire à l'incitation à la création recherchée par la loi ». Dans la mesure où toutes les formes d'exploitations commerciales d'une œuvre ne sont pas forcément nécessaires à un tel objectif d'incitation, on considèrera que seulement un certain niveau d'exploitation devra être protégé.

Mais même si l'on adhère à une autre justification du droit d'auteur qu'une justification instrumentale, tant qu'un régime de droit d'auteur sera guidé par d'autres objectifs que celui de protéger les intérêts des ayants droit, une approche normative de la notion d'exploitation sera nécessairement moins que maximaliste.

Certes, cette interprétation normative de l'exploitation normale de l'œuvre ne faciliterait probablement pas l'application du test par le juge [96]. Celui-ci devrait se fonder soit dans une évaluation du niveau d'incitation à la création désirable, soit dans une mise en balance de divers objectifs normatifs présidant à un régime de droit d'auteur. On pourrait en tirer une objection à notre interprétation normative de la deuxième étape, ou au contraire un argument supplémentaire en faveur d'une restriction des destinataires du test aux seuls législateurs nationaux [97].

---

market for or value of the copyrighted work », cf. 17 U.S. Code, §107

95. P. N. Leval, "Toward a Fair Use Standard", *Harvard Law Review* 103.5 (1990), p. 1124-1125, cité par M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 186 (nous soulignons).

96. Dans ce sens, voyez C. Geiger, "Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information", *op. cit.*, p. 17, qui tire argument de la complexité de l'application du test pour rejeter son application par le juge. Selon lui, le test « n'a jamais été conçu pour être appliqué par les tribunaux nationaux », qui sont manifestement mal équipés pour réaliser les expertises factuelles (notamment sur le « marché normal de l'œuvre ») et les interprétations normatives « qui relèvent en principe du champ politique » (*ibid.*, p. 17). Toutefois, on pourrait remarquer que la tâche confiée au juge de garantir un « juste équilibre des différents intérêts concernés » ne parait pas beaucoup moins exigeante à celle consistant à prendre des « décisions qui relèvent en principe du champ politique », et la frontière entre ces deux pôles est souvent délicate à tracer.

97. En ce sens, certains ont fait remarquer que le test en trois étapes ne correspondrait pas aux exigences requises pour pouvoir recevoir un effet direct. On peut en effet se demander s'il répond à l'exigence d'une norme suffisamment pré-

Toutefois, il n'est guère surprenant qu'une norme aussi complexe que le test en trois étapes implique des évaluations difficiles, à moins bien sûr de biaiser l'interprétation du test dans le sens d'une conception maximaliste des prérogatives des ayants droit.

Quoi qu'il en soit, si l'on ne veut pas faire du test en trois étapes un carcan totalement inflexible, il faut sans doute admettre la prise en compte, dès la seconde étape, d'autres préoccupations que la seule protection des intérêts des ayants droit.

1.3.3 Troisième étape

La troisième étape du test requiert que l'utilisation de l'œuvre « ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit ».

La troisième étape étant celle qui présente la tendance la moins restrictive, il n'est pas nécessaire de réaliser un important travail interprétatif pour la rendre compatible avec une interprétation modérée du test en trois étapes. Il convient de soutenir une interprétation essentiellement normative de la notion d'« intérêts légitimes » des ayants droit, comme les intérêts « justifiables à la lumière des objectifs qui sous-tendent la protection des droits exclusifs ». Il faut également éviter de limiter ceux-ci aux seuls intérêts économiques, pour éviter la redondance avec la deuxième étape. En outre, adopter une interprétation qualitative de la notion de préjudice « pas injustifié » (plutôt que l'anglais « not unreasonable »), ouvrirait également la porte à un examen des justifications des exceptions, et donc de l'intérêt des utilisateurs. Comme le suggère Ginsburg, le troisième test pourrait se concevoir comme une balance des intérêts des ayants droit et des utilisateurs :

> « Where the right holder's interests significantly outweigh the beneficiaries', the exception should be prohibited ; where the interests appear more or less balanced, a compuslory license may be imposed, and where the beneficiaries' interest significantly outweigh the right holder's an outright exemption should be allowed » [98]

Une autre possibilité serait d'interpréter la notion de « pas injustifié » comme une référence au principe de proportionnalité développé par

cise et complète. Cf. F. Gotzen, "Mécanismes juridiques permettant de faire valoir la norme internationale de droit d'auteur en droit interne", *Auteurs & Media* 2 (2006), p. 138, note 10 : « quant à la version prévue à l'article 5.5., elle pourrait difficilement être invoquée lors d'un litige pour s'opposer à l'application d'une exception, puisque la Cour de Justice a toujours refusé de donner un effet direct horizontal aux directives » (*ibid.*, p. 140)

98. J. C. Ginsburg, "Toward Supranational Copyright Law ? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions", *op. cit.*, p. 57.

certaines cours supérieures. Le panel ouvre cette possibilité en définissant le terme à partir de sa traduction anglaise : « Ce dernier terme ("reasonable" en anglais) signifie "proportionné", "dans les limites du raisonnable » [99]. Interpréter la troisième étape de cette manière permettrait sans doute d'en faire un examen plus structuré : après avoir établi l'existence d'un intérêt légitime dans le chef de l'ayant droit auquel il serait porté préjudice, l'examen porterait sur la question de savoir si le préjudice est proportionné, c'est-à-dire adéquat à l'objectif poursuivi, nécessaire à cet objectif, et non disproportionné au vu des intérêts en présence [100].

Selon certains, c'est l'ensemble du test en trois étapes qui devrait être interprété à l'aune du principe de proportionnalité, car celui-ci fait partie intégrante du système de l'OMC [101]. Dans ce cadre, on considère généralement que le principe de l'OMC trouve son fondement dans l'article XX du GATT, qui prévoit diverses possibilités d'exceptions aux dispositions du traité, sous réserve que celles-ci soient proportionnées.

Certes, l'article 8 de l'ADPIC, le pendant de l'article XX du GATT, n'autorise pas de telles dérogations avec ses dispositions [102]. Néanmoins, même si le principe de proportionnalité ne pourra donc pas être utilisé pour aller contre les dispositions de l'ADPIC, selon Kur son application reste tout à fait possible lorsque le traité laisse la place à des considérations de politiques publiques [103]. En particulier, le texte du test en trois étapes comprend de nombreuses notions ouvertes, comme les notions d'« exploitation normale », d'« intérêts légitimes » ou de « préjudice pas injustifié ». Des notions de ce genre ne se prêtent pas à une définition binaire du genre de celle mise en œuvre par le panel de l'OMC : l'atteinte à l'exploitation normale ne doit pas se comprendre comme un repère fixé dans l'absolu, mais comme une notion graduelle, qui doit se mesurer au regard des intérêts et objectifs de politique publique poursuivis [104]. Dès lors, l'application de ces notions requiert un certain nombre de jugements de valeur et de balance des intérêts, pour

99. Organisation Mondiale du Commerce, *Etats-Unis - Article 110(5) de la loi sur le droit d'auteur - Rapport du Groupe Spécial*, *op. cit.*, §6.225

100. W. Sauter, "Proportionality in EU law : a balancing act ?", *TILEC Discussion Paper* 003 (2013), p. 9-10.

101. Cf C. Geiger, "Intellectual property shall be protected ! ? Article 17 (2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union : a mysterious provision with an unclear", *EIPR* (2009), p. 633

102. En effet, l'art. 8.1. de l'ADPIC, le pendant de l'art. XX du GATT, précise que les mesures nécessaires « pour promouvoir l'intérêt public dans les secteurs d'une importance vitale » doivent être « compatible avec le présent accord ». Cf. A. Kur, "Of oceans, islands, and inland water - how much room for exceptions and limitations under the three-step test", *op. cit.*, p. 337-338

103. *ibid.*, p. 338

104. *ibid.*, p. 338.

lesquels le principe de proportionnalité peut servir de guide interprétatif.

Cette interprétation du test en trois étapes comme un instrument permettant de réaliser un équilibre des intérêts en présence peut trouver un appui de taille dans la tendance grandissante de la jurisprudence européenne à analyser le droit d'auteur sous l'angle des droits fondamentaux (cf. *infra*, 2.2. « Un instrument d'équilibrage : le recours aux droits fondamentaux »). Une telle prise en compte des droits fondamentaux pour analyser les limites du droit d'auteur devrait pousser dans le sens d'une lecture du test en trois étapes qui ne soit pas biaisée a priori en faveur des intérêts des auteurs et des ayants droit [105].

Malgré la tendance d'une certaine partie de la doctrine à privilégier une interprétation restrictive du test en trois étapes qui réduit considérablement la marge de manœuvre du législateur et du juge, il semble bien qu'il y ait la place pour une interprétation modérée du test en trois étapes, qui pourrait reprendre certains des éléments d'interprétation que nous avons mentionnés. Une telle interprétation ménagerait suffisamment d'ouverture dans le cadre juridique international du droit d'auteur pour envisager les propositions que nous allons examiner dans la suite de ce chapitre.

Section 2 Les rigidités du cadre européen

Le cadre européen du droit d'auteur présente d'importantes rigidités, que nous relierons d'une part à l'objectif affiché d'assurer un « niveau élevé de protection » (2.1), et d'autre part au système fermé d'exceptions et limitations (2.2).

2.1 L'objectif d'un « niveau élevé de protection »

La directive 2001/29 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information [106] constitue un bon exemple d'élargissement par l'Union européenne de son champ de compétences par l'invocation de sa compétence pour règlementer

105. Cf. C. Geiger, "The Constitutional dimension of Intellectual Property", in : *Intellectual Property and Human Rights*, sous la dir. de P. Torremans, Kluwer Law International, 2008

106. *Directive 2001/29/CE*, *op. cit.*

le marché intérieur [107]. Adoptée en vertu de la compétence de l'Union européenne sur le marché intérieur [108], la directive « sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information » met donc inévitablement en avant la dimension économique. Visant ultimement à favoriser le développement d'un marché intérieur pour les « nouveaux produits et services » de la « société de l'information » [109], la directive 2001/29 met en avant deux objectifs : « améliorer la sécurité juridique » d'une part, et assurer un « niveau élevé de protection de la propriété intellectuelle » [110]. Selon le législateur européen, la poursuite d'un niveau élevé de protection du droit d'auteur « encouragera des investissements importants dans les activités créatrices », « favorisera ainsi la croissance et une compétitivité accrue », et « permettra de sauvegarder des emplois et encouragera la création de nouveaux emplois » [111].

En outre, pour le législateur européen, l'objectif d'« assurer la sécurité juridique au sein du marché intérieur » implique que le droit de reproduction et de communication au public doivent recevoir une « définition large » [112].

Cette inférence est particulièrement critiquable, car la sécurité juridique impose seulement que le droit applicable soit formulé dans un langage clair et général, afin de présenter une certaine prévisibilité [113]. La sécurité juridique pourrait tout autant être satisfaite si les droits exclusifs recevaient une définition étroite, ou si la législation spécifiait explicitement les catégories de création qui sont couvertes par les droits exclusifs. Le raisonnement du législateur européen

107. Cf. P. Syrpis, *The Judiciary, the Legislature and the EU Internal Market*, Cambridge University Press, 2012, p. 25

108. Ainsi, la directive invoque l'article 47, paragraphe 2 du Traité instituant la Communauté européenne, qui porte sur coordination des législations pour l'accès et l'exercice des « activités non salariées », l'article 55 qui transpose cette compétence de coordination dans le domaine des services, et l'article 95 qui traite de lu rapprochement des règlementations en vue de l'établissement et du bon fonctionnement du marché intérieur. Cf. Traité instituant la Communauté européenne, version consolidée du journal officiel du 10 novembre 1997, 11997E/TXT.

109. *Directive 2001/29/CE*, *op. cit.*, considérant 2.

110. *ibid.*, considérant 4.

111. *ibid.*, considérant 4. À propos de la montée en puissance du discours politique justifiant le droit d'auteur comme moyen de favoriser la croissance et la création d'emploi, voyez l'éclairante analyse de Glynn Lunney : G. S. Lunney, "Copyright's Mercantilist Turn : Do We Need More Copyright or Less ?", *SSRN Electronic Journal* (oct. 2012), url : http://papers.ssrn.com/abstract=2158874.

112. *Directive 2001/29/CE*, *op. cit.*, considérant 21 et 23.

113. Cf. F. Tulkens, "La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer", *op. cit.*, p. 28-29, cité dans l'introduction de la présente partie.

semble présupposer que la protection de droits intellectuels est une condition nécessaire au développement de l'activité économique, et donc que sans assurance que leurs activités sont couvertes par les droits d'auteur, les acteurs économiques ne bénéficieraient pas d'une sécurité juridique suffisante. Un tel présupposé, qui relève d'une approche maximaliste quant à l'efficacité économique d'un régime de droit d'auteur, est plus que discutable.

En outre, l'objectif d'un niveau élevé de protection a motivé certaines décisions particulièrement critiquables de la Cour de justice de l'Union européenne, notamment l'arrêt Svensson, où la Cour a ouvert la porte à la qualification d'hyperliens pointant vers des œuvres protégées comme des communications au public [114]. Comme nous l'avons vu dans la deuxième partie de cette thèse, l'extension de la portée du droit d'auteur à la plupart des actes d'utilisation des œuvres est à l'origine d'une inadaptation grandissante du régime juridique aux conditions d'utilisation des œuvres dans l'environnement numérique, qui conduit à précariser le niveau de liberté individuelle dont jouissent les individus dans l'environnement numérique par rapport à la situation antérieure.

En outre, cette focalisation sur des préoccupations principalement économiques, telles que l'interprétation assez particulière de l'objectif de sécurité juridique ou l'objectif d'un niveau élevé de protection, conduit souvent à négliger d'autres considérations avancées par le législateur européen, comme celle de « maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés » [115]

2.2 Un système fermé d'exceptions

On peut considérer que le régime européen du droit d'auteur prévoit un système fermé d'exceptions, d'une part en ce qu'il présente une liste exhaustive (2.2.1), et d'autre part en raison de la doctrine de l'interprétation stricte des exceptions (2.2.2).

114. C.J.U.E., *Svensson*, *op. cit.* Pour d'autres arrêts de la Cour faisant référence à l'objectif d'un niveau élevé de protection, voyez *idem*, *Infopaq c. Danske Dagblades Forening ("Infopaq I")*, *op. cit.* ; *idem*, *Premier League c. QC Leisure*, *op. cit.* ; *idem*, *Eva-Maria Painer v Standard VerlagsGmbH*, *op. cit.* ; *idem*, *UPC Telekabel*, *op. cit.*

115. *Directive 2001/29/CE*, *op. cit.*, considérant 31.

2.2.1 Une liste exhaustive d'exceptions facultatives

L'objectif d'harmonisation poursuivi par la directive 2001/29 porte également sur les exceptions au droit d'auteur. En effet, selon le considérant 31 « [l]es disparités qui existent au niveau des exceptions et des limitations à certains actes soumis à restrictions ont une incidence négative directe sur le fonctionnement du marché intérieur dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins » [116].

Force est de constater que sur ce plan, le texte de la directive est loin de répondre à ses objectifs [117]. En effet, la directive n'impose aux États membres qu'une seule exception obligatoire, l'exception de copie provisoire [118] visant les actes de reproduction provisoires essentiels aux procédés techniques, tels que la copie cache ou la navigation d'un site Internet. Pour le reste, la liste d'exception prévue à l'article 5.2 est entièrement facultative : les États membres sont libre de les implémenter ou non. Le législateur européen s'est donc contenté de recenser les différents types d'exceptions en vigueur dans un ou plusieurs États membres, et d'autoriser ceux-ci a conserver leur législation en la matière.

La seule contribution de cette liste de l'article 5.2 à l'harmonisation des exceptions et limitations est son caractère exhaustif [119]. En quelque sorte, à défaut d'être parvenue à rapprocher les législations en la matière, la directive évite seulement qu'elles ne s'éloignent davantage.

Dans un récent arrêt ACI Adam, la CJUE a fait un pas en avant pour l'harmonisation (et deux pas en arrière pour les exceptions et limitations) [120] : la Cour y considère en effet que la nécessité d'appliquer les exceptions de manière cohérente dans le marché intérieur implique que si un État membre choisit d'implémenter une exception, il ne peut toutefois en élargir la portée, du moins pas d'une façon qui puisse porter atteinte au bon fonctionnement du marché intérieur [121]. La Cour n'éprouve toutefois pas les mêmes réticences lorsque l'implémentation des exceptions va dans le sens d'une restriction plus grande des exceptions par rapport à ce que prévoit la directive : l'objectif d'assurer une application uniforme des exceptions semble céder le pas [122].

116. *ibid.*, considérant 31.
117. En ce sens, voyez L Guibault, "Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonisation : The Case of the Limitations on Copyright under Directive 2001/29/EC", *Journal of Intellectual Property, Information Technology ...* (2010), URL : http://dare.uva.nl/document/189209
118. *Directive 2001/29/CE*, *op. cit.*, article 5.1.
119. Cf. *ibid.*, considérant 32.
120. C.J.U.E., *ACI Adam*, *op. cit.*
121. *ibid.*, §33-34.
122. *ibid.*, §27 : « il ressort du considérant 44 de la directive 2001/29 que l'intention du législateur de l'Union a été d'envisager, lorsque les États membres prévoient

Dès lors, le paradoxe de cette décision est qu'elle n'empêche nullement les disparités dans l'implémentation des exceptions au sein du marché intérieur, mais exige seulement que de telles disparités se fassent au profit d'une extension des droits exclusifs. Pourtant, l'objectif d'assurer un niveau suffisant de sécurité juridique sur un marché intérieur harmonisé semble tout autant mis à mal lorsque le cadre des exceptions reconnues dans certains États membres est plus restrictif qu'ailleurs, que lorsqu'il est plus généreux. Jusqu'à une réforme de 2014, le Royaume-Uni ne connaissait aucune exception pour des utilisations telles que la copie privée ou la parodie. Seulement un tiers des États membres ont introduit une exception de parodie dans leur législation [123]. Même pour les exceptions qui ont été introduites dans la plupart des États membres, comme l'exception de parodie, d'importantes disparités existent au niveau des conditions d'application [124]. Un tel niveau de divergence entre États membres sur l'admissibilité de pratiques pourtant largement admises par les normes sociales ne peut qu'avoir un effet négatif sur la prévisibilité du régime juridique, tant pour les utilisateurs que pour les ayants droit.

Rien n'empêcherait pourtant d'envisager une harmonisation du ré-

---

des exceptions ou des limitations visées par cette directive, que la portée de celles-ci puisse être restreinte encore davantage en ce qui concerne certaines utilisations nouvelles d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés »

123. Selon une étude commandée par l'Union européenne, les États membres qui ont introduit l'exception de parodie sont : la Belgique, l'Estonie, la France, l'Allemagne, l'Irlande, le Luxembourg, les Pays-Bas, l'Espagne, la Lituanie, et, depuis la parution cette étude, le Royaume-Uni. Les autres États membres sont partagés entre ceux qui n'autorisent pas la parodie et ne connaissent pas de jurisprudence à ce sujet (comme la Bulgarie, la république Tchèque, la Lettonie, la Slovaquie) et ceux pour lesquels la parodie est dans une situation juridique peu claire, certains soutenant qu'elle peut être autorisée en vertu de principes généraux comme la liberté d'expression ou de presse (Finlande, Grèce, Hongrie, Italie, Portugal). Cf. De Wolf & Partners, *Study on the application of Directive 2001/29/EC on copyright and related rights in the information society*, sous la dir. de J.-P. Triaille, European Union, 2013, p. 476-481.

124. Ainsi, certains États membres connaissent des conditions plus strictes que d'autres, comme la France qui ne reconnait qu'une exception de « courte citation », longtemps hostile à une application de l'exception de citation en dehors du domaine des œuvres littéraires : cf. B. Galopin, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, LexisNexis, 2012, n° 400-403. Par contraste, l'exception de citation en droit belge (art. 21, al. 1 et 2 de la loi sur le droit d'auteur) ne prévoit plus l'exigence d'une « courte » citation, et est applicable à tout type d'œuvre (graphique, musicale, plastique, etc) ; cf. Y. Gendreau, "Exceptions de citation et parodie. Le droit d'adaptation", in : *Copyright and freedom of expression*, ALAI, 2008, p. 316 ; cf. également F De Visscher & B Michaux, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, *op. cit.*, n°118 : « l'exception de [de citation] s'applique en toutes matières et plus seulement dans le domaine littéraire ; on peut donc "citer" une œuvre musicale, un film, voire même une œuvre graphique ou plastique (le détail d'un tableau par exemple) ».

gime du droit d'auteur qui ne fasse pas au détriment de la portée des exceptions. Pour assurer la sécurité juridique sur l'application des exceptions au droit d'auteur à travers l'UE, une autre voie était possible : celle consistant à imposer davantage d'exceptions obligatoires, comme le soutient une partie de la doctrine [125].

En outre, un facteur essentiel à l'effectivité des exceptions serait de leur garantir un véritable statut impératif, afin d'éviter qu'elles ne soient court-circuitées par des dispositions contractuelles ou des mesures techniques [126].

2.2.2 La doctrine de l'interprétation stricte des exceptions

Dans son arrêt Infopaq [127], la CJUE a introduit sa doctrine selon laquelle les exceptions au droit d'auteur sont d'interprétation stricte. Cette interprétation stricte s'oppose notamment à toute extension d'une exception aux cas non spécifiquement prévus par le texte légal, et conduit généralement à privilégier l'extension des droits exclusifs en cas de doute interprétatif.

Le fondement juridique de cette interprétation stricte des exceptions reste toutefois peu clair. Soutenue depuis longtemps en Belgique par la doctrine et la jurisprudence [128](de même qu'en France ou en Al-

125. M.-C. Janssens, "The issue of exceptions : Reshaping the keys to the gates in the territory of literary, musical and artistic creation", in : *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, sous la dir. d'E. Derclaye, Cheltenham : Edward Elgar Publishing, 2009, p. 338-340 ; L. Guibault et al., *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, Rapport à la European Commission, DG Marché Intérieur, 2007, p. 65 ; R. Xalabarder & U. O. D. Catalunya, "Spanish Supreme Court Rules in Favour of Google Search Engine... and a Flexible Reading of Copyright Statutes ?" (2012), p. 147

126. Un tel statut impératif est prévu dans la directive logiciels et dans la directive base de données, mais étrangement pas dans la directive droit d'auteur. Le législateur belge a comblé ce silence de la directive, bien que fort timidement : les articles XI.193 et X.219 du code de droit économique précisent d'abord que les exceptions (respectivement aux droits d'auteur et aux droits voisins) sont impératives, avant de vider cette précision d'une bonne partie de sa raison d'être dans un second paragraphe prévoyant une possibilité de dérogation contractuelle dont la portée est tellement large qu'elle pourrait s'appliquer à l'environnement numérique en général. Cf. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, n°640 à 661

127. C.J.U.E., *Infopaq c. Danske Dagblades Forening ("Infopaq I")*, *op. cit.*

128. Pour la doctrine, voyez F De Visscher & B Michaux, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, *op. cit.*, n°115 ; A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, n°92. Il existe une certaine confusion dans les termes, certains (comme De Visscher et Michaux) parlant d'« interprétation stricte », d'autres (dont Berenboom) parlant d'« interprétation restrictive ». Il n'est pas sûr que l'expression « interprétation restrictive » soit entendue autrement que comme un synonyme de l'expression « interprétation stricte ». En effet,

lemagne [129]), elle n'est pourtant pas prévue explicitement par la loi belge [130], au contraire de l'interprétation stricte des contrats de cession [131].

Dans l'arrêt Infopaq, la Cour de Justice avance deux arguments à l'appui du fondement juridique de cette méthode d'interprétation stricte : d'une part, l'idée que les dérogations à un principe général doivent en principe faire l'objet d'une interprétation stricte, et d'autre part le fait que l'interprétation stricte serait requise par le test en trois étapes. Examinons à présent chacun de ces arguments, pour voir dans quelle mesure ils permettent de soutenir la conclusion de la Cour.

---

bien qu'ayant en principe un sens distinct, ces deux notions font en tout cas l'objet d'une confusion fréquente, comme le note Patrick Wéry dans le contexte du droit des obligations : P. Wéry, Droit des obligations, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 368.

La jurisprudence n'est pas épargnée par cette confusion. Ainsi, la Cour de cassation (Cass, 21 novembre 2003, Pas., 2003, I, p. 1869) utilise indistinctement les deux expressions. Citons également un arrêt de la Cour constitutionnelle, 18 avril 2007, n°59/2007.

129. Pour la France, voyez B. Galopin, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, *op. cit.*, n°389 ; pour l'Allemagne, cf. les références dans A. Lucas, "Droit d'auteur, liberté d'expression et "droit du public à l'information"", *Auteurs & Media* 1 (2005), p. 14

130. Certes, dans l'arrêt 59/2007, la Cour constitutionnelle affirme que ce principe découle des travaux préparatoires de la loi du 30 juin 1994 :

> « Ces exceptions - qui, en vertu de l'article 23 bis de la loi, sont en principe impératives - commandent, en tant que telles, une interprétation restrictive qui correspond à l'intention du législateur (Doc. parl., Sénat, S.E. 1991-1992, n° 473/33, p. 192) ».

Toutefois, la référence faite par la Cour renvoie à une déclaration par le groupe d'experts auditionnés par la chambre (A. Berenboom, F. de Visscher, C. Doutrelepont, F. Gotzen et A. Strowel) dont l'opinion, bien que faisant autorité parmi la doctrine, ne saurait s'assimiler à l'intention du législateur (N.B. : une erreur semble s'être glissée dans la référence faite par la Cour constitutionnelle ; la référence correcte est la suivante : Doc. parl., Chambre, S.E. 1991-1992, n° 473/33, p. 192)

131. Cf. l'article XI.167, §1er, al. 3 du code de droit économique : « Les dispositions contractuelles relatives au droit d'auteur et à ses modes d'exploitation sont de stricte interprétation ».

En France, même si l'article L.131-3 du Code de la Propriété intellectuelle n'utilise pas explicitement l'expression, il décrit incontestablement une interprétation stricte des contrats de cession : « La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ». André Lucas soutient que l'on peut appliquer un raisonnement similaire pour l'interprétation stricte des exceptions en droit français, en la déduisant de la formulation particulière des exceptions comprenant parfois les termes « exclusivement » ou « strictement » ; il note toutefois que l'argument n'est pas valable en droit belge, où le législateur donne aux exceptions un caractère impératif ; cf. A. Lucas, "Droit d'auteur, liberté d'expression et "droit du public à l'information"", *op. cit.*, p. 14.

2.2.3 L'interprétation stricte des dérogations à un principe général

Le premier argument avancé dans l'arrêt Infopaq à l'appui du principe de l'interprétation stricte des exceptions est le suivant :

> « 56. Pour l'interprétation de ces conditions, une par une, il convient ensuite de rappeler que, selon une jurisprudence constante, les dispositions d'une directive qui dérogent à un principe général établi par cette même directive doivent faire l'objet d'une interprétation stricte (arrêts du 29 avril 2004, Kapper, C-476/01, Rec. p. I-5205, point 72, et du 26 octobre 2006, Commission/Espagne, C-36/05, Rec. p. I-10313, point 31).
>
> 57. Tel est le cas de l'exemption prévue à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29 qui constitue une dérogation au principe général établi par cette directive, à savoir l'exigence d'une autorisation du titulaire du droit d'auteur pour toute reproduction d'une œuvre protégée. » [132]

Invoquant un principe d'interprétation qu'on pourrait apparenter à l'adage « exceptio est strictissimae interpretationis », et considérant que l'exemption pour copie provisoire constitue une dérogation au principe général du droit exclusif, la Cour conclut qu'il y a lieu de faire une interprétation stricte de ladite exemption [133].

Mais sur quoi repose l'affirmation que les exceptions ne sont que des « exemptions » ou des « dérogations » à un principe général qui serait le droit exclusif ?

En droit belge, cette lecture parait pouvoir s'appuyer sur le choix terminologique du législateur. En effet, le terme d'« exceptions » laisse penser que celles-ci dérogent à un principe général, qui serait le droit exclusif. En quelque sorte, ce serait « l'exception qui confirme la règle ». Toutefois, si l'on compare les différents droits nationaux européens, la

132. C.J.U.E., *Infopaq c. Danske Dagblades Forening ("Infopaq I")*, *op. cit.*, §56-57.

La Cour évoque également l'exigence de sécurité juridique visée aux considérants 4, 6 et 21 de la directive, mais ne lie toutefois pas directement cette exigence de sécurité juridique à la doctrine de l'interprétation stricte des exceptions, à raison selon nous : en effet, une telle exigence n'est pas nécessairement incompatible avec une interprétation large des exceptions.

133. Remarquons que ce même argument est parfois invoqué dans l'autre sens : ainsi, André et Henri-Jacques Lucas, notant qu'« il ne fait aucun doute que les hypothèses dans lesquelles le droit exclusif est paralysé sont d'interprétation stricte », en concluent : « C'est bien pourquoi le terme "exceptions" nous semble parfaitement adapté » A. Lucas & H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2e éd., Paris : Litec, 2001, n°292. On peut dès lors se demander si c'est bien le statut des exceptions qui justifie le principe d'interprétation stricte, ou si c'est le principe d'interprétation stricte qui justifie le statut des exceptions.

terminologie légale ne parait pas d'une grande aide pour éclairer le statut et l'interprétation des « exceptions » au droit d'auteur. En effet, les appellations varient selon les législations : si les législateurs espagnols ou allemands parlent de « limite » au droit d'auteur, les lois suédoise et grecque évoquent des « limitations », le Royaume-Uni connait des « actes autorisés », et le Portugal parle de « libre utilisation » [134]. Le droit européen, quant à lui, privilégie une formulation hybride d'« exceptions ou limitations », probablement pour éviter à avoir à trancher entre les différentes terminologies nationales [135]. Il ne parait donc pas possible pour la Cour de justice d'appuyer son raisonnement sur le choix terminologique du législateur, étant donné l'ambigüité de la formule adoptée par la directive, ainsi que l'absence de convergence des législations nationales à ce sujet.

Plus fondamentalement, la question centrale de savoir ce qui relève du « principe » et ce qui relève de l'« exception » ne saurait relever de considérations purement formalistes. En effet, il s'agit d'un enjeu essentiellement normatif. Or, nous avons soutenu dans les parties I et II de cette thèse que les seules justifications philosophiques plausibles du droit d'auteur ne permettaient pas de soutenir une telle minimisation des exceptions comme simples « dérogations ». Ainsi, nous avons vu que la justification utilitariste procédait d'un compromis entre incitation et usage, dans lequel aucun des deux pôles n'était privilégié a priori. Dans le cadre de notre approche normative, nous avons soutenu qu'en vertu de l'exigence de justification publique et la présomption en faveur de l'ouverture, il faudrait même considérer que c'est le droit d'auteur qui est un régime dérogatoire à la règle générale de la liberté [136].

Mais laissons temporairement de côté cette question du statut des exceptions. Nous y reviendrons plus loin (cf. *infra*, chapitre II, 3.2.2) lors de l'examen de l'arrêt audacieux de la Cour Suprême du Canada,

134. Cf. P. Sirinelli, "Exceptions et limites aux droit d'auteur et droits voisins", in : *Atelier sur la mise en œuvre du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, Genève, 1999, url : http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=1266, p. 2.

135. Cf. l'article 5.2 et 5.3 de la *Directive 2001/29/CE*, *op. cit.* Nous évoquerons plus loin (*infra*, chapitre II, 3.2.2)) la tentative de la CJUE, dans une décision VG Wört, de donner un effet utile aux deux termes de l'expression « exceptions ou limitation », en créant une distinction (selon nous peu éclairante) entre « exceptions » et « limitations ».

136. Dans le même sens, voyez C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information : approche de droit comparé*, *op. cit.*, p. 197, note 1, qui rappelle la métaphore classique du droit intellectuel comme un îlot de propriété au milieu d'un océan de liberté, évoquée notamment par F. Gotzen, "De norm van de eerlijke gebruiken en de intellectuele rechten", *op. cit.*, p. 263 ; J. Foyer & M. Vivant, *Le droit des brevets*, *op. cit.*, p. 9.

qui lie explicitement la réhabilitation du statut des exceptions avec le rejet de la doctrine de l'interprétation stricte.

2.2.4 L'interprétation stricte requise par le test en trois étapes

Le deuxième argument de la Cour de Justice à l'appui de l'interprétation stricte des exceptions consiste à invoquer les exigences du test en trois étapes :

> « 58. Il en va d'autant plus ainsi que cette exemption doit être interprétée à la lumière de l'article 5, paragraphe 5, de la directive 2001/29, selon lequel ladite exemption n'est applicable que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou de l'autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit. » [137]

Cet argument est éminemment contestable. La Cour semble en effet considérer que le simple fait d'invoquer le test en trois étapes accrédite la thèse de l'interprétation stricte des exceptions. L'argument implicite de la Cour consiste à dire que le test en trois étapes restreint tellement l'admissibilité des exceptions que seule une interprétation stricte est possible.

Or, le test ne dit absolument rien sur la méthode d'interprétation qu'il convient de donner aux exceptions [138]. Tout ce que requiert le test, c'est que les exceptions ne dépassent pas le cadre qu'il fixe. Ce n'est pas tant la méthode d'interprétation qui importe que la définition de l'exception elle-même. Ainsi, une exception suffisamment définie peut tout à fait respecter les exigences du test en trois étapes, même interprétée largement. De même, une exception trop large, même interprétée strictement, ne sera pas conforme au test.

Certes, la méthode d'interprétation stricte peut constituer une manière de garantir que les exceptions seront conformes au test en trois étapes. Deux précautions valent mieux qu'une, en somme. Mais cet excès de zèle n'est nullement requis par le test, et il existe des méthodes moins radicales pour parvenir aux mêmes fins.

La Cour semble elle-même s'être rendu compte que sa doctrine d'interprétation stricte était inutilement draconienne. Ainsi, depuis le pre-

137. C.J.U.E., *Infopaq c. Danske Dagblades Forening ("Infopaq I")*, *op. cit.*, §58.

138. Dans le même ce sens, voyez la déclaration de Munich sur l'interprétation du test en trois étapes : « 2. le test des trois étapes n'impose pas une interprétation restrictive des exceptions et limitations. Ces dernières doivent être interprétées conformément à leurs objectifs et justifications / raison d'être. » C. Geiger et al., "Déclaration en vue d'une interprétation du "test des trois étapes" respectant les équilibres du droit d'auteur", *op. cit.*

mier arrêt Infopaq, la jurisprudence récente sur l'interprétation stricte des exceptions ressemble plutôt à une jurisprudence sur les *tempéraments* à l'interprétation stricte. Dans bon nombre d'arrêts, la Cour commence par réaffirmer le principe de l'interprétation stricte des exceptions, avant d'en neutraliser les effets.

Ainsi, dans un arrêt Premier League de 2011 [139], la Cour commence par réaffirmer, puis modère immédiatement sa doctrine de l'interprétation stricte, en précisant que celle-ci devait néanmoins permettre de « sauvegarder l'effet utile de l'exception » et de « respecter sa finalité ». Elle poursuit en précisant que l'objectif de l'exception invoquée en l'espèce (l'exception de copie provisoire) est de « rendre possible et assurer le développement et le fonctionnement de nouvelles technologies, ainsi que maintenir un juste équilibre entre les droits et les intérêts de titulaires de droits, d'une part, et d'utilisateurs d'œuvres protégées qui souhaitent bénéficier de ces nouvelles technologies, d'autre part ». Deux ans plus tard, dans l'arrêt Painer, la Cour poursuit le mouvement amorcé dans Premier League en faisant référence à la liberté d'expression des utilisateurs comme un des plateaux de la balance réalisée par l'exception de citation [140].

Si dans un arrêt ACI Adam [141], la Cour revient temporairement à la version originale, non édulcorée, de sa doctrine d'interprétation stricte, elle reviendra à ses tempéraments dans plusieurs arrêts ultérieurs. D'abord, dans l'arrêt PRCA c. NLA [142] (que nous avons déjà évoqué *supra*, partie II, chapitre II, section 3.3.1), la Cour applique essentiellement la même solution que celle de l'arrêt Premier League, en rappelant la nécessité de sauvegarder l'effet utile de l'exception de copie provisoire et de maintenir un juste équilibre entre droits et intérêts en présence.

Ensuite, l'arrêt Deckmyn du 3 septembre 2014 sera l'occasion pour la Cour d'appliquer les différents tempéraments dont elle s'est dotée au fil de sa jurisprudence : d'une part l'exigence de sauvegarder l'effet utile de l'exception, d'autre part l'exigence de juste équilibre, et enfin l'invocation de la liberté d'exception des utilisateurs [143]. La liberté d'expression joue un rôle particulièrement important, puisqu'elle est au cœur de l'examen que la CJUE confie au juge national qui doit, en plus de vérifier si les caractéristiques essentielles de la parodie sont réunies,

139. C.J.U.E., *Premier League c. QC Leisure*, *op. cit.*, §162-164.
140. *idem*, *Eva-Maria Painer v Standard VerlagsGmbH*, *op. cit.*, § 134
141. *idem*, *ACI Adam*, *op. cit.*, § 22-23, §22-31 ; la Cour rappellera également le principe de l'interprétation stricte dans un deuxième arrêt dans l'affaire Infopaq (C.J.U.E., *Infopaq c. Danske Dagblades Forening ("Infopaq II")*, C-302/10, 17 janvier 2012).
142. *idem*, *Public Relations Consultants Association c. Newspaper Licensing Agency*, *op. cit.*, §24.
143. C.J.U.E., *Deckmyn*, C-201/13, 3 septembre 2014, §23-27.

celui-ci doit, vérifier *in concreto* que son application de l'exception de parodie respecte un « juste équilibre » prenant en compte la liberté d'expression des utilisateurs. Ajoutons que dans l'arrêt Deckmyn, la Cour ajoute une précision intéressante pour l'interprétation des exceptions, en notant que « [l]e fait que l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29 constitue une exception n'a donc pas pour conséquence de réduire le champ d'application de cette disposition par des conditions (...) qui ne ressortent ni du sens habituel du terme «parodie» dans le langage courant, ni du libellé de cette disposition » [144]. Autrement dit, l'interprétation stricte n'est pas une interprétation restrictive [145].

On peut résumer l'application par la CJUE de sa doctrine de l'interprétation stricte des exceptions et de ses tempéraments par le tableau suivant :

Interprétation stricte, **mais :**	sauvegarder l'effet utile de l'exception	juste équilibre entre droits et intérêts	liberté d'expression des utilisateurs
Infopaq I & II	-	-	-
Premier League	✓	✓	-
Painer	✓	✓	✓
ACI Adam	-	-	-
PRCA c. NLA	✓	✓	-
Deckmyn	✓	✓	✓

Tableau I.1 – La doctrine d'interprétation stricte et ses tempéraments dans la jurisprudence de la CJUE

144. *ibid.*, §24.

145. Nous avons déjà mentionné *supra* la confusion entre ces deux notions. En nous inspirant de la distinction exposée par Patrick Wéry, on pourrait définir l'interprétation stricte comme imposant d'interpréter une disposition ni plus largement ni plus étroitement que dans le sens envisagé par le législateur, alors que l'interprétation restrictive consiste à interpréter une disposition plus étroitement cette disposition. Cf. P. Wéry, op. cit. p. 368.

On le voit, si la Cour réaffirme presque à chaque fois le principe de l'interprétation stricte des exceptions, c'est la plupart du temps pour le neutraliser par des tempéraments plus ou moins *ad hoc*.

L'attitude de la Cour ne parait pas très cohérente. Tout se passe comme si au moment de formuler sa doctrine, la Cour avait voulu affirmer un principe fort et sans compromis, mais que, au moment de l'appliquer aux cas d'espèce, elle se voyait contrainte de modérer ce principe pour éviter d'aboutir à des conclusions excessives. La Cour ne devrait pas persévérer dans l'affirmation d'un principe aussi fort si elle n'est pas capable de s'y tenir avec un minimum de constance.

Il semble que la doctrine de l'interprétation stricte soutenue - au moins formellement - par la CJUE ne soit pas incontestable : non seulement le raisonnement qui la justifie s'avère assez fragile, mais en outre ses conséquences draconiennes semblent nécessiter tellement de tempéraments qu'on peut se demander s'il s'agit vraiment du principe d'interprétation approprié.

Remarquons d'ailleurs que cette évolution semble se poursuivre, puisque dans le dernier arrêt en date touchant à l'interprétation des exceptions (*Technische Universität Darmstadt*), la Cour ne mentionne même plus sa doctrine de l'interprétation stricte des exceptions, et se contente de faire référence à la nécessité de sauvegarder l'effet utile de l'exception en faveur des bibliothèques, musées et archives ; la seule contrainte imposée par la Cour est celle du respect du test en trois étapes [146].

Section 3 Le recours aux droits fondamentaux

Pour équilibrer certains excès du droit d'auteur et favoriser une plus grande prise en compte des libertés d'usage de l'information, certains auteurs ont appelé à recourir aux droits fondamentaux pour équilibrer le droit d'auteur [147]. Nous passerons d'abord en revue les droits fon-

146. C.J.U.E., *Technische Universität Darmstadt*, C-117/13, 11 septembre 2014, §43 et 47 Dans cet arrêt, la Cour parle en outre d'un « droit accessoire » découlant de la nécessité de garantir l'effet utile de l'exception. Toutefois, la portée qu'il convient de donner à cette expression n'est pas vraiment claire. Cf. notre commentaire *infra*, texte accompagnant la note 217 page 469.

147. L. Lessig, "Copyright's First Amendment", *UCLA Law Review* 48 (2000) ; P. Hugenholtz, "Copyright and freedom of expression in Europe", in : *The Commodification of Information : Social, Political and Cultural Ramifications*, sous la dir. de N. Elkin-Koren & N. Netanel, La Haye : Kluwer, 2002 ; C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information : approche de droit comparé*, *op. cit.* ; A. Strowel & F. Tulkens, "Equilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur", in : *Droit d'auteur et liberté d'expression : regards francophones, d'Europe et*

damentaux en présence, avant de discuter les principales objections au recours aux droits fondamentaux en droit d'auteur, pour enfin commenter la tendance émergente à la prise en compte des droits fondamentaux dans la jurisprudence européenne.

3.1 Les droits fondamentaux en présence

Dans cette sous-section, nous nous concentrerons essentiellement sur l'hypothèse d'un conflit entre droit d'auteur et liberté d'expression.

3.1.1 Liberté d'expression

Selon la jurisprudence classique de la Cour européenne des droits de l'homme, la liberté d'expression est l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, « l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun » [148]. Elle vaut non seulement « pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur » mais aussi « celles qui heurtent, choquent ou inquiètent » [149].

La liberté d'expression possède deux dimensions : d'une part le droit de communiquer des informations et des idées [150], d'autre part le droit de recevoir des informations et des idées [151] (parfois désigné par l'expression « droit du public à l'information » [152]). Elle ne porte pas seulement sur les informations, idées ou modes d'expression de nature politique, mais couvre également la liberté de création artistique [153], l'expression commerciale [154]ou la « musique légère » [155]. En outre, la liberté d'expression concerne non seulement le contenu des informations, « mais aussi les moyens de transmission ou de captage, car toute restriction

d'ailleurs, sous la dir. d'A. Strowel & F. Tulkens, Bruxelles : Larcier, 2006 ; D. Voorhoof, "La liberté d'expression est-elle un argument légitime en faveur du non-respect du droit d'auteur ?", in : *Droit d'auteur et liberté d'expression : regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, sous la dir. d'A. Strowel & F. Tulkens, Bruxelles : Larcier, 2006 ; N. W. Netanel, *Copyright's Paradox*, t. 9, Oxford University Press, 2008

148. C.E.D.H., *Handyside c. Royaume Uni*, 7 décembre 1976, §49.

149. *Ibidem.*

150. C.E.D.H., *Müller c. Suisse*, §27.

151. C.E.D.H., *Leander c. Suède*, §74-75 ; C.E.D.H., *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, §49.

152. Défini par Christophe Geiger comme non seulement « le droit passif de recevoir des informations mais également le droit actif de rechercher des informations parmi les sources accessibles » (C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information : approche de droit comparé*, *op. cit.*, p. 136).

153. C.E.D.H., *Müller c. Suisse*, 24 mai 1988

154. C.E.D.H., *Markt Intern Verlag GmbH* et *Klaus Beerman c. Allemagne*, 20 novembre 1989, 10572/83.

155. C.E.D.H., *Groperra Radio AG c. Suisse*, 28 mars 1990.

apportée à ceux-ci touche le droit de recevoir et communiquer des informations » [156] Enfin, si la liberté d'expression consacrée à l'article 10 est certes assortie d'exceptions, celles-ci « appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante » [157]

3.1.2 Le droit d'auteur, un droit fondamental ?

Le droit d'auteur est-il un droit fondamental ? La question se pose depuis l'inclusion dans certains instruments sur les droits fondamentaux de dispositions protégeant les « intérêts moraux ou matériels des auteurs », voire la « propriété intellectuelle ». Faut-il y voir une consécration d'une conception propriétarienne d'un droit absolu à la propriété intellectuelle, qui devrait systématiquement l'emporter sur les intérêts des bénéficiaires d'exceptions ou limitations ? Ou faudrait-il conclure qu'il existerait un effet de *standstill* en faveur des titulaires de droit, leur permettant de contester la légalité d'une réforme du droit d'auteur qui constituerait une atteinte à leurs droits fondamentaux ?

S'il semble bien que certains aspects des droits intellectuels ou de la « propriété intellectuelle » ont effectivement été érigés en droits fondamentaux, un examen attentif de ces différentes dispositions devrait nous conduire à en relativiser la portée.

La première référence aux droits intellectuels dans un instrument sur les droits fondamentaux remonte à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (DUDH) [158]. Alors que l'article 27 se bornait initialement à consacrer le droit de participer à la vie culturelle et au progrès scientifique, un second paragraphe fut ajouté suite à l'insistance la délégation française [159] :

> « Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur. »

Si l'introduction du premier paragraphe avait été assez consensuelle, ce deuxième paragraphe fit l'objet d'une longue controverse. Pour un groupe de pays incluant les États-Unis, l'Angleterre, ou l'Australie, ce paragraphe sur les « intérêts moraux et matériels » était ou bien redondant par rapport à la protection du droit à la propriété, ou bien

156. C.E.D.H., *Autronic*, 22 mai 1990, §45
157. Cf. notamment C.E.D.H., *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, 22 octobre 2007.
158. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948
159. J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights : Origins, Drafting, and Intent*, University of Pennsylvania Press, 1999, p. 219-222.

inapproprié en raison de la nature universelle de la déclaration, qui devrait « ne reconnaitre que les principes généraux qui sont valides pour tout homme » [160]. L'appartenance des droits intellectuels aux droits de l'homme était donc contestée [161]. La proposition sera finalement adoptée en raison d'une convergence d'intérêts entre les délégations française et chinoise, insistant sur la protection des droits moraux de l'auteur, et les délégations sud-américaines, qui semblaient y voir un pas en avant vers leur adhésion à la Convention de Berne, ainsi qu'un instrument en vue de la réalisation d'autres droits considérés comme plus importants [162].

Le même débat se reproduisit lors de l'élaboration du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (*PIDESC*) [163], et une formulation tout à fait similaire à celle de la déclaration universelle sera finalement adoptée [164], cette fois sur le clivage de la guerre froide [165].

Vu les controverses qu'ont suscité ces dispositions dans la DUDH et le PIDESC, ainsi que la formulation de compromis qui a été retenue (« la protection des intérêts moraux et matériels ») il semble difficile de soutenir qu'il ait été dans l'intention des parties contractantes de soutenir un véritable droit fondamental à la propriété intellectuelle [166].

En effet, il ne fait pas de doute que la portée des droits prévus aux

160. Selon le négociateur britannique, cité par *ibid.*, p. 221 (notre traduction).
161. P. Yu, "Reconceptualizing intellectual property interests in a human rights framework", *UC Davis Law Review* 40 (2006), p. 1057.
162. *ibid.*, p. 1058.
163. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966. À ce sujet, voyez J. Ringelheim, "The Evolution of Cultural Rights in International Human Rights Law", *CRIDHO Working Paper* 3 (2013).
164. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, *op. cit.*, article 15 :

« 1. Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit :
a) De participer à la vie culturelle ;
b) De bénéficier du progrès scientifique et de ses applications ;
c) De bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.

2. Les mesures que les Etats parties au présent Pacte prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre celles qui sont nécessaires pour assurer le maintien, le développement et la diffusion de la science et de la culture.

3. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices.

4. Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent les bienfaits qui doivent résulter de l'encouragement et du développement de la coopération et des contacts internationaux dans le domaine de la science et de la culture. »

165. P. Yu, "Reconceptualizing intellectual property interests in a human rights framework", *op. cit.*, p. 1062 à 1065.
166. *ibid.*, p. 1070

articles 27(2) de la DUDH et 15-1(c) du PIDESC ne correspond pas à celle des droits prévus par la loi ou les traités sur les droits intellectuels. D'ailleurs, le comité des Nations-Unies sur les droits économiques, sociaux et culturels, dans son Observation Générale à propos de l'interprétation du PIDESC, a tenu à clairement distinguer les deux :

> « the scope of protection of the moral and material interests of the author provided for by article 15, paragraph 1 (c), does not necessarily coincide with what is referred to as intellectual property rights under national legislation or international agreements » [167]
>
> « It is therefore important not to equate intellectual property rights with the human right recognized in article 15, paragraph 1 (c) » [168].

En outre, la formulation des l'article 27(2) de la DUDH et 15-1(c) du PIDESC ne délimite absolument pas la portée de cette protection des « intérêts moraux et matériels de l'auteur ». Ce caractère flou s'explique par la préoccupation des négociateurs de ces deux traités de respecter la diversité des traditions politiques et valeurs des états participants [169].

Le comité a précisé le sens de l'article 15.1(c) :

> « the human right to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from one's scientific, literary and artistic productions safeguards the personal link between authors and their creations and between peoples, communities, or other groups and their collective cultural heritage, as well as their basic material interests which are necessary to enable authors to enjoy an adequate standard of living » [170]

Le droit à la « protection des intérêts moraux et matériels » protège donc deux dimensions. La première est le respect du lien entre l'auteur et son œuvre, qui implique la protection de certains droits moraux. Selon le comité, cela inclut « the right of authors to be recognized as the creators of their scientific, literary and artistic productions and to object to any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, such productions, which would be prejudicial to their honour and reputation » [171]. Autrement dit, le droit à la

167. Comité sur les droits économiques sociaux et cultrels, "General Comment 17", in : *Human Rights Instruments*, United Nations, HRI/GEN/1/ Rev.9 (vol I), 2008, p. 123, §2.
168. *ibid.*, p. 123, §3.
169. P. Yu, "Reconceptualizing intellectual property interests in a human rights framework", *op. cit.*, p. 1072
170. Comité sur les droits économiques sociaux et cultrels, "General Comment 17", *op. cit.*, p. 123, §2.
171. *ibid.*, p. 127, §12 à 14.

protection des intérêts moraux semble bien consacrer en tant que droits fondamentaux certains droits moraux de l'auteur (le droit d'attribution et le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre au sens strict [172]).

Toutefois, la deuxième dimension, la protection des intérêts matériels, n'est nullement liée à la personnalité du créateur [173], mais s'assimile plutôt à un droit social qui rappelle simplement que les auteurs, comme tous travailleurs, ont le droit de jouir d'un niveau de vie adéquat (garanti par l'article 11(1) du PIDESC), et le droit de recevoir une rémunération adéquate (garanti par l'article 7(a) [174]). Or, le droit d'auteur n'est pas le seul moyen de réaliser cette seconde dimension [175]. Et si l'on considère le pourcentage assez limité de créateurs pour lesquels le droit d'auteur constitue la principale source de revenus [176], il parait même un instrument particulièrement déficient à cet égard. Si l'objectif est d'améliorer la condition sociale des créateurs, on pourrait par exemple privilégier diverses formes de financement public de la création intellectuelle ou d'autres mécanismes redistributifs, plutôt que de se reposer uniquement sur le droit d'auteur [177]. Dès lors, la protection du droit d'auteur ne découle pas nécessairement du droit prévu aux

172. Au sens strict, le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre est relié à la protection de la réputation de l'auteur, comme dans la Convention de Berne.

173. Comité sur les droits économiques sociaux et cultrels, "General Comment 17", *op. cit.*, p. 127, §15 :

> « Unlike other human rights, the material interests of authors are not directly linked to the personality of the creator, but contribute to the enjoyment of the right to an adequate standard of living »

174. *ibid.*, p. 127, §15.

175. Ce point est souligné par le Comité des Nations Unies :

> « the purpose of enabling authors to enjoy an adequate standard of living can also be achieved through one-time payments or by vesting an author, for a limited period of time », *ibid.*, p. 127, §16.

176. Selon une étude de 2004 réalisée sur un échantillon de 2775 musiciens, plus de trois quarts des répondants déclarent avoir un autre travail rémunéré, et 66% des répondants gagnent moins de 20% de leur revenu du fait de leur activité de musicien (et 25% de ceux-là ne touchent aucun revenu lié à la musique). Cf. M. Madden, "Artists, musicians and the internet", *Pew Internet and American Life Project* (2004), url : http://www.pewtrusts.org

177. De plus, si le comité est assez précis sur les obligations des États de protéger les intérêts moraux des auteurs, il est beaucoup moins disert quant à la forme spécifique que doivent prendre ces intérêts matériels. Le passage le plus précis à cet égard est celui où le comité déclare que les États sont obligés de prévenir les violations de ces intérêts matériels par les tiers, et assurer que les auteurs sont adéquatement compensés pour tout préjudice injustifié à ces intérêts matériels. Mais d'une part ces intérêts matériels sont définis comme ceux « which are necessary to enable those authors to enjoy an adequate standard of living » (et ne s'étendent donc pas à toute prétention à une exploitation marchande de l'œuvre), et d'autre part les exemples de moyens par lesquels les États peuvent réaliser cette obligation sont très divers : « e.g. by establishing systems of collective administration of

articles 27.2 de la DUDH et 15(1)(c) du PIDESC, mais n'est qu'un des moyens de le réaliser. Il est donc faux de dire que ces articles consacrent un droit fondamental de propriété intellectuelle.

En outre, le Comité rappelle que les États parties doivent réaliser un équilibre adéquat entre l'art. 15, 1 (c) et les autres droits protégés par le Pacte. Cet équilibre ne doit pas être biaisé en faveur des auteurs : « In striking this balance, the private interests of authors should not be unduly favoured and the public interest in enjoying broad access to their productions should be given due consideration » [178]

Il est donc faux de dire que la DUDH ou le PIDESC protège le droit d'auteur en tant que droit fondamental.

Ces antécédents peu prometteurs n'ont toutefois pas empêché la tendance à la fondamentalisation et à la propriétarisation des droits intellectuels de marquer le droit européen. En effet, la Commission puis la Cour européenne des droits de l'homme ont admis que la protection de l'article 1 du protocole n°1 à la CSDH [179] s'étendait à la protection des droits intellectuels [180]. Les rédacteurs de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2004 ont explicitement ajouté un deuxième alinéa à l'article 17 (protégeant le droit de propriété), précisant de manière assez laconique : « La propriété intellectuelle est protégée » [181]. De même, le Comité des Nations-Unies dans son interprétation du PIDESC [182] note également que la protection des intérêts matériels de l'auteur par l'article 15(c) du PIDESC est étroitement lié

authors' rights or by adopting legislation requiring users to inform authors of any use made of their productions and to remunerate them adequately. » (Comité sur les droits économiques sociaux et cultrels, "General Comment 17", *op. cit.*, p. 127, §16). L'obligation des États au titre de la protection des intérêts matériels des auteurs peut donc être accommodée par une multitude de régimes juridiques.

178. *ibid.*, p. 131, §35.

179. Pour rappel, l'art. 1. du premier protocole additionnel à la C.S.D.H. dispose :

> « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ».

180. Dès 1990, la Commission européenne des droits de l'Homme a reconnu que l'article 1 du Protocole n° de la CSDH pouvait s'appliquer à la protection des brevets (C.E.D.H., *Anheuser-Busch c. Portugal*, 11 janvier 2007, n°73049/01) ; il faudra attendre un peu plus longtemps pour que la Cour reprenne cette interprétation, pour la première fois en 2005 dans un arrêt d'irrecevabilité (C.E.D.H., *Melnychuk c. Ukraine*, 5 juillet 2005, n°28743/03) et surtout en 2007 dans un arrêt Anheuser-Busch (C.E.D.H., *Anheuser-Busch c. Portugal*, 11 janvier 2007, n°73049/01), tous deux dans des affaires de droit des marques.

181. *Charte des droits fondamentaux de l'Union européène*, adoptée à Nice le 7 décembre 2004, art. 17, al. 2.

182. Comité sur les droits économiques sociaux et cultrels, "General Comment 17", *op. cit.*, p. 127, §15.

au droit à la propriété protégé par l'art. 17 DUDH, qui dispose que « Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété ».

Le vocabulaire de la propriété intellectuelle s'est également répandu en droit européen, que ce soit dans la directive 2001/29 sur le droit d'auteur [183] ou dans la directive IPRED (« Intellectual Property Rights Enforcement Directive [184]).

Cette qualification parait très critiquable. Si le droit intellectuel s'assimile à un droit de propriété, ce serait une propriété d'un genre assez particulier. En effet, contrairement à la propriété matérielle, la « propriété intellectuelle » est limitée dans le temps et sa portée est grevée par des exceptions et limitations imposées par le législateur. Ces caractéristiques devraient appeler à un régime adapté, plutôt qu'à une transposition telle quelle.

Par ailleurs, comme nous l'avons évoqué à plusieurs reprises dans la première partie de cette thèse, les justifications en faveur de la propriété intellectuelle paraissent généralement moins assurées que celle en faveur de la propriété matérielle. Cela est notamment dû au fait que, si le contrôle exclusif de certains objets matériels (et donc la garantie d'une certaine propriété personnelle) semble nécessaire à l'autonomie individuelle, entendue comme la possibilité pour les individus de réaliser leurs plans et projets, il n'en va pas de même pour les biens intellectuels (dont la consommation est non rivale) [185].

Mais de toute façon, cette élévation des droits intellectuels en tant que droits de propriété n'a nullement vocation à les transformer en droits absolus. En effet, le droit de propriété est souvent considéré comme un droit de l'homme atypique, parfois même « de second rang » [186],

183. Voyez le considérant 3 de la directive 2001/29 : « L'harmonisation envisagée contribuera à l'application des quatre libertés du marché intérieur et porte sur le respect des principes fondamentaux du droit et notamment de la propriété, dont la propriété intellectuelle, et de la liberté d'expression et de l'intérêt général. ». De même, le considérant 9 de la directive : « La propriété intellectuelle a donc été reconnue comme faisant partie intégrante de la propriété »

184. Cf. le considérant 32 de la directive 2004/48/EC :

> « This Directive respects the fundamental rights and observes the principles recognised in particular by the Charter of Fundamental Rights of the European Union. In particular, this Directive seeks to ensure full respect for intellectual property, in accordance with Article 17(2) of that Charter »

185. Cf. *supra*, partie I, chapitre I, 1.5.2. Nous avons également critiqué les arguments fondés dans la clause lockéenne littérale, visant à dire que la propriété intellectuelle était encore plus aisée à justifiée que la propriété matérielle (cf. *supra*, partie I, chapitre I, 2.2)

186. Cf. A Zollinger, *Droit d'auteur et droits de l'Homme*, Paris : LGDJ, 2008, p. 143

notamment parce que dans les traités qui le reconnaissent, il a toujours été affecté d'importantes limites. Ainsi, l'article 17 de la DUDH est le fruit d'un compromis visant à trouver une formulation acceptable tant par les représentants du bloc capitaliste que du bloc communiste. Par exemple la précision « aussi bien seule qu'en collectivité », vise à admettre tant la propriété privée que la propriété collective. De même, le paragraphe 2 précise que « Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété », ce qui signifie que seules les privations « arbitraires » (c'est à dire non simplement légales, mais « injustes » [187]) sont interdites. On est loin d'une conception absolutiste et illimitée de la propriété [188]

De même, la protection du droit à la propriété par le protocole n°1 de la CSDH présente une double limite : d'une part les possibilités d'expropriation « pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international », et d'autre part « le droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour règlementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes » [189]. Ces exceptions au droit de propriété plus lâches que les possibilités d'exception prévues pour la plupart des autres droits, limitées aux « mesures nécessaires, dans une société démocratique (...) » [190]. L'article 17(1) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit des exceptions similaires.

Dès lors, la protection de la propriété intellectuelle par les cours

187. J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights : Origins, Drafting, and Intent*, University of Pennsylvania Press, 2011, p. 149-150.

188. Comme le rappelle *ibid.*, p. 154-155 :

> « It is clear from these discussions that none of the drafters wanted anyone to think that Article 17 favors the right to unlimited property ownership in either its private or common mode. They only disagreed on where the social utility function was to be placed, in Article 17 or 29. They decided that the limits in Article 29 would suffice. With that in mind it is important to note that when these discussions took place Article 29 (their 27) already included the entire list of "requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society" ».

En outre, si les propositions d'introduire davantage de limites à l'intérieur même de l'article 17 ont été rejetées, c'est essentiellement en raison de la préoccupation d'un certain nombre de délégations d'assurer que le « droit à la propriété » ne soit pas limité de façon arbitraire ou discriminatoire par les États, pas en raison d'une conception absolutiste du droit de propriété. Cf. *ibid.*, p. 153-154.

189. Protocole n°1 à la C.S.D.H.

190. En outre, la CEDH reconnait une marge d'appréciation plus importante aux autorités nationales en cas d'ingérences prévues au droit à la propriété que dans le cas d'ingérences aux autres droits fondamentaux. Cf. J. Griffiths & L. McDonagh, "Constructing European Intellectual Property : Achievements and New Perspectives", in : *Constructing European Intellectual Property : Achievements and New Perspectives*, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 86

européennes au titre de la privée sera nécessairement bornée par la possibilité d'introduire des limites « pour cause d'utilité publique » [191] ou « conformément à l'intérêt général » [192].

Dans un arrêt SABAM c. Scarlet de 2011, la Cour rappelle le caractère limité d'un tel droit de propriété intellectuelle :

> « La protection du droit de propriété intellectuelle est certes consacrée à l'article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (...). Cela étant, il ne ressort nullement de cette disposition, ni de la jurisprudence de la Cour, qu'un tel droit serait intangible et que sa protection devrait donc être assurée de manière absolue » [193]

En outre, comme le montrent Jonathan Griffiths et Luke McDonagh, l'article 17 de la Charte européenne ne s'applique qu'à la protection des possessions existantes, et ne permettra pas de revendiquer un droit de propriété intellectuelle lorsque le droit en vigueur ne reconnait aucune protection [194]. Il ne sera donc pas possible par exemple d'invoquer l'article 17(2) pour revendiquer un droit de propriété intellectuelle sur un parfum ou une recette de cuisine, puisqu'il ne s'agit pas d'objets protégeables par le droit d'auteur.

Dès lors, non seulement la protection des intérêts moraux et patrimoniaux des auteurs (ou des droits de propriété intellectuelle) en tant que droits fondamentaux est toujours conçue de manière limitée, mais en outre, loin d'être considérée comme une fin indépassable, elle reste toujours soumise aux exigences de l'intérêt général. Il est donc clairement excessif d'invoquer ces dispositions en soutien à une conception maximaliste du droit d'auteur inspirée par une approche propriétarienne. Il semble que dans bien des cas, la force rhétorique de la métaphore de la propriété intellectuelle dépasse sa force juridique réelle [195].

On peut en tout cas concevoir un impact substantiel de ce droit de propriété intellectuelle considéré comme un droit fondamental sur un point : comme nous allons le voir, en cas de conflit avec d'autres droits

191. Art. 17 §1, de la Charte européenne des droits fondamentaux ; Art. 1, al. 1 du Protocole n°1 à la C.S.D.H.
192. Art. 17 §1, de la Charte européenne des droits fondamentaux ; Art. 1, al. 2 du Protocole n°1 à la C.S.D.H.
193. C.J.U.E., *Sabam c. Scarlet*, *op. cit.*, §43. La Cour suit ici sa jurisprudence bien établie selon laquelle « les droits fondamentaux et, plus particulièrement, le droit de propriété n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues, mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société » C.J.U.E., *Georg von Deetzen c. Hauptzollamt Oldenburg*, 22 octobre 1991, C44/89, §28
194. J. Griffiths & L. McDonagh, "Constructing European Intellectual Property : Achievements and New Perspectives", *op. cit.*, p. 89
195. *ibid.*, p. 91

fondamentaux, l'articulation faite par les cours européennes passera normalement par une « mise en balance » de ces droits, dans laquelle les autorités nationales se voient reconnaitre une large marge d'appréciation.

3.2 Objections au recours aux droits fondamentaux comme limite externe au droit d'auteur

Une partie de la doctrine, en particulier en France, a longtemps exprimé de fortes réticences face au recours aux droits fondamentaux pour équilibrer le régime du droit d'auteur.

Notons que la possibilité de recourir aux droits fondamentaux comme principe interne d'interprétation du droit d'auteur, notamment pour les exceptions qui y trouvent leur fondement, ne semble pas contestée [196]. Par contre, la possibilité d'invoquer les droits fondamentaux comme limite externe au droit d'auteur, de manière à élargir la portée des exceptions reconnues, voire à en consacrer de nouvelles, s'avère beaucoup plus controversée. En particulier, certains auteurs s'opposent vigoureusement à l'utilisation des droits fondamentaux comme limite externe au droit d'auteur, dénonçant la « brutalité » d'un tel procédé, ainsi que son appartenance à une logique étrangère à celle du droit d'auteur [197], et s'inquiétant de ce que ce recours aux droits fondamentaux ne provoque « un "effacement" brutal du droit d'auteur » [198].

Selon MM. et Mme Lucas et Lucas-Schoelter, la réponse à la question de savoir si le droit d'auteur peut recevoir une limite externe est « certainement positive pour le droit de la concurrence ou le droit de la consommation qui, sans remettre en cause le principe de cette exclusivité, peuvent, dans certaines circonstances, en limiter l'exercice » [199]. Le droit d'auteur, reconnaissent-ils, n'est ni discrétionnaire ni autarcique, et n'est donc pas soustrait à l'application de ces règles. L'argument ne consiste donc pas à dire que le droit d'auteur, en tant que droit subjectif, serait immunisé contre toute limite externe issue d'autres domaines du droit.

196. Ainsi, Lucas et Sirinelli admettent cette possibilité : « Que les exceptions soient interprétées a la lumière des justifications qui les fondent, et donc pour certaines d°entre elles (la citation, la parodie, la revue de presse) de la liberté d'expression et du droit du public à l'information, est parfaitement légitime » A. Lucas & P. Sirinelli, "Droit d'auteur et droits voisins", *Propriétés Intellectuelles* 10 (2004), p. 552.

197. P. Sirinelli, "Exceptions et limites aux droit d'auteur et droits voisins", *op. cit.*, p. 40

198. *ibid.*, p. 39

199. A. Lucas, H.-J. Lucas & A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°350.

Selon ces auteurs, il n'en va toutefois pas de même quand « la règle opposée au droit d'auteur procède de considérations qui ont déjà été prises en compte par le législateur lorsqu'il a établi une liste limitative d'exceptions » [200], notamment la liberté d'expression, dans son volet actif ou passif.

Le principal argument invoqué pour contester l'existence d'un conflit est donc que le législateur a déjà concilié le droit d'auteur et la liberté d'expression [201], et que ce fait suffit à conclure que le droit d'auteur et la liberté d'expression coexistent harmonieusement.

Premièrement, selon ces auteurs, cette coexistence harmonieuse est réalisée par les grands principes du droit d'auteur, et en particulier la distinction entre idée et expression.

Ainsi, la distinction entre idée et expression permettrait de contester les risques de conflit entre le droit d'auteur et la liberté de création découlant de la liberté de communiquer des informations et idées [202]. En effet, il est rappelé que le droit d'auteur ne porte que sur la forme de l'œuvre, l'expression particulière, et non sur les idées sous-jacentes. Dès lors, remarque Lucas, la liberté d'expression « trouve généralement à s'exercer sans emprunt à des œuvres antérieures (...) Chacun peut donc faire son miel des informations contenues dans une œuvre s'il fait l'effort de les incarner dans une forme différente » [203]. Dans le même sens, il n'y aurait pas non plus de conflit entre droit d'auteur et « droit du public à l'information », étant donné que le droit d'auteur ne protège ni les idées, ni les faits bruts, ni « l'information » : « si l'information se trouve dans des œuvres, elle est traditionnellement considérée comme étant de libre parcours » [204].

200. *ibid.*, n°350.

201. A. Lucas, "Droit d'auteur et liberté d'expression dans la société de l'information", in : *Conférence de la présidence grecque de l'Union européenne sur le thème de la "Culture, propriété intellectuelle et société de l'information"*, 2003

202. Notamment reconnue par la C.E.D.H dans un arrêt *Müller et a. c. Suisse*, 24 mai 1988, n°10737/84. Cf. à propos de cet arrêt A. Latil, "Création et droits fondamentaux", thèse de doct., Université Jean Moulain-Lyon 3, 2011, n°62 et suiv.

203. A. Lucas, "Droit d'auteur, liberté d'expression et "droit du public à l'information"", *op. cit.*, p. 19. Remarquons que dans ce passage, Lucas semble tenir la notion de « droit à l'information » pour synonyme des deux dimensions de l'article 10 de la C.S.D.H. (d'une part la liberté de recevoir des informations ou des idées, et d'autre part la liberté d'en communiquer), ce qui crée une certaine confusion avec la définition du « droit du public à l'information » par Christophe Geiger (visé par l'article de Lucas), qui se cantonne à la première de ces deux dimensions (C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information : approche de droit comparé*, *op. cit.*, p. 136)

204. A. Lucas & P. Sirinelli, "Droit d'auteur et droits voisins", *op. cit.*, n°41 ; dans le même sens, voyez P. Sirinelli, "Exceptions et limites aux droit d'auteur et droits voisins", *op. cit.*, p. 27 et p. 40

L'argument ne parait pas recevable. En effet, pour conclure à l'absence de conflit, l'argument se base sur une interprétation réductrice des prétentions issues de la liberté d'expression, en les confinant à des éléments non protégés par le droit d'auteur : d'un côté le droit de communiquer des informations et des idées est limité au droit de communiquer un message, et de l'autre le droit de recevoir des informations ou des idées est restreint par une définition étroite de la notion d'information.

Or, la portée des deux dimensions de la liberté d'expression est plus large que ce que ces auteurs ne semblent supposer. Ainsi, la dimension active de la liberté d'expression ne se réduit pas à la liberté de communiquer un message, ou une idée : elle s'étend également au moyen utilisé [205]. De même, la dimension passive de la liberté d'expression ne se circonscrit pas à l'information définie comme les « faits bruts » ou les « évènements d'actualité », mais s'étend à l'information au sens large, englobant tous types d'éléments de connaissance [206], parmi lesquels on peut ranger l'expression particulière des œuvres intellectuelles. Dès lors, on pourrait dire que le public serait privé d'un élément de connaissance si un journaliste ou un critique d'art n'accompagne pas son commentaire d'une reproduction de l'œuvre, mais se contente de livrer sa propre description des caractéristiques formelles en disant par exemple « qu'il s'agit d'une peinture aux couleurs magnifiques, avec une perspective parfaite et une profondeur sans pareille » [207].

205. En effet, dans un arrêt Autronic, la CEDH a précisé que la liberté d'expression protégeait « non seulement le contenu des informations mais aussi les moyens de transmission ou de captage, car toute restriction apportée à ceux-ci touche le droit de recevoir et communiquer des informations »C.E.D.H., *Autronic c. Suisse*, 22 mai 1990, n°12726/87, §47. Voyez aussi C.E.D.H., *Yildirim c. Turquie*, 18 décembre 2012, n°3111/10, §54, dans laquelle la Cour a considéré qu'un blocage de site web constituait une restriction importante à la liberté d'expression (cf. *infra*). Si la Cour s'est principalement focalisée sur les moyens techniques, rien n'exclut en principe de considérer la reprise d'éléments protégés par le droit d'auteur comme un médium de communication, qui serait à ce titre protégé par la liberté d'expression. En effet, exiger à un locuteur de reformuler un message de manière à ne pas utiliser une expression protégée peut s'avérer aussi attentatoire à la liberté d'expression que de l'obliger d'adopter un autre moyen technique de communication. Cf. également C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information : approche de droit comparé*, *op. cit.*, p. 131.

206. Cf. A Zollinger, *Droit d'auteur et droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 341, citant F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7e éd., Paris : P.U.F., 2005 :

> « La notion d'information est entendue largement par les organes de la CEDH. L'« information » vise non seulement les faits et les nouvelles brutes ou les questions d'intérêt général donnant lieu à un débat public par le moyen de la presse mais aussi les informations "produites" délibérément, ainsi que le "discours commercial" destiné à promouvoir un produit ou un service ou encore l'œuvre d'art »

207. C. Geiger, "Liberté de l'image et droit d'auteur", *Légicom* 2.34 (2005), p.

Il est donc trompeur de confiner les prétentions issues de la liberté d'expression de telle manière à ce qu'elles ne semblent pas entrer en conflit avec celles issues du droit d'auteur.

Deuxièmement, la thèse de la coexistence harmonieuse entre droit d'auteur et liberté d'expression se fonde également sur l'argument selon lequel le législateur aurait déjà réalisé un arbitrage entre ces deux régimes en reconnaissant une série d'exceptions au droit d'auteur :

> « il faut bien constater que les solutions de droit d'auteur et de droits voisins prennent déjà en considération, sous des formes différentes, ces aspirations et le souci de la diffusion du savoir. C'est le cas de l'exception de citation admise partout. C'est également le cas dans les systèmes qui admettent des exceptions à des fins d'éducation ou d'archivage. » [208]

Certes, les exceptions au droit d'auteur découlent souvent de la préoccupation de protéger les droits fondamentaux, notamment la liberté d'expression, à l'intérieur du régime de droit d'auteur. Toutefois, ce n'est pas parce que le législateur a tenté de réaliser un équilibre entre droit d'auteur et droits fondamentaux que celui-ci est forcément adéquat.

Prétendre le contraire, et soutenir que les cours européennes doivent forcément s'incliner devant l'arbitrage réalisé par le législateur, reviendrait à dire que la CEDH ne pourrait censurer un élément du système judiciaire d'un État membre pour violation de l'article 6 de la C.S.D.H., au motif que le législateur a déjà réalisé l'arbitrage entre la nécessité d'un justice efficace et la protection du droit à un procès équitable. Un tel raisonnement est évidemment largement démenti par l'ensemble de la jurisprudence la Cour.

Comme le résume la CEDH dans l'arrêt Sunday Times, la Cour n'a certes « pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes », mais seulement de contrôler « sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation ». Toutefois,

> « Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'État défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable. Même un État contractant qui agit de la sorte reste soumis au contrôle de la Cour quant à la compatibilité de son comportement avec les engagements résultant pour lui de la Convention » [209]

73.

208. P. Sirinelli, "Exceptions et limites aux droit d'auteur et droits voisins", *op. cit.*, p. 40

209. C.E.D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, n°6538/74, §59 (citant l'arrêt Handyside).

Dès lors, même lorsque l'équilibre a soi-disant déjà été réalisé par le législateur, il n'est pas impossible que les cours et tribunaux, et en particulier les deux cours européennes, décident que la tentative d'arbitrage par le législateur est insuffisante au regard de l'impératif de protection des droits fondamentaux, et qu'il y a lieu d'élargir les exceptions au droit d'auteur pour reconnaitre l'admissibilité de certaines utilisations.

Comme nous allons le voir, la jurisprudence des cours européennes atteste que la possibilité d'invoquer la liberté d'expression (ainsi que d'autres droits fondamentaux) comme limite externe au droit d'auteur est bien réelle (cf. *infra*, 3.3). Dès lors, les limites apportées au droit d'auteur ne se cantonnent pas aux mécanismes internes au droit civil, tels que la théorie de l'abus de droit [210], et l'exercice du droit exclusif peut être évalué *in concreto* au regard du test de proportionnalité des ingérences aux libertés fondamentales [211].

Selon Lucas, Lucas, et Lucas-Schoelter, le risque serait que jeter le droit d'auteur « sur le fléau de la "balance des intérêts" des règles externes édictées à des fins beaucoup plus générales » ne nuise à la « cohérence du système [212] ». Si nous reconnaissons volontiers que le recours aux droits droits fondamentaux comme limite externe au droit d'auteur ne constitue qu'un pis-aller, et que la situation préférable reste en principe la prise en compte adéquate par le législateur des différents droits et intérêts en présence, la préoccupation de préserver la « cohérence du système » ne saurait suffire à s'opposer à un tel correctif externe au cas où le législateur n'aurait pas ou pas correctement réalisé l'équilibre entre droit d'auteur et droits fondamentaux.

3.3 Une tendance émergente à la prise en compte des droits fondamentaux dans la jurisprudence européenne

Si la jurisprudence nationale sur le rapport entre droit d'auteur et liberté d'expression est encore loin d'être unanime [213], il semble qu'on

210. A. et H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter reconnaissent seulement une possibilité que le droit d'auteur « puisse être paralysé dans certaines circonstances, au nom de la liberté d'expression, en dehors des exceptions légales » sur base de correctifs de droit civil tels que la théorie de l'abus de droits, qui sont « cantonnés à des hypothèses exceptionnelles ». A. Lucas, H.-J. Lucas & A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 333, n°351.

211. *Contra ibid.*, p. 333, n°351 : « Subordonner au cas par cas l'exercice du droit exclusif au "test de légitimité et de proportionnalié" de l'article 10 n'est pas admissible ».

212. *ibid.*, p. 333, n°351.

213. Sans prétendre réaliser une revue complète de la jurisprudence (pour cela, voyez C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information : approche de droit comparé*, *op. cit.*, p. 391-410), on peut citer quelques décisions notables de

assiste à l'émergence d'une jurisprudence européenne assez cohérente sur l'articulation du droit d'auteur et des droits fondamentaux.

Ces dernières années, on constate l'émergence d'une jurisprudence de plus en plus consistante des deux cours européennes sur les droits fondamentaux dans l'environnement numérique. En ce qui concerne la CEDH, cette jurisprudence implique la plupart du temps la liberté d'expression [214], avec notamment les arrêts Times Newspapers Ltd. c. Royaume-Uni [215], Comité de rédaction de Pravoye Delo and Shtekel c. Ukraine [216], Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse [217], Szima c. Hongrie [218], Peta Deutschland c. Allemagne [219], Ahmet Yildirim c. Turquie [220]. Les arrêts de la CJUE sur le droit de l'Internet portent davantage sur la protection des données personnelles, avec les arrêts Lindqvist [221], Bonnier [222], ou LSG c. Tele2 [223].

Comme nous allons le voir, cette tendance à la prise en compte des droits fondamentaux se manifeste également dans un nombre grandissant d'affaires impliquant le droit d'auteur, tant dans la jurisprudence de la CJUE que de la CEDH.

---

la part des juridictions nationales. En Belgique, voyez : Cass., *Biblo c. Index*, 25 septembre 2003, Pas., I, 2003, p. 1471 (décision ambivalente qui semble admettre la possibilité d'un conflit entre droit d'auteur et liberté d'expression, mais pas dans le cas d'espèce ; cf. A. Strowel & B. Vanbrabant, "Belgium", in : *Balancing Copyright - A Survey of National Approaches : A Survey of National Approaches*, sous la dir. de R. Hilty & S. Nérisson, Springer Science & Business Media, 2012, p. 150-151) ; Cour d'appel de Bruxelles, *Google c. Copiepresse*, *op. cit.*, §58 (envisageant le droit à la propriété intellectuelle en tant que restriction à la liberté d'expression en vue de protéger les droits d'autrui). En France, voyez notamment TGI Toulouse, 3e ch., 26 sept. 2001 : Propriétés intellectuelles 2002, n.3, p.58, 1re esp., obs. A. Lucas (soutenant que l'article 10 de la CSDH constitue une exception au droit d'auteur à part entière) ; Cour de cassation de France, *Utrillo*, 13 novembre 2003 (soutenant la thèse de la coexistence harmonieuse) ; Cour Suprême, *Harper & Row*, (thèse de la coexistence harmonieuse). En droit allemand, voyez par exemple l'arrêt de Cour Suprême allemande, *Germania 3*, 29 juin 2000 (élargit la portée de l'exception de citation, sur base de la liberté de création artistique protégée par la Loi fondamentale allemande).

214. Cf. D. Voorhoof & I. Hoedt-Rasmussen, "Copyright vs. freedom of expression ECtHR (5th section), 10 January 2013, case of Ashby Donald and others v. France, Appl. No. 36769/08", *Auteurs & Media* 2 (2013), p. 55.

215. C.E.D.H., *Times Newspapers Ltd. c. Royaume-Uni*, 10 mars 2009.

216. C.E.D.H., *Comité de rédaction de Pravoye Delo and Shtekel c. Ukraine*, 5 mai 2011

217. C.E.D.H., *Mouvement Raëlien c. Suisse*, 13 juillet 2012

218. C.E.D.H., *Szima c. Hongrie*, 9 octobre 2012

219. C.E.D.H., *Peta Deutschland c. Allemagne*, 8 novembre 2012

220. C.E.D.H., *Yildirim c. Turquie*, *op. cit.*

221. C.J.U.E., *Linqvist*, 6 novembre 2003, C-101/01

222. C.J.U.E., *Bonnier*, 19 avril 2012, C-461/10

223. C.J.U.E., *LSG c. Tele2*, 19 février 2009, C-557/07

3.3.1 Cour de justice de l'Union européenne

Ces dernières années, la Cour de Justice de l'Union européenne a clairement précisé que la protection du droit à la propriété intellectuelle devait être mise en balance avec les autres droits et libertés garanties par la Charte européenne des droits fondamentaux, notamment le droit au respect de la vie privée (Promusicae [224]), la liberté d'entreprise, ou la liberté d'expression (Scarlet, Netlog, Painer et Deckmyn [225]).

Dans les deux affaires SABAM c. Scarlet et SABAM c. Netlog, la société de gestion collective belge était parvenue à convaincre le juge national que l'action en cessation pour atteinte au droit d'auteur [226] pouvait servir à « ordonner à un [Fournisseur d'Accès à Internet ou FAI] de mettre en place, à l'égard de toute sa clientèle, *in abstracto* et à titre préventif, aux frais exclusifs de ce FAI et sans limitation dans le temps, un système de filtrage de toutes les communications électroniques, tant entrantes que sortantes, transitant par ses services, notamment par l'emploi de logiciels 'peer-to-peer', en vue d'identifier sur son réseau la circulation de fichiers électroniques contenant une œuvre musicale, cinématographique ou audiovisuelle sur laquelle le demandeur prétend détenir des droits et ensuite de bloquer le transfert de ceux-ci, soit au niveau de la requête soit à l'occasion de l'envoi » [227]

Dans son arrêt, la Cour commence par noter que le dispositif envisagé correspondait en tout point à une « obligation générale de surveillance » explicitement exclue par l'article 15 §1 de la directive 2000/31.

S'intéressant ensuite à la question de la proportionnalité, la Cour ajoute qu'une telle mesure ne respecterait pas « l'exigence que soit assuré un juste équilibre entre, d'une part, la protection du droit de propriété intellectuelle, dont jouissent les titulaires de droits d'auteur, et, d'autre part, celle de la liberté d'entreprise dont bénéficient les opérateurs tels que les FAI » ainsi que le droit des utilisateurs « à la protection des données à caractère personnel ainsi qu'à leur liberté de recevoir ou de communiquer des informations » [228]. L'arrêt Netlog transpose le même raisonnement à une affaire parallèle impliquant la SABAM à un prestataire d'hébergement.

224. C.J.U.E., *Promusicae c. Telefónica de España*, C-275/06, 29 janvier 2008
225. *idem*, *Sabam c. Scarlet*, *op. cit.* ; *idem*, *Sabam c. Netlog*, *op. cit.* ; *idem*, *Eva-Maria Painer v Standard VerlagsGmbH*, *op. cit.* ; P. Cruz Villalon, *Affaire Deckmyn, Conclusions de l'avocat général*, C-201/13, 22 mai 2014
226. L'action en cessation pour atteinte au droit d'auteur ou aux droits voisins est prévue par la directive 2004/48, art. 9, et prévue en droit belge aux articles art. XI.334 et XI.336 du code belge de droit économique (anciennement art. 86ter et 87. de la loi belge sur le droit d'auteur)
227. C.J.U.E., *Sabam c. Scarlet*, *op. cit.*, §28
228. *ibid.*, §48-50, réitéré dans *idem*, *UPC Telekabel*, *op. cit.*, §61

Parmi les traits saillants de l'arrêt Scarlet, nous avons déjà noté l'affirmation par la Cour que bien que « La protection du droit de propriété intellectuelle est certes consacrée à l'article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », « il ne ressort nullement de cette disposition, ni de la jurisprudence de la Cour, qu'un tel droit serait intangible et que sa protection devrait donc être assurée de manière absolue » [229].

Se fondant sur les conclusions de l'arrêt Promusicae, la Cour rappelle qu'« il incombe aux autorités et aux juridictions nationales, dans le cadre des mesures adoptées pour protéger les titulaires de droits d'auteur, d'assurer un juste équilibre entre la protection de ce droit et celle des droits fondamentaux de personnes qui sont affectées par de telles mesures » [230]. Cette exigence porte non seulement sur la transposition des directives, mais également sur « la mise en œuvre des mesures de transposition de ces directives », durant laquelle les autorités et juridictions nationales doivent « veiller à ne pas se fonder sur une interprétation [des directives] qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité » [231].

L'arrêt Promusicae permettait déjà de contester l'argument selon lequel le droit d'auteur ne pouvait se voir imposer d'arbitrage externe que dans les domaines où celui-ci n'a pas déjà été réalisé par le législateur [232], dans la mesure où la Cour considère que l'équilibre réalisé par les législateurs européens et communautaires [233] n'exonère pas les autorités nationales de leur obligation de ne pas se fonder sur une interprétation du droit d'auteur qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux, et en particulier le droit à la protection des données personnelles. Les arrêts Scarlet et Netlog confirment, s'il était besoin, que cette solution vaut également pour la liberté d'expression et la liberté d'entreprise.

229. *idem*, *Sabam c. Scarlet*, *op. cit.*, §43 ;
230. *ibid.*, §44-45.
231. *idem*, *Promusicae c. Telefónica de España*, *op. cit.*, §68
232. Cf. l'argument de A. Lucas, H.-J. Lucas & A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 331-332, n°350, discuté *supra* 1.2.2. 1).
233. « Les mécanismes permettant de trouver un juste équilibre entre ces différents droits et intérêts sont inscrits, d'une part, dans la directive 2002/58 elle-même, en ce qu'elle prévoit des règles qui déterminent dans quelles situations et dans quelle mesure le traitement des données à caractère personnel est licite et quelles sauvegardes doivent être prévues, ainsi que dans les trois directives mentionnées par la juridiction de renvoi [2000/31, 2001/29 et 2004/48], qui réservent le cas où les mesures adoptées pour protéger les droits qu'elles régissent affecteraient la protection des données à caractère personnel », C.J.U.E., *Promusicae c. Telefónica de España*, *op. cit.*, §66

Certains dans la doctrine française, s'attardant assez peu sur les conséquences de cet arrêt du point de vue de l'arbitrage entre droit d'auteur et droits fondamentaux, se sont efforcés de montrer que le raisonnement de la Cour dans les arrêts Scarlet et Netlog pouvait paradoxalement servir de base à la légalité de mesures de filtrage. Il a même été reproché à une autre partie de la doctrine de « passer sous silence » une autre conclusion de l'arrêt, en raison de « l'idée qu'ils se font de la liberté de l'internet, qu'ils voudraient bien dangereusement sans règles ni contrôles ». Il s'agit du fait que, en jugeant que des mesures de filtrages généralisées seraient inadmissibles, « la CJUE envisage cependant, en sens contraire, la possibilité d'obligations particulières de surveillance et de filtrage, de certains utilisateurs et contenus déterminés, pendant un temps limité » [234]. Outre qu'il est étonnant de reprocher à d'autres de « passer sous silence » une interprétation a contrario déduite du raisonnement de la Cour, cette interprétation a de quoi laisser perplexe. En effet, il n'est pas possible, sans commettre de raisonnement fallacieux, de conclure que des mesures particulières de filtrages ne possédant pas les caractéristiques condamnées par la Cour seraient *certainement* légales [235]. Et la conclusion selon laquelle de telles mesures particulières seraient *peut-être* légales est parfaitement triviale. Parmi tous les sujets sur lesquels la CJUE ne s'est pas prononcée, on compte beaucoup de mesures qui seraient peut-être légales.

Enfin, comme nous l'avons évoqué (*supra* 2.2.4), la liberté d'expression a également été invoquée dans deux arrêts de la CJUE pour modérer la doctrine de l'interprétation stricte des exceptions. Le premier arrêt, dans une affaire Painer, portait sur un cas d'utilisation par différents médias de photographies d'une personne disparue, sans l'autorisation de la photographe. Interrogée sur l'application de l'exception de citation lorsque la citation a lieu dans un article de presse qui n'est pas lui-même considéré comme une œuvre protégée, la Cour conteste la pertinence d'une telle distinction. En effet, la Cour rappelle que l'objectif de l'exception de citation a pour but de réaliser un juste équilibre entre le droit à la liberté d'expression des utilisateurs d'une œuvre et le droit de reproduction conféré aux auteurs. En l'occurrence, ajoute la Cour, « [c]e juste équilibre est assuré (...) en privilégiant l'exercice du droit à la liberté d'expression des utilisateurs » [236]. Le deuxième arrêt,

234. E. Derieux, "Neutralité de l'internet : Fournisseurs d'hébergement. Impossible obligation générale mais possibles obligations particulières de surveillance et de filtrage", *RLDI* 81 (2012).

235. En effet, à partir de la proposition que des mesures générales de surveillance sont incompatibles avec le droit européen (p→q), il n'est pas possible de déduire que des mesures de surveillance qui ne sont pas générales ne sont pas incompatibles avec le droit européen ; il s'agirait d'une mauvaise contraposition (non-q→non-p).

236. C.J.U.E., *Eva-Maria Painer v Standard VerlagsGmbH*, *op. cit.*, §133-136.

dans l'affaire Deckmyn, portait sur l'applicabilité de l'exception de parodie à la reprise d'une couverture de la bande dessinée Bob et Bobette par un militant du Vlaams Belang pour critiquer une prétendue complaisance du bourgmestre de Gand vis-à-vis de la population issue de l'immigration. Dans son arrêt, la Cour s'appuie sur le sens du terme « parodie » dans le langage courant pour rejeter la thèse selon laquelle l'exception de parodie est soumise à des conditions telles que présenter un caractère original propre, pouvoir raisonnablement être attribuée à une personne autre que l'auteur de l'œuvre originale, porter sur l'œuvre originale elle-même ou encore mentionner la source de l'œuvre parodiée. La Cour ajoute que cette interprétation « n'est pas remise en cause » par l'interprétation stricte de l'exception de parodie, car l'application de l'exception de parodie doit respecter un « juste équilibre » entre les droits et intérêts des auteurs et la liberté d'expression des utilisateurs d'objets protégés [237]. Après une brève mention de l'importance du principe de non-discrimination en référence aux circonstances de l'espèce, la Cour s'en remet à la juridiction nationale pour réaliser cette appréciation d'un juste équilibre entre droit d'auteur et liberté d'expression de l'utilisateur se prévalant de l'exception de parodie [238].

3.3.2 Cour européenne des droits de l'homme

Dans deux arrêts récents, la Cour européenne des droits de l'homme a également admis la possibilité que le droit d'auteur fasse l'objet d'un arbitrage externe avec la liberté d'expression.

Dans un arrêt Ashby Donald c. France [239], portant sur la publication non autorisée de photographies d'un défilé de mode, la Cour a admis la possibilité que la liberté d'expression puisse faire office de limite externe au droit d'auteur. Le raisonnement de la Cour est intéressant puisqu'elle considère que l'application du droit d'auteur équivaut à une ingérence dans la liberté d'expression, et l'analyse dès lors dans le cadre des exceptions prévues à l'article 10.2 de la C.S.D.H. :

> « (...) [La Cour] en déduit que la publication des photographies litigieuses sur un site Internet dédié à la mode et proposant au public des images de défilés à la consultation libre ou payante et à la vente relève de l'exercice du droit à la liberté d'expression, et que la condamnation des requérants pour ces faits s'analyse en une ingérence dans celui-ci.

237. *idem*, *Deckmyn*, *op. cit.*, §21-27.
238. *ibid.*, §28-35.
239. C.E.D.H., *Ashby Donald c. France*, 10 janvier 2013, n°36769/08

> « 35. Pareille ingérence enfreint l'article 10, sauf si, "prévue par la loi", elle poursuivait un ou plusieurs buts légitimes au regard du paragraphe 2 et était "nécessaire, dans une société démocratique", pour le ou les atteindre [240] ».

La Cour rappelle en outre que « [t]elle que la consacre l'article 10, [la liberté d'expression] est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante » [241]. L'application du droit d'auteur, en tant qu'elle s'analyse comme une exception à un principe plus général qu'est la liberté d'expression, devrait recevoir une interprétation étroite. Ce rappel fait par la Cour ouvre des perspectives inattendues en droit d'auteur. On pourrait ainsi se demander quelle est l'interface de cette interprétation étroite avec l'interprétation restrictive des exceptions au droit d'auteur. Faudrait-il considérer que, au moins lorsque lorsqu'un droit fondamental est en jeu, et singulièrement la liberté d'expression, la doctrine de l'interprétation stricte des exceptions est renversée en faveur d'une interprétation étroite du droit d'auteur ?

En outre, si la liberté d'expression ne peut être limitée que dans le cadre d'exceptions limitativement énumérées et qui sont « nécessaires dans une société démocratique », le droit d'auteur, dans la mesure où il est protégé par le droit au respect de ses biens visé l'article 1 du protocole n°1 (comme le soutient la Cour [242]) est assorti d'exceptions beaucoup plus larges (notamment « pour cause d'intérêt public » et « conformément à l'intérêt général ») que les autres droits fondamentaux [243].

De plus, contrairement à la CJUE, la CEDH ne semble pas réaliser une simple balance entre droits fondamentaux équivalents [244]. En analysant l'application du droit d'auteur comme ingérence à la liberté d'expression, plutôt que d'étudier les deux droits sur un strict pied d'égalité, la Cour semble entériner une certaine hiérarchie des droits fondamentaux [245]. Une telle position parait cohérente avec le statut prépondérant de la liberté d'expression (du moins dans sa dimension

240. *ibid.*, §34-35
241. C.E.D.H., *Hertel C. Suisse*, 25 août 1998, n°53440/99.
242. Cf. C.E.D.H., *Anheuser-Busch c. Portugal*, *op. cit.*
243. Art. 1 du Protocole n°1 à la C.S.D.H..
244. Pour une critique de la méthode de « balance des intérêts » employée par les cours supérieures, voyez A. Peukert, "The Fundamental Right to (Intellectual) Property and the Discretion of the Legislature", 2013, url : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2324132
245. Geiger soutient explicitement une telle hiérarchie C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information : approche de droit comparé*, *op. cit.*, p. 189, note 4. Pour une thèse récente à ce sujet, voyez M. Afroukh, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne : des droits de l'hom*, Emile Bruylant, 2011.

politique) dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, qui constitue « un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun » [246].

Cela ne signifie toutefois pas qu'en cas de conflit entre le droit d'auteur et la liberté d'expression, cette dernière soit vouée à l'emporter à tous les coups, ni que la Cour ne donne aucun poids à la protection du droit d'auteur par l'article 1er du protocole n°1 à la Convention.

Au contraire, l'existence d'un conflit entre droits protégés par la Convention n'est pas sans conséquence : « lorsque le but poursuivi est celui de la « protection des droits et libertés d'autrui » et que ces « droits et libertés » figurent eux-mêmes parmi ceux garantis par la Convention ou ses Protocoles, il faut admettre que la nécessité de les protéger puisse conduire les Etats à restreindre d'autres droits ou libertés également consacrés par la Convention. La mise en balance des intérêts éventuellement contradictoires des uns et des autres est alors difficile à faire, et les Etats contractants doivent disposer à cet égard d'une marge d'appréciation importante » [247].

En l'espèce, une autre circonstance qui conduit la Cour à conclure à l'existence d'une importante marge d'appréciation est le caractère commercial de l'expression en cause. Si la nature commerciale des activités ne prive pas un requérant du bénéfice de la liberté d'expression [248], la protection qui est accordée à des expressions commerciales n'a pas la même force que dans le cas d'expressions politiques. Dans les cas d'expressions commerciales, la Cour reconnait aux états une large marge d'appréciation.

Néanmoins, malgré cette importante marge d'appréciation, il n'est pas exclu que, dans un cas d'espèce s'y prêtant davantage, la Cour sanctionne une application du droit d'auteur pour ingérence disproportionnée dans la liberté d'expression. Toutefois, on sait que le concept de marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence des cours européennes dépend d'une construction logique complexe qui présente une certaine instabilité [249]. De plus, dans plusieurs arrêts, l'existence d'un conflit de droits n'a pas empêché la Cour de réaliser un examen approfondi du raisonnement des juridictions nationales [250]

246. C.E.D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §49.
247. C.E.D.H., *Ashby Donald c. France*, *op. cit.* ; C.E.D.H., *Chassagnou et autres c. France*, 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 113.
248. Il en va de même pour la nature de société anonyme, cf. C.E.D.H., *Sunday Times*, *op. cit.* ; C.E.D.H., *Markt Intern Verlag GmbH, op. cit.* ; et C.E.D.H., *arrêt Groppera Radio AG* et al., 28 mars 1990, 10890/84.
249. M. Delmas-Marty & M.-L. Izorche, "Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit", *Revue internationale de droit comparé* 52.4 (2000), p. 779.
250. C.E.D.H., *Axel Springer Verlag AG c. Allemagne*, 7 février 2012, 39954/08

Peu de temps après l'arrêt Ashby, la Cour a de nouveau eu à considérer la proportionnalité d'une ingérence à la liberté d'expression résultant de la protection du droit d'auteur dans un arrêt d'irrecevabilité dans l'affaire Neij et Sunde c. Suède [251], portant sur la condamnation par la justice suédoise des gestionnaires du site « The Pirate Bay » répertoriant de nombreux fichiers protégés mis à disposition de manière non autorisée sur les réseaux de peer-to-peer.

En l'espèce, la Cour juge de manière assez classique qu'étant donné le type d'information en cause (« music, films and computer games »), les requérants ne peuvent jouir du même degré de protection que dans le cadre de l'expression et du débat politique, et que les autorités suédoises avaient des raisons de considérer que l'exploitation commerciale du site The Pirate Bay s'apparentait à un comportement criminel méritant condamnation.

Elle rappelle néanmoins une série de principes intéressants. Elle note ainsi que la liberté d'expression garantie par l'article 10 protège également la mise à disposition par les requérants de moyens permettant à autrui de recevoir et de communiquer des informations. Les gestionnaires d'un annuaire de fichiers BitTorrent jouissent donc de la même protection que d'autres intermédiaires techniques participant à l'exercice de la liberté d'expression par autrui (cf. arrêt Autronic [252]).

Elle rappelle le rôle important d'Internet pour la liberté d'expression : « In the light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the Internet plays an important role in enhancing the public's access to news and facilitating the sharing and dissemination of information generally » [253]. De même, dans l'arrêt Yıldırım c. Turquie, la Cour remarque le caractère significatif d'une restriction d'accès à l'information sur Internet, étant donné que celui-ci est devenu le principal moyen d'exercice de la liberté d'expression [254].

---

et C.E.D.H. *Von Hannover c. Allemagne (N°2)*, 7 février 2012, 40660/08 et 60641/08. Cf. à ce sujet D. Voorhoof & I. Hoedt-Rasmussen, "Copyright vs. freedom of expression ECtHR (5th section), 10 January 2013, case of Ashby Donald and others v. France, Appl. No. 36769/08", *op. cit.*, p. 56.

251. C.E.D.H., *Neij et Sunde c. Suède*, 19 février 2013, n°40397/12

252. *idem*, *Autronic c. Suisse*, *op. cit.*, §45.

253. *idem*, *Neij et Sunde c. Suède*, *op. cit.*

254. *idem*, *Yildirim c. Turquie*, *op. cit.*, §54, à propos d'une mesure de blocage d'un site Internet appartenant à un tiers :

> « Certes, il ne s'agit pas à proprement parler d'une interdiction totale mais d'une restriction de l'accès à Internet, restriction qui a eu pour effet de bloquer également l'accès au site web du requérant. Toutefois, l'effet limité de la restriction litigieuse n'amoindrit pas son importance, d'autant que l'Internet est aujourd'hui devenu l'un des principaux moyens d'exercice par les individus de leur droit à la liberté d'expression et d'information : on y trouve des outils essentiels

Concernant l'ingérence dans la liberté d'expression constituée par la mesure de protection du droit d'auteur, la cour considère que les autorités nationales jouissent d'une importante marge d'appréciation, en raison de circonstances identiques à l'arrêt Ashby Donald (conflits de droits et nature de l'information en cause).

Ensuite, la cour remarque que le test de la « nécessité dans une société démocratique » ne peut pas être appliqué de manière absolue, et doit au contraire prendre en compte divers facteurs tels que la nature des intérêts en présence, et le degré de protection requis par ces intérêts [255]. En cas de conflit entre droit d'auteur et droit fondamentaux, il ne s'agit donc pas de décider *in abstracto* si le législateur a réalisé un équilibre adéquat, mais de vérifier dans chaque cas d'espèce si la protection du droit d'auteur ne constitue une ingérence disproportionnée dans un droit protégé par la Convention.

Il est encore trop tôt pour déterminer les conséquences de cette tendance jurisprudentielle au recours aux droits fondamentaux pour équilibrer le droit d'auteur. Toutefois, si celle-ci se confirme, les droits fondamentaux pourraient être appelés à jouer un rôle croissant dans l'appréciation des limites du droit d'auteur. Si, comme dans les autres branches du droit, les droits fondamentaux jouent progressivement un rôle de limite externe au droit d'auteur, il se pourrait même que la jurisprudence adopte progressivement une approche plus favorable aux exceptions au droit d'auteur. La doctrine de l'interprétation stricte des exceptions ne résisterait probablement pas longtemps à un tel examen contraint par le respect des droits fondamentaux [256] : en effet, comme dans l'arrêt Ashby, il faudrait plutôt considérer que ce sont les exceptions à la liberté d'expression qui doivent être interprétées d'une manière restrictive. Un tel renversement pourrait se justifier, étant donné le caractère fondamental de la liberté d'expression dans une société démocratique [257].

Conclusion du chapitre I

Il est difficile de nier que le régime actuel du droit d'auteur présente de nombreuses rigidités. En effet, le droit d'auteur est aujourd'hui en grande partie cadenassé par des normes internationales comme le test

de participation aux activités et débats relatifs à des questions politiques ou d'intérêt public »

255. *idem*, *Neij et Sunde c. Suède*, *op. cit.*, point D.
256. C. Geiger, "The Constitutional dimension of Intellectual Property", *op. cit.*
257. En ce sens, cf. D. Voorhoof, "La liberté d'expression est-elle un argument légitime en faveur du non-respect du droit d'auteur ?", *op. cit.*

en trois étapes, et un cadre européen marqué par l'objectif d'assurer un « niveau élevé de protection », limitant les exceptions et limitations admissibles par la liste fermée prévue par la directive, ainsi que la doctrine de l'interprétation stricte des exceptions défendue par la CJUE. Ces rigidités ont un impact négatif sur la marge de manœuvre des juges et du législateur national pour adapter le droit d'auteur aux nouveaux défis de l'environnement numérique, et constituent autant de difficultés pour la voie cherchant à promouvoir l'ouverture par la régulation publique.

Toutefois, nous avons vu que certains des plus importants verrous qui affectent le régime du droit d'auteur sont faits d'un matériau particulièrement fragile.

Ainsi, l'interprétation restrictive soutenue par le panel de l'OMC ne constitue pas le dernier mot quant à l'application du test en trois étapes. Non seulement son influence dans la doctrine est assez démesurée par rapport à sa force juridique réelle, mais en plus elle s'avère partiale, redondante et peu rigoureuse. En évitant systématiquement d'évaluer les arguments normatifs avancés par le législateur, les experts du panel avancent en sous-main une vision maximaliste du droit d'auteur. Leur vision est tellement marquée par la prédominance des intérêts économiques de l'auteur sur tout autre type de considération, que les deux dernières étapes se répètent en un même examen de nature économique. Enfin, le panel ne justifie pas pourquoi il opte systématiquement pour l'interprétation des termes du test en trois étapes qui se révèle la plus restrictive pour l'admissibilité des exceptions, même quand cette interprétation est contredite par des éléments textuels clairs, confirmés par la version linguistique faisant autorité.

À la suite d'une tendance grandissante dans la littérature, nous avons proposé de substituer au carcan de cette interprétation restrictive une interprétation modérée du test en trois étapes, qui laisse au juge et au législateur suffisamment de flexibilité pour adapter le régime du droit d'auteur. Il semble qu'une telle interprétation modérée devrait s'axer au moins sur trois éléments : une lecture globale plutôt que cumulative des différentes étapes, un caractère contraignant du test qui affecte seulement le législateur, et une intégration d'une véritable dimension normative dans le test. Nous avons surtout insisté sur ce dernier point : pour jouer correctement son rôle, le test en trois étapes doit selon nous tenir compte de notions normatives telles que la justification avancée par le législateur à l'appui d'une exception, ou « l'exploitation normale » de l'œuvre entendue comme l'exploitation nécessaire pour la réalisation des objectifs d'un régime justifiable de droit d'auteur.

Nous avons également mis en doute les arguments invoqués par la CJUE pour justifier l'interprétation doctrine des exceptions. Si nous avons montré que l'interprétation stricte des exceptions n'était en tout

cas pas requise par le test en trois étapes, nous avons vu en outre que la vision des exceptions comme simples dérogations à un principe supérieur était liée à la focalisation sur l'objectif d'assurer un niveau élevé de protection, qui ne parait pas découler d'une justification plausible du droit d'auteur.

Enfin, nous avons vu comment les droits fondamentaux pouvaient servir d'instrument pour aider à déverrouiller le régime juridique du droit d'auteur. En effet, le recours aux droits fondamentaux comme limite externe du droit d'auteur permet de réintroduire par le haut l'équilibre qui fait défaut au régime juridique.

La tâche parait certes ardue, mais pas impossible. Pour renforcer cette idée qu'une réforme du droit d'auteur visant à promouvoir l'ouverture n'est pas inaccessible en dépit des verrous juridiques, le chapitre suivant envisagera plus en détail trois propositions de réformes, qui ont déjà été testées dans d'autres juridictions.

Chapitre II

Trois propositions pour promouvoir l'ouverture

Dans ce chapitre, nous évaluerons trois propositions de réforme visant à promouvoir davantage d'ouverture au sein du régime du droit d'auteur : une exception pour les contenus générés par les utilisateurs (section 1), inspirée de la réforme de 2012 de la loi canadienne sur le droit d'auteur, une exception ouverte de type *fair use* (section 2), inspirée de l'exception éponyme existant en droit américain, et enfin, une exception semi-ouverte de type *fair dealing* (section 3), inspirée une fois encore du droit canadien, et en l'occurrence de l'audacieux tournant jurisprudentiel amorcé par la Cour Suprême dans son arrêt CCH Canadienne.

Pour chacune de ces propositions, nous procèderons en trois étapes : premièrement une brève présentation de la proposition, deuxièmement une évaluation de sa compatibilité avec le droit international, européen et belge, et troisièmement une discussion de son opportunité eu égard à l'exigence de sécurité juridique et à notre présomption en faveur de l'ouverture.

Section 1 Une exception pour les contenus générés par les utilisateurs

1.1 Présentation

Une bonne partie du débat parlementaire et académique à propos du Copyright Modernization Act, approuvé en 2012 par le parlement fé-

déral Canadien, s'est concentrée sur l'introduction de dispositions anti-contournement [1]. Non seulement celles-ci étaient jusque là inconnues en droit canadien, mais le gouvernement a opté pour une approche particulièrement dure, ne prévoyant même pas d'exception pour le contournement de mesures techniques qui empêcheraient le bénéfice des exceptions, contrairement au droit européen qui prévoit des clauses de sauvegarde (certes minimales [2]). Ces controverses ont quelque peu volé la vedette aux nouvelles exceptions introduites par le législateur. Il est pourtant remarquable que le législateur canadien soit parvenu à introduire davantage d'ouverture dans son régime de droit d'auteur, alors que les négociations en cours à ce moment sur l'Anti-Counterfeiting Trade Agreement poursuivaient une approche plutôt répressive [3].

Parmi ces nouvelles hypothèses d'exceptions, outre l'extension du *fair dealing* à des fins de parodie, de satire, et d'éducation, on compte l'introduction d'une intéressante exception pour les contenus non commerciaux générés par les utilisateurs (ou *user generated content*), qui a reçu l'appellation informelle d'« exception YouTube » [4] (nous privilégierons toutefois l'expression « exception UGC »). La notion de contenus générés par les utilisateurs n'est pas toujours aisée à définir. L'OCDE la définit comme suit : « i) content made publicly available over the Internet, ii) which reflects a certain amount of creative effort, and iii) which is created outside of professional routines and practices » [5]. L'idée

1. Cf. M. Geist, "The Case for Flexibility in Implementing the WIPO Internet Treaties : An Examination of the Anti-Circumvention Requirements", in : *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright" : Canadian Copyright and the Digital Agenda*, sous la dir. de M. Geist, 2010, in M. Geist, *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright" : Canadian Copyright and the Digital Agenda*, 2010.

Concernant le débat académique, voyez également C. J. Craig, "Locking Out Lawful Users : Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32", in : *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright" : Canadian Copyright and the Digital Agenda*, août 2010, in M. Geist, *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright" : Canadian Copyright and the Digital Agenda*, *op. cit.* ; D. Gervais, "User-Generated Content and Music File-Sharing : A Look at Some of the More Interesting Aspects of Bill C-32", *op. cit.*, in M. Geist, *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright" : Canadian Copyright and the Digital Agenda*, *op. cit.*

2. À ce sujet, voyez la présentation détaillée par S. Dusollier du dispositif particulièrement complexe de la directive 2001/29 (S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, p. 163-182), ainsi que de sa transposition en droit belge (p. 561-567) et français (p. 572-577).

3. Entretemps, le rejet de l'ACTA par le Parlement européen le 4 juillet 2012, semble avoir donné un coup d'arrêt (momentané ?) aux ambitions de ses promoteurs.

4. D. Gervais, "User-Generated Content and Music File-Sharing : A Look at Some of the More Interesting Aspects of Bill C-32", *op. cit.*, p. 447

5. Cf. le rapport *Participative Web and User-Created Content : Web 2.0, Wikis and Social Networking*, Paris, 2007.

d'une exception UGC a également été envisagée par la Commission européenne, mais ne semble à ce jour pas près d'aboutir [6].

Prévue à l'article 29.21 de la loi canadienne sur le droit d'auteur, l'exception UGC dispose :

> « 29.21 (1) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour une personne physique, d'utiliser une œuvre ou tout autre objet du droit d'auteur ou une copie de ceux-ci — déjà publiés ou mis à la disposition du public — pour créer une autre œuvre ou un autre objet du droit d'auteur protégés et, pour cette personne de même que, si elle les y autorise, celles qui résident habituellement avec elle, d'utiliser la nouvelle œuvre ou le nouvel objet ou d'autoriser un intermédiaire à le diffuser, si les conditions suivantes sont réunies »

À première vue, la portée de l'exception est assez généreuse : elle autorise à accomplir vis-à-vis de l'œuvre nouvelle tous les actes qu'un titulaire du droit peut accomplir, sauf le droit général d'autoriser ou d'interdire la réalisation d'actes d'utilisation de cette l'œuvre : il peut seulement autoriser un « intermédiaire » [7] à la diffuser dans le respect des conditions de l'exception.

De plus, contrairement à ce que laisse entendre l'expression « contenus générés par l'utilisateur » (UGC), le champ d'application de l'exception ne se limite pas aux utilisations « en ligne » : l'exception est formulée avec un tel degré de généralité que tous les supports sont visés.

Ce premier paragraphe prévoit déjà certaines conditions : la réutilisation doit porter sur une œuvre déjà divulguée, et pour la création d'une « œuvre nouvelle » qui soit elle-même susceptible de protection (« pour créer une autre œuvre ou un autre objet du droit d'auteur protégés »), comme on le requiert généralement pour l'exception de parodie en droit belge [8]. Toutefois, comme le seuil d'originalité requis pour la protection d'une œuvre est relativement faible, cette condition ne semble pas représenter un obstacle substantiel au bénéfice de l'exception [9]. De simples

6. Cf. Commission Européenne, *Copyright in the Knowledge Economy*, livre vert, COM(2008) 466/3, 2008 et *infra*, texte accompagnant la note 26 page 421

7. Le texte de l'article 29.21 définit le terme « intermédiaire » comme une « [p]ersonne ou entité qui fournit régulièrement un espace ou des moyens pour permettre au public de voir ou d'écouter des œuvres ou d'autres objets du droit d'auteur ».

8. cf. A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 175-178.

9. Dans son arrêt « CCH Canadienne», la Cour Suprême du Canada a défini une œuvre originale comme une œuvre résultant de l'exercice de « skill and judgement » de la part de son auteur. Voyez également T. Scassa, "Acknowledging Copyrights Illegitimate Offspring : User-Generated Content and Canadian Copyright Law", in : *The Copyright Pentalogy - How the Supreme Court of Canada*

compilations peuvent satisfaire le seuil d'originalité et pourraient donc être couvertes par l'exception, pour peu qu'elles satisfassent les autres conditions [10]. Par contre, l'exception ne s'appliquerait clairement pas à des cas de réutilisations purement mécaniques, comme la division arbitraire de l'œuvre en plusieurs parties.

Le texte de l'exception prévoit en outre quatre conditions supplémentaires :

> « a) la nouvelle œuvre ou le nouvel objet n'est utilisé qu'à des fins non commerciales, ou l'autorisation de le diffuser n'est donnée qu'à de telles fins ;
>
> *b*) si cela est possible dans les circonstances, la source de l'œuvre ou de l'autre objet ou de la copie de ceux-ci et, si ces renseignements figurent dans la source, les noms de l'auteur, de l'artiste-interprète, du producteur ou du radiodiffuseur sont mentionnés ;
>
> *c*) la personne croit, pour des motifs raisonnables, que l'œuvre ou l'objet ou la copie de ceux-ci, ayant servi à la création n'était pas contrefait ;
>
> *d*) l'utilisation de la nouvelle œuvre ou du nouvel objet, ou l'autorisation de le diffuser, n'a aucun effet négatif important, pécuniaire ou autre, sur l'exploitation — actuelle ou éventuelle — de l'œuvre ou autre objet ou de la copie de ceux-ci ayant servi à la création ou sur tout marché actuel ou éventuel à son égard, notamment parce que l'œuvre ou l'objet nouvellement créé ne peut s'y substituer. » [11]

La condition a) est la condition d'usage « à des fins non commerciales ». Comme dans le cas des licences CC BY-NC, cette condition nous renvoie à la problématique de la définition de l'« usage commercial » (voyez notre discussion *supra*, partie III, chapitre II, 3.3.2). On peut d'ailleurs remarquer certaines similitudes entre ces deux normes. Premièrement, comme la clause NC, l'exception utilise également un critère subjectif du caractère commercial : lorsqu'on parle de « fins » non commerciales on prend en compte le but ou l'intention subjective, et pas la nature objectivement commerciale de certains actes. Deuxièmement, toutes les deux

Shook the Foundations of Canadian Copyright Law, sous la dir. de M. Geist, Ottawa : University of Ottawa Press, 2013, p. 438 ; C. J. Craig, "The Evolution of Originality in Canadian Copyright Law : Authorship, Reward and the Public Interest", *University of Ottawa Law & Technology Journal* 2.2 (2005).

10. En l'occurrence, si une telle utilisation de compilations dans le cercle familial ne poserait aucun problème, leur communication en ligne ne satisferait probablement pas la condition d) de ne pas présenter d'effet négatif important sur l'exploitation de l'œuvre. Cf. T. Scassa, "Acknowledging Copyrights Illegitimate Offspring : User-Generated Content and Canadian Copyright Law", *op. cit.*, p. 440.

11. Loi canadienne sur le droit d'auteur, 1985, ch. C-42, sect. 29.10

reposent sur un critère matériel, s'intéressant principalement au caractère commercial de l'utilisation, et non de l'utilisateur. Toutefois, le champ d'application de l'exception UGC est d'emblée limité aux « personnes physiques », ce qui exclut un certain nombre d'acteurs. Il n'en demeure pas moins que ce qui importe n'est pas l'activité principale de l'utilisateur ni de savoir s'il a ou non la qualité de commerçant.

La condition b) vise un obligation d'attribuer à son auteur l'œuvre réutilisée, affectée d'un tempérament important « si cela est possible dans les circonstances ». Ce tempérament est utile compte tenu du contexte souvent informel et amateur des contenus générés par les utilisateurs, qui ne favorise pas toujours un respect scrupuleux des conditions d'attribution des œuvres [12].

La condition c) prévoit que l'utilisateur doit avoir de bonnes raisons de croire que l'œuvre réutilisée provient d'une source licite. La condition est plutôt souple : elle n'impose pas au créateur dérivé l'obligation d'acquérir la certitude que l'ensemble des œuvres réutilisées proviennent d'une source licite, mais seulement de ne pas utiliser une source dont il sait, ou a de bonnes raisons de croire qu'elle est illicite.

Quant à la condition d), elle prévoit une exigence similaire à celle prévue par les deuxième et troisième étapes du test en trois étapes. Nous l'analyserons plus en détail dans la suite de ce chapitre.

1.2 Compatibilité avec le droit en vigueur

1.2.1 Droit international

L'exception UGC introduite en droit canadien par le *Copyright Modernisation Act* de 2012 est-elle compatible avec le cadre international du droit d'auteur ? Les contenus générés par les utilisateurs sont susceptibles d'avoir un impact sur le droit de reproduction (et d'adaptation [13]) ainsi que les droits moraux de l'auteur. L'exception est donc soumise aux exigences du test en trois étapes.

Même si l'on adopte une interprétation restrictive de la première étape (requérant que l'exception soit « clairement définie », et ait « une portée et une étendue restreintes » [14]), celle-ci ne semble pas devoir po-

12. En droit européen, la directive 2001/29 prévoit une obligation similaire dans le cas de l'exception de citation (« pour autant que (...) à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée »). L'exception de parodie, en revanche, est dépourvue d'une telle obligation d'attribution. Cf. *Directive 2001/29/CE*, *op. cit.*, art.3 d) et k).

13. Comme nous l'avons déjà noté, on considère en droit belge que le droit d'adaptation fait partie du droit de reproduction au sens large (cf. A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 131).

14. Cf. *supra*, 2.1.1. L'interprétation restrictive de l'admissibilité des exceptions ; Organisation Mondiale du Commerce, *Canada - Protection conférée par un bre-*

ser de problème. On peut en effet considérer que l'exception envisagée est à peine plus largement délimitée que l'exception de parodie. En effet, comme dans l'exception de parodie, l'exception UGC prévue par la loi canadienne porte sur une création dérivée, présentant un apport original, et pour laquelle on exclut l'usage parasite. La principale différence est que les contenus générés par les utilisateurs ne présentent pas nécessairement de ton humoristique ou de raillerie, une condition requise pour l'exception de parodie [15]. Dès lors, on pourrait considérer l'exception UGC comme une exception similaire à l'exception de parodie, visant simplement d'autres pratiques de réutilisation transformative d'œuvres existantes. De plus, la notion de contenus générés par les utilisateurs, si elle n'est pas toujours facile à définir [16], renvoie à des pratiques qui commencent à être assez connues : les remix [17], ma-

vet pour les produits pharmaceutiques - Rapport du Groupe Spécial, *op. cit.*, § 6.112.

15. Cf. C.J.U.E., *Deckmyn*, *op. cit.* ; cf. également A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, *op. cit.*, p. 177, à propos de l'exception de parodie en droit belge.

16. Cf. *supra*, la définition de l'OCDE, *Participative Web and User-Created Content : Web 2.0, Wikis and Social Networking*, *op. cit.* (Comme nous l'avons déjà noté, la formulation de l'exception canadienne ne restreint toutefois pas sa portée aux diffusions en ligne)

17. Selon S. Sonvilla-Weiss, la catégorie du remix (qu'elle identifie au « collage », « montage », et « sampling ») se distingue du mashup en ce qu'elle implique une altération de la source originale. Elle propose la définition suivante : « Collage, montage, sampling or remix practices all use one or many materials, media either from other sources, art pieces (visual arts, film, music, video, literature etc.) or one's own artworks through alteration, re-combination, manipulation, copying etc. to create a whole new piece. In doing so, the sources of origin may still be identifiable yet not perceived as the original version ». Voyez S. Sonvilla-Weiss, "Introduction : Mashups, Remix Practices and the Recombination of Existing Digital Content", *op. cit.*, p. 9. Cf. également, dans le même volume, la contribution de E. Navas, "Regressive and Reflexive Mashups in Sampling Culture", in : *Mashup Cultures*, sous la dir. de S. Sonvilla-Weiss, 2010, op. cit., p. 157.

shups [18], memes [19], machinima [20], etc. Même si le principal intérêt de l'exception est précisément de s'abstraire d'une définition trop rigide des pratiques envisagées, on ne peut pas dire que l'expression utilisée pour la désigner (« contenu non commercial généré par les utilisateurs ») ne renvoie pas à une réalité connue.

En outre, les conditions de l'exception UGC dans la loi canadienne semblent plus que suffisantes pour satisfaire aux exigences de la deuxième et de la troisième étape du test en trois étapes. Outre la condition a) qui limite l'exception à des utilisations « à des fins non commerciales », la condition d) présente une exigence similaire, voire plus stricte encore que celle de la deuxième étape du test. Non seulement les termes centraux sont très proches de ceux du test en trois étapes (« aucun effet négatif important (...) sur l'exploitation (...) de l'œuvre » et « ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre »), mais l'exception canadienne ajoute une série de précisions qui vont dans le sens de l'interprétation restrictive du test : le texte envisage ainsi l'exploitation « actuelle ou éventuelle » de l'œuvre, ou « tout marché actuel ou éventuel à son égard », et ajoute également que « l'œuvre ou l'objet nouvellement créé ne peut s'y substituer ».

Par ailleurs, en mentionnant l'interdiction d'un effet « pécuniaire ou autre » sur le marché de l'œuvre, la condition d) de l'exception canadienne semble prévoir une acceptation large des intérêts du titulaire de droit, à la manière de la référence aux « intérêts légitimes » de celui-ci dans la troisième étape du test.

18. Toujours selon S. Sonvilla-Weiss, "Introduction : Mashups, Remix Practices and the Recombination of Existing Digital Content", *op. cit.*, p. 9, le mashup se distingue du remix par sa logique accumulative, qui n'altère pas la source originale mais l'agrège à d'autres éléments. Par contraste, la définition du Bulletin Officiel français du 25 novembre 2010, n°43, du le collage (présenté comme traduction française de « mashup ») ne distingue pas entre mashup et remix : « [a]ssemblage, au moyen d'outils numériques, d'éléments visuels ou sonores provenant de différentes sources ».

19. Selon le Oxford English Dictionary, un meme est un « An element of a culture or system of behaviour passed from one individual to another by imitation or other non-genetic means ». *Oxford English Dictionary, 2014,* http://www.oxforddictionaries.com, *« meme »*. Souvent, ces pratiques de memes se réalisent sous la forme d'images ou de vidéos, qui présentent chacune une variation sur un même thème, et peuvent elles-mêmes constituer un remix, un mashup, ou une œuvre originale (lorsqu'elles n'empruntent pas à proprement parler une expression existante mais procèdent par imitation).

20. Reynolds définit les machinima comme « an art form broadly defined as the creation of films within video games » ; G. Reynolds, "All the Game's a Stage : Machinima and Copyright in Canada", *The Journal of World Intellectual Property* 13.6 (2010), p. 729.

1.2.2 Droit belge et européen

L'introduction d'une exception similaire à l'exception UGC est-elle envisageable par simple réforme de la loi nationale, ou nécessite-t-elle une révision du droit européen ?

On pourrait être tenté de s'inspirer du rapport Lescure (commandé par le gouvernement français pour entamer une réflexion prospective sur les « politiques culturelles à l'ère numérique ») qui appelle à sécuriser et encourager les nouvelles pratiques de « créations transformatives » sur Internet par un élargissement de l'exception de citation :

> « [u]n élargissement de l'exception de citation, permis par le droit communautaire, permettrait d'assouplir les conditions dans lesquelles les œuvres protégées peuvent être réutilisées pour créer des œuvres dérivées et les diffuser dans un cadre non commercial » [21]

Cette voie ne parait toutefois pas particulièrement prometteuse. Certes, la formulation de l'exception par la directive 2001/29 laisse ouverte la liste des finalités admissibles (« lorsqu'il s'agit de citations faites, par exemple, à des fins de critique ou de revue »), mais elle prévoit d'autres conditions, en particulier que ces citations « soient faites conformément aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but poursuivi » [22]. En outre le principe même de la citation semble s'opposer à l'idée d'usage transformatif : une citation est généralement conçue comme une reproduction *à l'identique* d'une partie d'une œuvre. Or, suivant l'enseignement de la CJUE dans l'arrêt Deckmyn, à défaut de précision par le législateur, la notion de citation devrait s'interpréter en suivant le sens habituel du terme dans le langage courant [23].

Un élargissement de l'exception de citation prévue par la loi nationale serait probablement bienvenu pour laisser davantage de flexibilité aux usages non transformatifs de contenus, comme la citation d'images dans un article à des fins d'information ou d'illustration. Mais l'exception de citation ne parait pas appropriée pour régir les utilisations transformatives que sont les remix, mashup, etc.

L'exception de parodie semblerait a priori plus adéquate pour couvrir ce genre de pratiques. Comme nous l'avons vu, l'exception UGC vise le même genre de réutilisations transformatives que l'exception de parodie. En outre, la CJUE dans l'arrêt Deckmyn a ouvert l'interprétation

21. P. Lescure, *Mission "Acte II de l'exception culturelle" - Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, rapp. tech., 2013, p. 36. Notons que le rapport ajoute toutefois que « À plus long terme, le statut des contenus transformatifs doit être clarifié à l'échelle de l'Union européenne ». Cf. également p. 432 et suiv.

22. *Directive 2001/29/CE*, *op. cit.*, art. 5.3 d)

23. C.J.U.E., *Deckmyn*, *op. cit.*, § 19.

de l'exception en exigeant que le juge national réalise un juste équilibre entre les intérêts des titulaires de droit et la liberté d'expression du bénéficiaire de l'exception. Cette invocation de la liberté d'expression dans l'application de l'exception de parodie pourrait ouvrir la porte à une interprétation de l'exception qui couvre également les contenus générés par l'utilisateur. Toutefois, pour bénéficier de l'exception de parodie, les « contenus générés par les utilisateurs » devront toujours respecter les caractéristiques essentielles de la parodie, notamment manifester un caractère humoristique ou « de raillerie », comme l'exige la notion autonome de parodie en droit européen mise en évidence par la CJUE [24], de même que la condition de respecter les « usages honnêtes » (ou parfois « lois du genre ») en droit belge. Les créations dérivées qui ne présentent pas un tel caractère humoristique seront donc nécessairement exclues.

Dans la troisième section de ce chapitre, nous proposerons une approche permettant de dépasser ce cadre un peu étriqué, en faisant évoluer le cadre des exceptions au droit d'auteur en un régime d'exceptions semi-ouvertes (cf. *infra* 3.3), qui permettrait vraisemblablement de couvrir les contenus générés par les utilisateurs dans le champ d'une exception comme l'exception de parodie.

Mais au cas où une interprétation de l'exception de parodie couvrant les contenus générés par les utilisateurs ne paraitrait pas possible, un scénario plus prudent serait sans doute une introduction par le législateur européen d'une nouvelle hypothèse dans la liste fermée d'exceptions de l'article 5 de la directive 2001/29. Une telle proposition avait notamment été envisagée par le Rapport Gowers commandité par le gouvernement britannique [25], ainsi que par le livre vert de la Commission européenne sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance de 2008 [26]. Depuis lors, l'idée n'a pas beaucoup avancé, la Commission s'étant surtout concentrée sur son initiative « Licences for Europe » visant un dialogue entre parties prenantes sur la question, aux résultats plutôt décevants [27].

24. *ibid.*, §36

25. « At present it would not be possible to create a copyright exception for transformative use (but see the discussion of parody below) as it is not one of the exceptions set out as permitted in the Information Society Directive.74 However, the Review recommends that the Government seeks to amend the Directive to permit an exception along such lines to be adopted in the UK », A. Gowers, *Gowers review of intellectual property*, *op. cit.*

26. Commission Européenne, *Copyright in the Knowledge Economy*, *op. cit.*

27. Les partenaires se sont en effet mis d'accord sur dix engagements, formulés de manière plutôt évasive ("[stakeholders] will continue to work towards", "continue promoting", "find solutions to", ...), et portant sur des questions seulement marginalement pertinentes pour la question des contenus générés par les utilisateurs. Cf. C. euro, *Licenses for Europe - Ten pledges to bring more content online*, 2013, url : http://ec.europa.eu/.

1.3 Opportunité

L'exception UGC présente une solution pragmatique pour extirper les nouvelles formes de création transformatives sur le réseau de la zone grise juridique dans laquelle le régime traditionnel du droit d'auteur les cantonnait jusque là. Il n'y a pourtant aucune raison de limiter ces pratiques dans la mesure où ces « contenus générés par les utilisateurs » ne nuisent pas à l'exploitation de l'œuvre nécessaire à l'incitation à la création.

L'objectif de l'exception canadienne pour les contenus non commerciaux générés par les utilisateurs est de favoriser la liberté de création dérivée sans nuire à l'incitation à la création. Pour cela, elle recourt à une double condition de but non commercial et d'absence d'atteinte à l'exploitation de l'œuvre. Si ces conditions peuvent remplir efficacement leur rôle, l'exception UGC contribuerait à favoriser la liberté de création dérivée dans l'environnement numérique.

La question principale est de savoir si les conditions de l'exception sont suffisamment praticables et précises pour pouvoir garantir une sécurité juridique suffisante, tant pour les ayants droit que pour les bénéficiaires de l'exception. À cet égard, les principales difficultés d'application se posent bien entendu à propos des conditions a) et d).

Une première difficulté liée à l'application de l'exception est bien sûr l'interprétation de la notion de « fins non commerciales » prévue à la condition a). Sur ce point, nous renvoyons à notre discussion sur la possibilité de définir de manière suffisamment précise la notion d'« usage commercial » prévue par les licences Creative Commons (cf. *supra*, partie III-1, chapitre 2, 3.3.2). Si, comme nous le croyons, il est possible de mobiliser utilement la distinction usage commercial – non commercial, alors la condition a) ne devrait pas présenter une difficulté incontournable pour l'application de l'exception. Une telle distinction présenterait l'avantage de permettre de cibler une gamme d'usages de l'œuvre qui ont de bonnes chances de ne pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, et donc de respecter la seconde étape du test en trois étapes.

Qu'en est-il si l'utilisateur fait bien un usage non commercial, mais fait diffuser l'œuvre par un intermédiaire qui réalise, lui, une utilisation commerciale, par exemple en y adjoignant de la publicité ?

Selon certains, une utilisation commerciale par le diffuseur ne poserait pas de problème en droit canadien, au motif que le caractère commercial de l'utilisation s'apprécierait du point de vue de l'utilisateur, et pas du diffuseur [28]. Une telle interprétation semble toutefois

28. T. Scassa, "Acknowledging Copyrights Illegitimate Offspring : User-Generated Content and Canadian Copyright Law", *op. cit.*, p. 436-437, et p. 441.

difficile à soutenir vu la condition exigeant que « l'autorisation de le diffuser n'est donnée qu'à de telles fins [non commerciales] ». De plus, on peut se demander s'il est vraiment juste d'accorder aux intermédiaires techniques un droit d'exploitation commerciale qu'on refuse par ailleurs aux créateurs de contenus UGC [29].

S'il s'avère que l'exception UGC interdit bien l'utilisation commerciale indirecte par un intermédiaire (par exemple en diffusant de la publicité), cela pourrait se révéler problématique, étant donné le caractère difficilement contournable des intermédiaires d'hébergement pour diffuser des informations en ligne, et le fait que la grande majorité des plateformes de contenus générés par les utilisateurs sont des plateformes commerciales financées par la publicité. Cependant, il ne parait pas impossible de trouver des arrangements pour respecter cette condition. On pourrait notamment envisager que les plateformes d'hébergement permettent aux utilisateurs de désactiver les publicités pour ces contenus, comme le font déjà certaines d'entre elles. Cela constituerait un moyen pragmatique de respecter les conditions de l'exception UGC [30]. À défaut de tels arrangements permettant une diffusion non commerciale des UGC, les plateformes d'hébergement de contenus générés par les utilisateurs pourraient toujours négocier des accords de licences avec les ayants-droit [31].

Un autre élément important est la condition d), l'absence d'effet négatif important sur l'exploitation de l'œuvre. Comme nous l'avons vu, cette condition d) recouvre des préoccupations similaires à celles qui sous-tendent la deuxième étape du test en trois étapes [32], ou à l'interdiction du parasitisme généralement exigée pour le bénéfice de l'exception de parodie. On peut donc présumer que les difficultés d'application par le juge ne seront pas beaucoup plus grandes que pour ces dispositions.

Toutefois, on peut craindre que cette condition d) ne soit essentiellement redondante par rapport à la condition a). Selon Gervais, s'il faut

29. Dans ce sens, voyez la critiques de l'exception canadienne par V.-L. Bénabou, *Rapport de la mission du CSPLA sur les "œuvres transformatives"*, *op. cit.*, p. 88 : « la consécration d'une telle exception aurait essentiellement pour effet de concentrer la valeur économique liée à la diffusion de l'œuvre dans le chef des plateformes de diffusion, sans que les acteurs de la création de cette valeur (auteur de l'œuvre transformée comme auteur de l'œuvre transformative) n'y soient aucunement associés ».

30. Un tel mécanisme pour se combiner à celui mis en place par la plateforme d'hébergement vidéo Youtube, qui offre la possibilité pour les ayants droit de l'œuvre originale de revendiquer la perception des revenus publicitaires d'un contenu non autorisé plutôt que d'en demander le retrait.

31. Dans ce sens, voyez le rapport de Valérie-Laure Bénabou, qui préconise un mécanisme de mandat (contractuel ou légal) d'acquisition de droit par les plateformes au profit de leurs utilisateurs : cf. V.-L. Bénabou, *Rapport de la mission du CSPLA sur les "œuvres transformatives"*, *op. cit.*, p. 91-92.

32. Cf. *supra*, chapitre I, section 1

prévenir les utilisations commerciales non autorisées, c'est précisément parce qu'elles affectent négativement le marché de l'auteur [33]. Dès lors, ne pourrait-on pas soutenir que la condition d'usage non commercial est globalement suffisante pour éviter la plupart des risques d'impact négatif important sur l'exploitation de l'œuvre originale ? Le cumul des conditions a) et d) risque de rendre le bénéfice de l'exception particulièrement difficile à établir pour les défendeurs, au détriment de la sécurité juridique.

En outre, l'exception prévoit une garantie supplémentaire, en exigeant que l'œuvre dérivée soit susceptible de protection. Il ne serait donc pas admissible de diffuser des œuvres protégées en les modifiant minimalement (éventuellement par un processus automatisé) dans le seul but de bénéficier de l'exception. Toutefois, il n'est pas sûr que la condition de but non commercial et la condition d'originalité suffisent à elles seules éviter que l'exception ne soit détournée de son but.

On peut donc comprendre la préoccupation du législateur canadien, dans la mesure où il n'est pas impossible que des œuvres dérivées diffusées à titre non commercial puissent constituer une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Ainsi, on pourrait craindre que l'exception soit par exemple invoquée afin de tenter de couvrir des actes de contrefaçon, même si les conditions de but non commercial, et d'originalité sont satisfaites.

Pour réaliser un bon compromis entre ces différentes préoccupations, il parait utile de revoir l'articulation entre les conditions a) et d). On peut considérer que la condition d) « pas d'atteinte à l'exploitation de l'œuvre » représente l'enjeu principal des limites de l'exception : vérifier que l'utilisation envisagée ne porte pas atteinte à l'exploitation de l'œuvre au point de saper les objectifs de la loi sur le droit d'auteur. Mais cette condition est difficile à évaluer. Dès lors, la condition a) « but non commercial » constitue une approximation commode de cette condition d). On peut en effet présumer, en cas d'utilisation dans un but non commercial, que le contenu généré par l'utilisateur a de bonnes chances de ne pas porter atteinte à l'exploitation de l'œuvre. Mais cette présomption devrait être réfragable, et il devrait être possible de montrer que l'utilisation, bien que dans un but non commercial, constitue une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre.

On pourrait donc proposer l'articulation suivante entre les deux conditions : il appartiendrait en premier lieu à l'utilisateur d'établir que l'usage est réalisé dans un but non commercial ; ensuite, si le but non commercial est établi, la charge de la preuve de l'atteinte à l'exploitation de l'œuvre pèserait sur le titulaire de droit. De cette manière, on

33. D. Gervais, "User-Generated Content and Music File-Sharing : A Look at Some of the More Interesting Aspects of Bill C-32", *op. cit.*, p. 473

se sert de la condition du but non commercial comme première approximation des utilisations admissibles, tout en laissant la porte ouverte à l'examen supplémentaire de l'atteinte à l'exploitation de l'œuvre, sans toutefois faire peser le poids de cet examen sur le bénéficiaire de l'exception. Si l'on souhaite conserver cette double condition de « fins non commerciales » et d'absence d'« atteinte à l'exploitation de l'œuvre », il semble à tout le moins impératif de structurer ces deux conditions de manière à parer au risque d'une exception trop complexe à évaluer pour le juge, et trop difficile d'accès pour les utilisateurs.

En outre, il serait préférable de formuler cette condition d'atteinte à l'exploitation de l'œuvre de manière moins restrictive que dans l'exception canadienne, en se référant non à toute exploitation actuelle ou potentielle, mais à toute exploitation que le titulaire de droit « devrait maitriser », en vertu des objectifs d'un régime de droit d'auteur. Nous renvoyons sur ce point à notre proposition d'interprétation modérée de la seconde étape du test en trois étapes (cf. *supra*, 1.3.2)

Au regard des deux critères que nous avons choisi d'examiner (d'une part la réalisation d'un compromis adéquat entre incitation et libertés d'usage qui respecte l'ouverture, et d'autre part la garantie d'une sécurité juridique suffisante), que conclure sur l'opportunité d'une telle exception UGC ? Certes, une exception comme l'exception UGC prévue en droit canadien ne contribue que partiellement à l'ouverture de l'environnement numérique : elle ne s'attache pas à proposer une réponse générale à la problématique des libertés d'usage et de la flexibilité du régime du droit d'auteur. Mais elle constitue une avancée intéressante, en proposant une solution pragmatique permettant de donner une certaine légalité et une certaine sécurité juridique aux nouvelles pratiques d'usages transformatifs qui émergent sur le réseau.

Section 2 Une exception ouverte de *fair use*

À l'opposé de l'approche plutôt modeste visant à introduire une nouvelle hypothèse d'exception pour les « contenus générés par les utilisateurs », on pourrait envisager de réformer fondamentalement le régime fermé d'exceptions et limitations, en instaurant une norme ouverte comme l'exception de *fair use* en droit américain.

Notre discussion suivra le même plan que dans la section précédente : présentation, compatibilité avec le droit en vigueur, et opportunité.

2.1 Présentation

En droit américain, l'exception de *fair use* autorise l'usage d'œuvres protégées pour tout type de finalité, à condition qu'un tel usage puisse être qualifié d'« équitable », en un sens précisé par quatre facteurs.

Issu de l'évolution de la jurisprudence issue de l'ère britannique [34], la doctrine américaine du *fair use* a finalement été codifiée par le législateur en 1976. Aujourd'hui prévue à l'article 107 de la section Copyright du U.S. Code, l'exception de *fair use* dispose :

> « Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the *fair use* of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a *fair use* the factors to be considered shall include—
>
> (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes ;
>
> (2) the nature of the copyrighted work ;
>
> (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole ; and
>
> (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.
>
> The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of *fair use* if such finding is made upon consideration of all the above factors. » [35]

Un des éléments cruciaux du texte de cette disposition, qui la distingue d'autres régimes d'exceptions, réside dans l'emploi de la locution « such as ». En effet, dans le *fair use* américain les finalités d'utilisation ne sont énumérées qu'à titre illustratif, alors que dans les régimes classiques de *fair dealing* britannique ou australien, ou dans les régimes d'exceptions fermées à l'européenne, les finalités autorisées sont énumérées limitativement. C'est la raison pour laquelle on parle d'exception « ouverte » : elle ne limite pas a priori le champ des hypothèses d'exceptions applicables. Tout type d'utilisation est potentiellement admissible à condition de respecter les facteurs de *fairness* codifiés dans l'article 107.

34. Cf. M. Sag, "The Pre-History of Fair Use", *Brooklyn Law Review* 76.4 (juin 2011)

35. Cf. 17 U.S.Code, §107 (2006).

Le modèle du *fair use* n'est toutefois pas l'apanage des États-Unis. D'autres pays se sont dotés d'une exception similaire au *fair use* américain, présentant une liste ouverte de cas d'utilisation et plusieurs facteurs d'appréciation du caractère « équitable » [36] : c'est le cas de Singapour [37], d'Israel [38], de Taiwan [39], de la Malaysie [40], et de la Corée du Sud [41].

Pour envisager l'introduction d'une telle exception en droit belge ou européen, il faut d'abord évaluer sa compatibilité avec le droit en vigueur.

36. Pour une revue de ces différents textes, voyez également M. Geist, "Fairness Found : How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use", in : *The Copyright Pentalogy*, sous la dir. de M. Geist, Ottawa : University of Ottawa Press, 2013, p. 162 et suiv, ainsi que le document *Appendix II : Examples of Flexible Limitations and Exceptions from Existing and Proposed Laws*, rapp. tech., American University Washington College of Law 'Program on Information Justice et Intellectual Property', 2012, URL : http://infojustice.org/wp-content/uploads/2012/12/Appendix-II.pdf

37. Art 35 (1) de la loi singapourienne sur le droit d'auteur : « Subject to this section, a fair dealing with a literary, dramatic, musical or artistic work, or with an adaptation of a literary, dramatic or musical work, for any purpose other than a purpose referred to in section 36 or 37 shall not constitute an infringement of the copyright in the work. » ; voyez la version archivée sur le site de l'OMPI : http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=3680

38. Art. 19 de la loi israélienne sur le droit d'auteur : « (a) Fair use of a work is permitted for purposes such as : private study, research, criticism, review, journalistic reporting, quotation, or instruction and examination by an educational institution. (…) », disponible sur le site de l'OMPI http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=202010

39. L'art. 65 de la loi taïwanaise sur le droit d'auteur ne prévoit aucun cas d'usage prédéfini : « Fair use of a work shall not constitute infringement on economic rights in the work. (...) » (suivi des facteurs du fair use). La traduction fournie par l'Office taïwanais de la Propriété Intellectuelle, disponible sur http://www.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=508148&ctNode=6825&mp=2

40. Loi malaysienne sur le droit d'auteur, art. 13 (2) : « Notwithstanding subsection (1), the right of controlunder that subsection does not include the right to control— (a) the doing of any of the acts referred to in subsection (1) by way of fair dealing including for purposes of research, private study, criticism, review or the reporting of news or current events (...) » (c'est nous qui soulignons), traduction officieuse disponible sur http://www.cric.or.jp/db/link/doc/malaysiaCopyrightAct1987asat1-7-2012.pdf ; Une réforme de 2012 a introduit le terme « including », ouvrant ce qui était jusque là une liste exhaustive de cas d'usages. Cf. également http://www.worldipreview.com/article/amendments-to-the-malaysian-copyright-act

41. L'art. 35-3 de la loi coréenne sur le droit d'auteur dispose : « Except for situations enumerated in art. 23 to art. 35-2 and in art. 101-3 to 101-5, provided it does not conflict with a normal exploitation of copyrighted work and does not unreasonably prejudice the legitimate interest of the copyright holder, the copyrighted work may be used, among other things, for reporting, criticism, education, and research. (...) » (d'après la traduction officieuse de J. Cho, « As Korea Implements Fair Use, Two Cases Offer Precedent for Flexible Copyright Exceptions and Limitations », *Infojustice.org*, http://infojustice.org/archives/28561)

2.2 Compatibilité avec le droit en vigueur

2.2.1 Droit international

Bien que l'exception ouverte de *fair use* résulte d'une tradition jurisprudentielle établie de longue date en droit américain [42], certains ont soulevé la question de son respect du cadre international du droit d'auteur, dans la foulée de l'interprétation restrictive du test en trois étapes inspirée du panel de l'OMC.

À première vue, les facteurs d'appréciation du *fair use* semblent correspondre aux mêmes préoccupations que les conditions du test en trois étapes : ainsi, « the amount and substantiality of the portion taken » et « the effect of the use upon the potential market » semblent renvoyer au même genre d'examen que la deuxième étape du test, « l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre » [43]. Pour souligner ce point, Matew Sag a proposé une reformulation des quatre facteurs de l'exception américaine en utilisant la terminologie du test en trois étapes :

> « . . . the fair use of a copyrighted work *in certain special cases*, such as news reporting, quotation, commentary, criticism and analysis, scholarly research, is not infringement. In determining whether a use is a fair use a court shall consider : (1) whether the use *conflicts with a normal exploitation of the work* and thus tends to substitute for the work of the copyright owner ; (2) whether the use is likely to *prejudice the legitimate copyright interests* of the copyright owner to a degree that is *unreasonable* in light of the purpose and nature of the use ; and (3) whether the extent of the use is reasonable in light of the purpose and nature of the use. » [44]

De plus, dans la jurisprudence américaine, le juge doit obligatoirement appliquer les quatre facteurs, de sorte qu'il sera nécessairement amené à couvrir le même genre de questions que celles requises par le test.

Toutefois, certains ont émis des doutes quant au respect par l'exception de *fair use* de l'exigence de la première étape du test que les exceptions soient prévues « dans certains cas spéciaux ». En effet, nous avons vu que l'interprétation restrictive de la première étape comprend le terme « certains » au sens de « clairement défini », ce qui dénote une

42. Cf. M. Sag, "Beyond Abstraction : the Law and Economics of Copyright Scope and Doctrinal Efficiency", *op. cit.*

43. C'est du reste l'argument qu'invoqueront les États-Unis en réponse aux questions d'autres États parties aux ADPIC. Cf. OMC, *Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 30 octobre 1996, IP/Q/USA/1, p. 4-5. (*infra*, note 165)

44. M. Sag, "The Imaginary Conflict Between Fair Use and International Copyright Law", *Matthew Sag Blog* (2013), url : http://matthewsag.com/?p=370

exigence de sécurité juridique, et au terme « spéciaux » dans le sens d'« ayant une portée et étendue restreintes » [45].

Dès lors, selon certains, l'absence de définition stricte des cas d'usages admissibles dans l'exception de *fair use* (puisque les cas mentionnés sont purement exemplatifs) ne correspond pas à l'exigence d'un cas « clairement défini » [46] . Ainsi, selon Ricketson :

> « "fairness" is an insufficiently clear criterion to meet the first part of the three-step test (...) and, in this regard, it might be argued that the rationale behind the first part of the three-step is precisely to avoid this indeterminacy, so that it is clear in advance what purpose a particular exception is to serve » [47].

Mais d'après Mihály Ficsor (pourtant loin d'être partisan d'une approche minimaliste du droit d'auteur), ces arguments sont fondés dans une interprétation tirée par les cheveux de la première étape :

> « However, such kinds of doubts about the US law [of fair use] are not justified even on the basis of the interpretation adopted by the copyright panel since it is based on an unjustified over-stretched emphasis of an isolated element of the panel's finding : the requirement of clear definition as a criterion of "certainty." This is so, since the panel otherwise adopts a sufficiently relaxed interpretation thereof » [48].

45. Cf. *supra*, 2.1.1. L'interprétation restrictive de l'admissibilité des exceptions ; Organisation Mondiale du Commerce, *Etats-Unis - Article 110(5) de la loi sur le droit d'auteur - Rapport du Groupe Spécial*, *op. cit.*, § 6.112.

46. Cf. J. Bornkamm, "Der Dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung - Karriere eines Begriffs", dans H.-J. Ahrens et al., *Festschrift für Willi Erdmann zum 65. Geburtstag*, Berlin, Carl Heymanns, 2002, p. 45-46, cité par M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.* p. 162.

47. S. Ricketson, *Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, *op. cit.*, p. 68-69 ; Dans le même sens, voyez également R. Okediji, "Toward an International Fair Use Doctrine", *Columbia Journal of Transnational Law* 39 (2000), p. 119 :

> « The breadth of the fair use doctrine also raises a question regarding Berne compatibility. The fair use doctrine is broadly applicable to all uses of a copyrighted work ; indeed, the breadth of the doctrine is rooted in its equitable nature. Courts are vested with the discretion to determine when a particular use may violate the equitable principles that undergird the doctrine, but fair use is not limited to a narrow set of cases or particular circumstances. »

Voyez également les références dans M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 162.

48. M. J. Ficsor, *"Munich Declaration" on the three-step-test - respectable objective ; wrong way to try to achieve it*, *op. cit.*, p. 7.

En effet, selon l'interprétation du panel droit d'auteur, l'exigence d'une exception « clairement définie » n'implique pas nécessairement que les cas d'usages soient spécifiquement prévus par le texte légal : « il n'est pas nécessaire d'identifier explicitement chacune des situations éventuelles auxquelles l'exception pourrait s'appliquer, pour autant que la portée de l'exception soit connue et particularisée. Cela garantit un degré suffisant de sécurité juridique » [49]. L'exigence d'un cas « clairement défini » s'assimile donc à une exigence de sécurité juridique.

Mais la sécurité juridique de l'exception de *fair use* constitue précisément l'autre principal facteur de grief [50]. Le manque de sécurité juridique constitue un sujet de critique fréquent à l'encontre des exceptions ouvertes. Selon Okejidi, une exception de type *fair use* présente une telle insécurité juridique que les exigences de la première étape du test seraient presque certainement violées [51].

Ces critiques ne semblent toutefois pas rédhibitoires. Ainsi, certains soutiennent que l'on pourrait remédier à ce problème en analysant sérieusement la jurisprudence américaine, pour en dégager certaines régularités qui permettraient de parvenir à un certain degré de prévisibilité [52].

Dans cette optique, il s'agirait de considérer que le fait que les finalités des exceptions couvertes par le *fair use* soient dégagés par la jurisprudence et non par la loi n'empêche pas que celles-ci acquièrent un degré suffisant de certitude et de prévisibilité : « the task of making different privileged uses discernible need not necessarily be accomplished by the legislator. It may confidently be left to the courts instead » [53]. On pourrait ainsi faire une analogie avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, selon laquelle la notion de « loi » au sens de la Convention doit se concevoir « à la lumière de critères matériels d'accessibilité et de prévisibilité, pouvant ainsi englober des précédents ainsi que des règles jurisprudentielles » [54]. Si même le terme « loi » peut s'interpréter comme comprenant les règles jurisprudentielles présentant certaines qualités, on voit mal ce qui s'opposerait à interpréter dans le

49. Organisation Mondiale du Commerce, *Etats-Unis - Article 110(5) de la loi sur le droit d'auteur - Rapport du Groupe Spécial*, *op. cit.*, § 6.108.

50. Cf. M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 162.

51. R. Okediji, "Toward an International Fair Use Doctrine", *op. cit.*, p. 117-118.

52. P. Samuelson, "Unbundling fair uses", *Fordham Law Review* 77 (2009), p. 2619.

53. M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 163.

54. F. Ost & M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 102-103.

même sens un texte (le test en trois étapes) qui ne comprend que l'exigence de « certains cas spéciaux », sans préciser que ceux-ci doivent être prévus par la loi.

Pour le surplus, étant donné que cette problématique de la sécurité juridique du *fair use* s'assimile à une question d'opportunité, nous en reportons la discussion plus approfondie à la prochaine sous-section (cf. 2.3, « Opportunité »).

Qu'en est-il de l'exigence de cas spéciaux, entendue par le panel comme « ayant une portée et une étendue restreintes » [55] ? Certes, les finalités spécifiquement mentionnées par le texte de l'article 107 du Copyright Act (« purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use ») ne semblent pas poser problème [56]. Mais bien entendu, comme le *fair use* est une exception ouverte, la question demeure à propos de tous les autres cas d'utilisation non prévus par le texte de la loi. Or il semble bien que sur ce point précis (mais évidemment crucial), le *fair use* ne respecte pas l'exigence formulée par le panel. En effet, il ne parait pas possible de considérer qu'une exception pour des usages dont les finalités ne sont cités qu'à titre d'illustration soit dotée « d'une portée et une étendue restreintes ».

En tout état de cause, même si l'on devait conclure qu'une exception ouverte de type *fair use* ne constitue pas une exception « clairement définie », ni ayant « une portée et étendue » suffisamment « restreinte », on pourrait seulement en conclure que le *fair use* est incompatible avec l'interprétation restrictive du test en trois étapes. Mais nous avons vu (cf. *supra* 1.1) que c'est à tort qu'une partie de la doctrine continue de se référer à cette interprétation restrictive inspirée par le panel de l'OMC comme si elle constituait une interprétation canonique du test en trois étapes. Si l'on substituait à l'interprétation des panels de l'OMC une interprétation « qualitative » de la première étape, comme le soutiennent plusieurs auteurs influents [57], où le terme « spécial » prendrait

55. Cf. *supra*, chapitre I, 1.2.1

56. Elles sont en effet soit autorisés explicitement par les articles 10(1), 10(2) et 10bis de la Convention de Berne, soit admissibles au même titre que les autres exceptions consacrant des usages privés. Cf. M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 166, et p. 158-162.

57. Cf. Cf. M. Ficsor, "How much of what ? The Three-Step Test and Its Application in Two Recent WTO Dispute Settlement Cases", *op. cit.*, p. 132 ; M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 138 ; S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986*, *op. cit.*, p. 482 ; J. Reinbothe & S. von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996 : The WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms Treaty : Commentary and Legal Analysis*, *op. cit.*, p. 124, cités *supra*, note 81 page 368

le sens de « justifié par des raisons claires de politique publique ou par certaines circonstances exceptionnelles » [58], la question de l'admissibilité du *fair use* se révèlerait bien moins problématique [59]. Par exemple, Senftleben, s'inspirant des travaux de Seltzer, soutien que la caractéristique centrale du *fair use* a toujours été l'usage transformatif d'une œuvre préexistante [60]. Dès lors, ajoute-t-il, toutes les finalités autorisées par le *fair use* entrent dans une seule catégorie, celle des usages transformatifs, qu'on pourrait considérer comme un cas spécial légitimé par un impératif « d'équité intergénérationnelle » [61].

En outre, la question de la conformité du *fair use* aux des traités internationaux sur le droit d'auteur doit également être considérée au regard des moyens généraux d'interprétation en droit des traités, notamment l'intention originelle et la pratique ultérieure des États-parties.

Or si l'on se reporte au contexte de l'élaboration du cadre international du droit d'auteur, la récente vague de critiques sur la compatibilité du *fair use* avec le test en trois étapes ne manque pas de surprendre. En effet, à l'époque de l'adhésion des États-Unis à la Convention de Berne il était généralement considéré que le *fair use* était admissible [62]. Selon William Patry, lors des auditions par les législateurs américains d'experts de l'OMPI à propos des changements législatifs nécessaires à l'adhésion à la convention de Berne, aucune difficulté n'a été soulevée avec l'exception de *fair use* [63].

Certes, il parait clair que les États-Unis ont d'emblée adopté une

58. Selon l'interprétation de S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986*, *op. cit.*, p. 482 ; Cf. supra 1.2

59. Dans le même sens, voyez M. J. Ficsor, *"Munich Declaration" on the three-step-test - respectable objective ; wrong way to try to achieve it*, *op. cit.*, citant la discussion par Senftleben de la première étape du test :

> « However, other leading commentators have pointed out in a persuasive manner that the doubts of the said academics are unfounded since they are based on an erroneous interpretation of the first "step" » .

60. L. E. Seltzer, *Exemptions and Fair Use in Copyright : The Exclusive Rights Tensions in the 1976 Copyright Act.* Cambridge, MA : Harvard Business Press, 1978 : « [fair use] has always had to do with the use by a second author of a first author's work », cité par M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 166

61. Voyez *ibid.*, p. 167, ainsi que 2.3., p. 34 et suiv. : Senftleben soutient que le respect de la clause lockéenne à travers les générations impose des limitations pour assurer aux auteurs subséquents la liberté de puiser dans le commun intellectuel.

62. Selon *ibid.*, p. 167.

63. W. Patry, "Fair Use, the Three-Step Test, and the Counter-Reformation", *The Patry Copyright Blog* (2008), url : http://williampatry.blogspot.be/2008/04/fair-use-three-step-test-and-european.html

position plutôt minimaliste sur l'ampleur des changements législatifs requis par leur accession à la Convention de Berne [64]. Ce fut notamment le cas en ce qui concerne les droits moraux, dont la reconnaissance reste très incomplète en droit américain. Néanmoins, alors que par après les États-Unis réclameront (et obtiendront) l'exclusion des droits moraux du champ de l'accord sur les ADPIC [65], ils n'émettront aucune réserve de ce genre à propos du test en trois étapes. Les autorités américaines n'ont à ce jour jamais remis en doute l'admissibilité du *fair use*. En 1996, à l'occasion de questions et réponses entre les différents États parties à l'accord sur les ADPIC, la question de la compatibilité de l'exception de *fair use* avec l'article 13 de l'accord a été posée. Les États-Unis ont fait la réponse suivante :

> « La doctrine de l'usage loyal énoncée dans la Loi sur le droit d'auteur vise essentiellement les mêmes buts que l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et elle est appliquée et interprétée d'une façon parfaitement compatible avec les règles figurant dans cet article. Historiquement, la doctrine de l'usage loyal a été élaborée comme une soupape de sécurité, eu égard aux droits exclusifs accordés par le droit d'auteur, afin de permettre des utilisations restreintes et raisonnables sans autorisation ni paiement - précisément, les sortes d'usages qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre par le détenteur du droit d'auteur ou ne causent pas de préjudice injustifié à ses droits » [66]

Dans sa réaction à la contribution américaine, l'Union européenne se borne à soumettre une question complémentaire concernant l'exploitation normale de l'œuvre. D'autres questions connexes sont posées par le Canada et la Nouvelle-Zélande. À aucun moment la discussion ne relève de problème avec la condition « dans certains cas spéciaux ». Et aucun pays n'a soumis d'objection par rapport à la réponse des États-Unis.

Certes, on peut soupçonner que les autres États parties aient pu être tentés d'adopter une attitude assez tolérante vis-à-vis des États-Unis. Comme le rappelle Okediji, « It was strongly evident throughout the debates over accession that the international community, including the World Intellectual Property Organization, was willing to accept less than full compliance in exchange for the increased importance that U.S. accession would bring to the Berne Convention » [67]. Il n'en demeure pas

64. R. Okediji, "Toward an International Fair Use Doctrine", *op. cit.*, p. 145.
65. Cf. *Accord sur les ADPIC*, *op. cit.*, art. 9.
66. Organisation Mondiale du Commerce, *Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 30 octobre 1996, IP/Q/USA/1, p. 4-5.
67. R. Okediji, "Toward an International Fair Use Doctrine", *op. cit.*, p. 114-115.

moins que du point de vue du droit international, la tolérance continue dont ont fait preuve les autres États parties aux traités internationaux sur le droit d'auteur n'est pas dépourvue d'effet, et peut être interprétée comme une admission tacite de la conformité du *fair use* avec le cadre international du droit d'auteur [68]. Que cette attitude de tolérance ait été affichée en toute sincérité ou par intérêt bien compris, le résultat est le même. Il serait du reste particulièrement déloyal pour un État partie à la Convention de Berne de chercher aujourd'hui à contester aujourd'hui la légitimité du *fair use*, après avoir fermé les yeux dans le but de convaincre les États-Unis d'adhérer au traité.

En outre, un autre élément de contexte semble accréditer l'hypothèse d'une reconnaissance implicite de l'admissibilité du *fair use*. Lors des négociations des traités de l'OMPI, également en 1996, le négociateur représentant les États-Unis a insisté sur le fait que le test en trois étapes ne devait pas faire obstacle aux exceptions existantes, notamment l'exception de *fair use* [69]. Comme le remarque Senftleben [70], cette déclaration du négociateur américain sera reprise presque textuellement dans la déclaration commune sur les dispositions de l'article 10, qui dispose que celles-ci « permettent aux Parties contractantes de maintenir et d'étendre de manière adéquate dans l'environnement numérique les limitations et exceptions prévues dans leurs législations nationales qui ont été considérées comme acceptables en vertu de la Convention de Berne » [71]. Dès lors, même si la déclaration commune ne précise pas quelles sont les exceptions qui ont été considérées comme acceptables,

68. Okediji envisage cet argument : « The failure of the other contracting parties to object to the lack of full compliance by the United States to the Berne Convention might serve as a bar to complaints about the affected areas under the Berne Convention, in other words that fair use was "grandfathered" by the Berne Convention. » *ibid.*, p. 136.

69. « Mr. KUSHAN (United States of America) expressed his Delegation's support for the inclusion of Article 12 in Draft Treaty No. 1 [article 10 WCT] (...) He said that it was essential that the Treaties permit application of the evolving doctrine of "fair use," which was recognized in the laws of the United States of America, and which was also applicable in the digital environment. In particular, he stressed that the provisions of Article 12 should be understood to permit Contracting Parties to carry forward, and appropriately extend into the digital environment, limitations and exceptions in their national laws which were considered acceptable under the Berne Convention. Those provisions should be understood to permit Contracting Parties to devise new exceptions and limitations that were appropriate in the digital network environment. » OMPI, *Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins*, CRNR/DC/102, Genève, 20 décembre 1996

70. M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 168.

71. *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, *op. cit.*, Déclaration commune concernant l'article 10.

le recours au travaux préparatoires (la référence à la déclaration du négociateur américain) permet de combler cette lacune et de considérer que le *fair use* en fait partie [72].

Depuis lors, comme nous l'avons dit, d'autres États ont adopté une exception similaire au *fair use* américain : Singapour, Israel, Taiwan, la Malaisie, et la Corée [73]. Pourtant, la plupart de ces États ont ratifié une ou plusieurs des conventions sur le droit d'auteur [74], et sont donc soumis au respect du test en trois étapes.

Dès lors, si l'interprétation restrictive du test en trois étapes ne parait certes pas particulièrement favorable à l'instauration d'exceptions ouvertes comme le *fair use*, on pourrait en tirer une raison de plus d'abandonner cette interprétation, plutôt que de militer contre les régimes de *fair use* à travers le monde.

En effet, tant l'historique de la rédaction des différents traités sur le droit d'auteur que la pratique actuelle des États parties plaide en faveur d'un accommodement des diverses traditions par le test en trois étapes, en ce compris le système américain du *fair use*. Dès lors, si l'exception de *fair use* a clairement été considérée comme compatible avec le test en trois étapes par les rédacteurs des différents traités, une interprétation ultérieure du test par un panel de règlement des différends de l'OMC ne saurait contredire l'intention originelle des parties et leur pratique ultérieure. De même, la pratique ultérieure des États parties ne semble pas indiquer un rejet des normes ouvertes, mais révèle plutôt l'attractivité de ce modèle pour un nombre grandissant d'États.

Nous sommes donc en mesure d'avancer un argument pragmatique [75] consistant à inférer l'interprétation correcte du test en trois étapes de l'attitude des États parties aux traités sur le droit d'auteur concernant l'admissibilité du *fair use*. Plutôt que de tenter à tout prix de plaquer à la volonté originelle et la pratique ultérieure des parties une position

72. En ce sens, cf. M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 106. L'argument de Senftleben consiste donc à recourir à des moyens supplémentaires d'interprétation des traités (les travaux préparatoires) pour clarifier une disposition (la déclaration commune sur le sens d'un traité) qui doit être considérée comme un des moyens primaires d'interprétation d'un traité, au sens de la Convention de Vienne. Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 31 et 32

73. Cf. les références *supra*, 2.1, notes 36 à 41 page 427.

74. En effet, la plupart des États que nous avons mentionnés sont membres des trois principaux traités, et seul Taiwan n'est membre que du traité ADPIC, alors qu'Israël n'a pas encore ratifié les traités OMPI sur le droit d'auteur et les droits voisins.

75. Voyez également M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 167, qui évoque brièvement un tel argument pragmatique.

doctrinale extrême (et fortement critiquée), il faudrait sans doute faire l'inverse : si l'on peut montrer que l'interprétation restrictive du test en trois étapes fait en fait obstacle à des exceptions qui ont pourtant été considérées comme admissibles, alors il convient de nuancer, voire de rejeter cette interprétation restrictive.

Notons en outre que la question qui nous intéresse ultimement n'est pas de savoir si le régime particulier du *fair use* américain en lui-même est suffisamment prévisible, mais plutôt si un régime similaire d'exception ouverte est susceptible de présenter cette qualité.

Plus généralement, on peut dès lors considérer que lorsque certaines spécificités juridiques sont justifiées par des choix normatifs, comme la mise en balance de l'incitation à la création et des libertés d'usage ou la protection des droits fondamentaux, les États parties au cadre international du droit d'auteur devraient jouir d'une large marge d'appréciation [76]. En effet, un organe d'arbitrage international tel qu'un panel de l'OMC n'a ni la capacité ni la légitimité pour apprécier de tels équilibres fondamentaux [77]. Céder sur ce point reviendrait à amputer considérablement la marge de manœuvre du législateur [78], et sa capacité de réaliser souverainement certains choix politiques et philosophiques dans sa législation, en abandonnant ces choix à la logique purement économique (et à certains égards dogmatique) d'organisations internationales comme l'OMC.

Il convient dès lors de relativiser les mises en cause des régimes d'exceptions ouvertes de type « fair use » sur base du respect du test en trois étapes, dans la mesure où elles ne prennent pas en compte le nécessaire équilibre entre d'une part des considérations comme la sécurité juridique ou l'efficacité du droit d'auteur à inciter à la création

76. Comme le remarque Neil Netanel :

> « At the very least, in cases in which a member state's limits on copyright owner rights arise from plausible free speech concerns, such as in U.S. fair-use doctrine [...] the WTO panel should accord greater deference to the state's own interpretation of its TRIPS obligations » N. W. Netanel, "The Next Round : The Impact of the WIPO Copyright Treaty on TRIPS Dispute Settlement", *op. cit.*, p. 488-489.

77. T. G. Newby, "What's Fair Here Is Not Fair Everywhere : Does the American Fair Use Doctrine Violate International Copyright Law ?", *op. cit.*, p. 1162. En outre, comme nous l'avons remarqué, les experts du panel refusent généralement de prendre en compte ce genre de considération : « Nous rappelons également à cet égard que pour interpréter d'autres règles de l'OMC, comme les clauses relatives au traitement national du GATT et de l'AGCS, l'Organe d'appel a rejeté des critères d'interprétation qui étaient fondés sur l'objectif ou le but subjectif que la législation nationale visait à atteindre », Organisation Mondiale du Commerce, *Etats-Unis - Article 110(5) de la loi sur le droit d'auteur - Rapport du Groupe Spécial*, *op. cit.*, p. 37

78. C. Geiger, "Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information", *op. cit.*

et d'autre part des valeurs telles que les libertés d'usage ou les droits fondamentaux.

2.2.2 Droit belge et européen

Il parait clair que l'introduction d'une exception similaire au *fair use* nécessiterait une révision du droit européen, et éventuellement de la loi belge.

En effet, en l'état actuel du droit positif, le régime européen des exceptions est clairement un régime fermé. Le considérant 32 de la directive 2001/29 précise d'ailleurs que la liste des « exceptions et limitations » énumérées à l'article 5 est « exhaustive » [79].

Une réforme minimaliste serait de remplacer « exhaustive » par « illustrative » dans le considérant 32, et à refléter ce changement en ajoutant un « notamment » à la formulation de l'article 5, par exemple :

> « 3. Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations aux droits prévus aux articles 2 et 3 *[notamment]* dans les cas suivants »

Toutefois, le principal défaut de cette réforme minimaliste est qu'elle n'introduirait pas réellement un *fair use* européen, mais consisterait simplement à défaire l'harmonisation réalisée par la directive, en laissant les législateurs nationaux libres d'aller plus loin que les cas d'exceptions énumérés dans la directive, mais également d'aller moins loin. En effet, le caractère facultatif de la plupart des exceptions de la directive a souvent été critiqué [80] en ce qu'il autorise certains États membres à transposer a minima l'article 5, en se contentant de quelques cas d'exceptions formulées de manière particulièrement restrictive. Il n'y a pas de raison de penser que le simple fait d'ouvrir la liste des exceptions prévues dans la directive pousserait les législateurs nationaux à adopter eux-mêmes une approche plus ouverte.

Il faudrait donc, en plus d'ouvrir la liste des exceptions prévues à l'article 5, ajouter une norme ouverte similaire au *fair use* américain. Pour ce faire Senftleben propose de modifier la formulation du test en trois étapes prévu à l'article 5.5. Bien sûr, pour que la mesure atteigne son but de flexibilisation, il faudrait encore que les cours et tribunaux, en appliquant la disposition envisagée, ne fassent pas une interprétation restrictive du test en trois étapes. En nous inspirant de sa proposition, on peut suggérer la formulation suivante, qui reflète notamment certaines des suggestions que nous avons faites dans notre interprétation modérée du test (cf. *supra* 1.3) :

79. *Directive 2001/29/CE*, *op. cit.*, considérant 32.

80. Cf. par exemple G. Davies, *Copyright and the public interest*, 2e éd., Sweet et Maxwell, 2002, p. 281, n°10-018.

> « L'utilisation équitable d'œuvres ou d'autres objets protégés dans certains cas spéciaux n'est pas couverte par les droits prévus aux articles 2 et 3, pour autant qu'une telle utilisation ne porte pas une atteinte injustifiée à l'exploitation normale de l'œuvre, et découle d'un juste équilibre entre l'intérêt légitime de l'auteur et les intérêts légitimes des tiers » [81].

Si une telle solution présente une certaine élégance, il faut être conscient qu'elle n'est certainement pas la plus aisée à mettre en œuvre en l'état actuel du droit positif. En effet, l'introduction d'une telle proposition nécessiterait d'attendre l'aboutissement d'un long et difficile processus de révision et de transposition de la directive, dont la durée peut parfois dépasser les dix ans [82].

2.3 Opportunité

À priori, il semble qu'une exception ouverte de *fair use* constituerait l'approche la plus cohérente avec l'articulation d'une présomption forte en faveur de l'ouverture et d'une justification limitée du droit d'auteur. En effet, nous avons soutenu qu'il convenait de limiter l'étendue des droits exclusifs à ce qui est strictement nécessaire à l'incitation à la création, de manière à restreindre le moins possible les libertés d'usage de l'information. Dès lors, une approche comme celle du *fair use* américain semble la plus à même de ménager suffisamment de place aux libertés d'usage, et de restreindre l'étendue des droits exclusifs à ce qui peut être justifié par l'objectif d'un régime de droit d'auteur [83].

Toutefois, elle doit également composer avec une autre préoccupation, celle d'assurer un niveau suffisant de sécurité juridique à l'application du droit d'auteur. Si la sécurité juridique n'est pas la seule valeur qui importe dans un système juridique, elle fait assurément partie des préoccupations à prendre en compte. Les considérants de la directive

81. Version adaptée de la proposition par M Senftleben, "Comparative Approaches to Fair Use : An Important Impulse for Reforms in EU Copyright Law", in : *Methods and Perspectives in Intellectual Property*, sous la dir. de G. Dinwoodie, Cheltenham, UK ; Northampton, MA, 2014, p. 19. La proposition faite par Senftleben, qui se rapproche davantage d'une exception semi-ouverte (dans la mesure où les finalités d'utilisations doivent être « comparables » à celles prévues par la directive).

82. Cf. B. Hugenholtz & M. Senftleben, "Fair Use in Europe : In Search of Flexibilities", *Amsterdam Law School Research Paper, Institute for Information Law* (2011)

83. Dans notre optique, nous avons vu qu'il était possible de justifier une exception à la présomption en faveur de l'ouverture pour prévoir un régime modéré de droit d'auteur ayant pour objectif de préserver une certaine diversité culturelle. Cf. *supra*, partie II, chapitre III, 2.2.

2001/29 mentionnent d'ailleurs à plusieurs reprises la sécurité juridique comme objectif de l'harmonisation de la législation européenne.

2.3.1 Le *fair use*, source d'insécurité juridique ?

L'insécurité juridique d'une exception ouverte de type *fair use* est une source d'inquiétude récurrente pour certains juristes européens, qui se montrent particulièrement sceptiques quant à l'opportunité d'introduire un tel système dans notre ordre juridique :

> « selon les juristes continentaux, le "fair use" génère un manque de prévisibilité, tant pour l'ayant droit que pour l'utilisateur. Où est alors la sécurité que l'on est en droit d'attendre d'un système juridique ? Le maniement des quatre conditions peut paraître bien délicat (but de l'usage projeté, nature de l'œuvre, importance de l'emprunt et, surtout, effet sur le marché). Comment être sûr, par avance, qu'un juge aura la même interprétation de l'application des ces paramètres à la situation en cause ? » [84]

Ces préoccupations font écho à un important débat, ces dernières années, sur la question de la prévisibilité de l'exception de *fair use.* Certains soutiennent que la jurisprudence ne partage pas une compréhension unique du *fair use*, comme en attestent les nombreuses annulations par la Cour Suprême de jugement de cours inférieures, dans des décisions souvent très divisées [85].

En outre, la jurisprudence de la Cour Suprême présente des incohérences flagrantes. À titre d'exemple, alors que dans son arrêt Sony la Cour semble considérer que pour prouver le but commercial il fallait montrer l'intention directe de l'utilisateur de réaliser du profit [86], elle a jugé dans l'arrêt Harper & Row que le but commercial était suffisamment établi par la preuve d'un gain indirect par l'utilisateur [87]. De même, alors que la pertinence du critère de la proportion de l'œuvre copiée est minimisée par la Cour dans *Harper & Row*, il est considéré comme un facteur clé dans *Sony.*

84. P. Sirinelli, "Exceptions et limites aux droit d'auteur et droits voisins", *op. cit.*, p. 20, cité par B. Galopin, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 430.

85. G. Parchomovsky, "Fair Use, Efficiency, and Corrective Justice", *Legal Theory* 3.4 (1997), p. 348

86. United States Supreme Court, *Sony Corp of America c. Universal City Studios, Inc.,* 464 U .S. 417 (1984), §46.

87. United States Supreme Court, *Harper & Row c. Nation Enterprises,* 471 U.S. 539 (1985), §32 : « The crux of the profit/nonprofit distinction is not whether the sole motive of the use is monetary gain, but whether the user stands to profit from exploitation of the copyrighted material without paying the customary price »

Selon Fisher, « The difficulty of predicting how courts will make such judgments has left many producers and users of copyrighted materials uncertain as to their legal rights » [88]. Weinreb parait sceptique face aux tentatives de structurer la jurisprudence du *fair use*, et suggère que sa signification ne peut être dérivée que « par induction à partir de cas concrets » [89]. Même parmi les auteurs partisans d'un droit d'auteur plus ouvert, généralement associés au mouvement de la free culture, certains ne manquent pas de critiquer le *fair use* : dans une formule célèbre, Lessig a qualifié l'exception de *fair use* de « right to hire a lawyer » [90]. L'écrivain David Bollier, fervent partisan des communs et du domaine public, ne mâche pas non plus ses critiques :

> « Unfortunately, fair use is notoriously vague, complex, contradictory, and prone to subjective interpretation. There are few bright lines for truly knowing what's legal to use and what's not » [91]

Il faut toutefois remarquer que chez Lessig et Bollier, le scepticisme vis-à-vis du *fair use* découle d'un scepticisme plus général vis-à-vis de la désirabilité ou de la possibilité d'augmenter l'ouverture du régime du droit d'auteur par une réforme législative : cette vision négative trouve son origine dans le contexte juridique et politique du droit d'auteur, et dans la méfiance de certains réformistes vis-à-vis de l'action des autorités publiques, qu'ils accusent de privilégier systématiquement les intérêts des ayants droit [92]. Dès lors, l'objection de Lessig ou de Bollier doit se lire dans le contexte de leur critique de la voie législative en général, et leur promotion de la voie des licences ouvertes et de la constitution d'un fonds commun d'œuvres en libre usage. La critique du *fair use* par certains partisans de l'ouverture du droit d'auteur vise davantage à pointer son caractère insuffisant pour assurer l'équilibre au cœur du droit d'auteur, qu'à s'opposer au principe d'exceptions ouvertes.

En outre, depuis quelques années, Lessig semble être revenu vers un discours plus positif par rapport au *fair use* : ainsi, en 2009, alors que le Japon débattait de l'inclusion d'une exception de *fair use*, Lessig s'est clairement prononcé sur l'importance d'une telle exception [93]. En

88. W. W. Fisher, "Reconstructing the Fair Use Doctrine", *op. cit.*, p. 1794.

89. L. Weinreb, "Fair's Fair : A Comment on the Fair Use Doctrine", *op. cit.* (c'est nous qui traduisons).

90. L. Lessig, "Re-Crafting a Public Domain", *Yale Journal of Law & the Humanities* 18 (2006), p. 60

91. D. Bollier, "Academia as a Commons", 2010, url : http://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/bitstream/handle/10535/5805/academiaasacommons.pdf?sequence=

92. Y.-A. Benizri, "Droit d'auteur et co (régulation) : la politique du droit d'auteur sur l'Internet", *McGill Law Journal* 53 (2008), p. 405.

93. L. Lessig, "The role of "fair use" in a time of change", in : Kyoto, 2009, url : http://blip.tv/lessig/the-role-of-fair-use-in-a-time-of-change-2711830

2013, Lessig a décidé d'exercer son « droit d'engager un avocat » pour défendre devant les tribunaux l'utilisation équitable que constituait la diffusion dans certaines de ses conférences de courts extraits de remix d'œuvres musicales, suite aux menaces de poursuites par un label australien [94].

D'autres auteurs rejettent ces critiques sur la sécurité juridique du *fair use*. Auteur d'un traité sur le *fair use*, Patry estime que la polémique autour de la légalité et de l'opportunité du *fair use* s'assimile à un cas de « panique morale » [95] et soutient que l'interprétation de l'exception de *fair use* peut se reposer sur une jurisprudence riche et cohérente :

> « the common law of fair use has developed over two centuries of case law. That case law has developed a coherent set of principles that are found in a number of other national statutes, including other countries' fair dealing provisions » [96]

De même, Samuelson soutient que la jurisprudence du *fair use* « est à la fois plus cohérente et plus prévisible que beaucoup de commentateurs ne le pensent » [97], et qu'en analysant sérieusement la jurisprudence américaine, on peut en dégager d'importantes régularités [98].

Il est intéressant de constater que malgré ces critiques, peu de commentateurs proposent d'abolir le régime du *fair use* américain. En effet, il semble que même parmi les plus critiques, la plupart des auteurs continuent d'affirmer l'importance du *fair use* dans l'équilibre du droit d'auteur américain, et refusent de tomber dans un complet scepticisme quant à la possibilité de dégager une jurisprudence cohérente.

94. M. Masnick, "Larry Lessig Threatened With Copyright Infringement Over Clear Fair Use ; Decides To Fight Back", *techdirt* (2013), url : https://www.techdirt.com/articles/20130822/22593124287/larry-lessig-threatened-with-copyright-infringement-over-clear-fair-use-decides-to-fight-back.shtml

95. Selon sa définition, « an effort by vested interests to preserve the status quo through creating a false ennemy whom, we are told, must be vanquished for the alleged good of society as a whole » Cf. W. Patry, *How to Fix Copyright*, *op. cit.*, p. 212

96. *ibid.*, p. 219. Il faut toutefois remarquer que Patry n'est pas exempt de ce qu'on pourrait appeler la « lassitude du fair use » (comme le remarque R Dannay, "Copyright Injunctions and Fair Use : Enter eBay - Four-Factor Fatigue or Four-Factor Freedom ?", *Journal of the Copyright Society of the U.S.A* 55.4 (2008)) : « Yet, despite all this concentrated attention, I doubt I understand fair use much better than when I was a law student. (...) it is ad hoc, fact-oriented, allegedly completely equitable in nature, and dependent on a shadowy weighing of vague factors, to say nothing of the luck of the draw in the decision maker », cf. W. Patry, "Barton Beebe's Fair Use Study", *The Patry Copyright Blog* (2007), url : http://williampatry.blogspot.be/2007/05/barton-beebes-fair-use-study.html.

97. P. Samuelson, "Unbundling fair uses", *op. cit.*, p. 2541

98. *ibid.*, p. 2619.

Ainsi, le juge américain Leval a cette conclusion nuancée :

> « throughout the development of the fair use doctrine, courts had failed to fashion a set of governing principles or values. Is this because no rational defining values exist, or is it rather that judges, like me, have repeatedly adjudicated upon ad hoc perceptions of justice without a permanent framework ? This commentary suggests that a cogent set of governing principles exists and is soundly rooted in the objectives of copyright law » [99]

Dans le même sens, Fisher, en dépit de ses critiques sur la jurisprudence américaine, ne pense pas que les problèmes de sécurité juridique posés par l'exception de *fair use* soient rédhibitoires. C'est pourquoi dans un article intitulé « Reconstructing Fair Use », il développe une proposition de réinterprétation cohérente et structurée du *fair use* [100].

Une autre tendance dans la littérature consiste à promouvoir ou à proposer, à titre indicatif, des lignes de conduite (« guidelines » ou encore « bright lines ») permettant d'améliorer la prévisibilité du *fair use* et la sécurité juridique des bénéficiaires de l'exception [101]. Aux États-Unis [102], de nombreuses initiatives de ce genre ont été développées [103], principalement dans le domaine de l'enseignement et des bibliothèques [104].

Toutefois, selon Fisher, les défauts de la jurisprudence sur le *fair use* se répercutent nécessairement sur la clarté et l'utilité des « bonnes pratiques » et « lignes directrices » communiquées aux utilisateurs. Il prend exemple sur les consignes distribuées aux enseignants américains,

99. P. N. Leval, "Toward a Fair Use Standard", *op. cit.*, p. 1105.
100. Cf. la proposition de reconstruction de la structure des facteurs du *fair use* par W. W. Fisher, "Reconstructing the Fair Use Doctrine", *op. cit.*,p. 1780-1783.
101. Cf. S. I. Colbert & O. R. Griffin, "The Impact of Fair Use in the Higher Education Community : A Necessary Exception", *Alb. L. Rev.* 62 (1999)
102. Des initiatives similaires existent également dans d'autres pays connaissant un système de *fair use* : voyez par exemple la proposition par certains académiques israéliens d'un code de « best practices » en vue de l'application de la nouvelle exception de *fair use* en droit israélien : A Dotan & N Elkin-Koren, "Fair Use Best Practices for Higher Education Institutions : The Israeli Experience", *Journal of the Copyright Society of the USA* 57 (2009)
103. Cf. *Intellectual Property and the Arts*, 2014, url : http://www.collegeart.org (visité le 03/09/2014) ; "Copyright Advisory Office", *Colombia University Libraries* (2013), url : http://copyright.columbia.edu/copyright/fair-use/guidelines/
104. Cf. par exemple "Guidelines on Photocopying Under Interlibrary Loan Arrangements", dans F*inal Report of the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works*, 1978 ; "Agreement on Guidelines for Classroom Copying in Not-for-profit Educational Institutions with Respect to Books and Periodicals", dans *House Report*, n°94-1476, 1976.

qui procurent une aide particulièrement limitée dans l'appréciation de l'admissibilité des usages à des fins éducatives :

> « In short, if you copy a very brief portion of a non-fiction work, for classroom use, in such a way that the value of the work will not be adversely affected, you have a relatively high degree of protection. If you copy a substantial portion of a work, for profit, harming the work's value, you have little or no protection. Between these extremes, your protection rises or falls depending on the relationship of the four [statutory] factors discussed [above]. » [105]

Parfois, ces lignes directrices ont été négociées avec les représentants des ayants droit. Elles sont aujourd'hui largement critiquées, car elles ont fini par être considérées comme des plafonds officieux de l'usage autorisé, et donc des limites supérieures aux pratiques conformes au *fair use* [106].

> « Put into practice, however, these limits become upper bounds on uses that are regarded as legitimate, as courts often look to common practice to set standards. In cases involving commercial copy centers that create course packs, the courts have interpreted these Guidelines as defining ceilings to support findings of infringement.
>
> The guidelines, then, end up displacing the law itself with standards that have little or no relationship to the definition in the statute.
>
> Given the lack of flexibility that results from negotiated guidelines, busy librarians and educators who are looking for quick or definitive answers are, in fact, better served by performing a fair use analysis that addresses the four factors in the statute » [107]

Dès lors, une autre approche privilégie les guides de « best practices », qui ne sont pas le résultat de négociations avec les ayants droit, mais sont issues de l'expérience spécifique des créateurs et utilisateurs dans certains domaines comme celui des films documentaires [108], de la poé-

105. W. W. Fisher, "Reconstructing the Fair Use Doctrine", *op. cit.*, p. 1694. Fisher cite à titre d'exemple *Multiple Copying and the Copyright Laws : A Guide for Harvard Faculty*, Harvard University, 1986.

106. Cf. G. Parchomovsky, "Fair Use, Efficiency, and Corrective Justice", *op. cit.* ; D. Lee, "Fair Use and Guidelines", *American Library Association*, http://www.ala.org/

107. D. Lee, *op. cit.*

108. Center for Social Media, *Documentary Filmmakers' Statement of Best Practices in Fair Use*, 2005, url : http://www.cmsimpact.org (visité le 23/08/2014)

sie [109], ou encore le domaine des contenus générés par les utilisateurs [110].

Une approche apparentée, mais plus ambitieuse, plaide en faveur d'une réforme du *fair use* pour fixer dans la loi des « safe harbours », des lignes minimales précises pour lesquelles les utilisateurs sont immunisés de tout risque de poursuite. Celles-ci peuvent même prendre une forme très précise quant à la quantité de réutilisation admise : autant de secondes d'une chanson, autant de mots d'un texte, etc. [111]

On pourrait comparer ces propositions à l'approche adoptée par la Corée du Sud, qui a récemment ajouté à la liste d'exceptions fermées à l'européenne prévue par sa loi sur le droit d'auteur (art 23 à 35-2) une exception ouverte de *fair use* à l'américaine (art 35-3) [112]. Dans cette approche, les cas d'utilisations couvertes par l'exception ne sont pas limités par les cas d'utilisations prévus par la loi, mais ceux-ci servent de « lignes claires » (« bright lines ») permettant de déterminer précisément une liste d'usages explicitement admis [113].

Enfin, une autre approche pour améliorer la prévisibilité du *fair use* consiste à mettre en place une possibilité d'avis consultatif auprès de l'administration portant sur l'admissibilité ou non d'un usage particulier selon l'exception de *fair use* :

> « It would be desirable for the Copyright Office to consider providing the public with more guidance about what constitutes "fair use" and what does not. One alternative discussed by the CPP group was having the Office provide fair use "opinion letters." » [114]

Il s'agirait en quelque sorte d'un mécanisme similaire aux « rulings » de certaines administrations fiscales, sans présenter nécessairement de ca-

109. Center for Social Media, *Code of Best Practices in Fair Use for Poetry*, 2011, URL : http://www.cmsimpact.org (visité le 03/09/2014)

110. Voyez par exemple EFF *et al.*, Fair Use Principles for User Generated Video Content, *2007,* URL *: https://www.eff.org* ; The Walt Disney Company *et al.*, Principles for User Generated Content Services, *2007,* URL *: http://www.ugcprinciples.com/*.

111. G Parchomovsky & K. Goldman, "Fair Use Harbors", *Virginia Law Review* 93.6 (2007). Cf. à ce sujet P. Samuelson, "Unbundling fair uses", *op. cit.*, p. 2540.

112. Cf. J. Cho, "As Korea Implements Fair Use, Two Cases Offer Precedent for Flexible Copyright Exceptions and Limitations", *Infojustice.org* (2013), http://infojustice.org/archives/28561

113. Voyez également la proposition n°17 du Copyright Principles Project, allant apparemment dans le même sens : « Recommendation #17 : Copyright law should recognize that there are more fair use purposes than is recognized in the current statute. (...) Fair use law, in fact, serves a wider variety of policies than this, and we think an improved fair use provision would more accurately reflect the range of social policy purposes for which fair use is often used in practice. » P. Samuelson & members of the CPP, "The Copyright Principles Project : Directions for Reform", *Berkeley Technology Law Journal* 25 (2010), p. 1228, www.law.berkeley.edu/files/bclt_CPP.pdf

114. *ibid.*, p. 31.

ractère liant [115]. On peut toutefois craindre qu'un tel système ne donne lieu à des réponses systématiquement trop prudentes, en deçà de ce qu'autoriserait une application normale du *fair use* [116].

Malgré cette littérature foisonnante, il semble difficile de présenter une conclusion définitive quant au caractère indéterminé ou impraticable du *fair use*.

En effet, il y a de bonnes raisons d'être insatisfait de cette littérature sur l'exception de *fair use*. Celle-ci tend souvent à adopter une approche centrée sur les « leading cases », les affaires importantes devant les cours supérieures. Comme le note Beebe, cette approche qui fait penser à la tendance à « l'histoire des grands hommes » en recherche historique, s'avère particulièrement vulnérable aux tris opportunistes des décisions et opinions, et présente un caractère trop anecdotique pour être vraiment fiable [117].

Certes, on pourrait étendre cette critique à une bonne partie de la littérature juridique. Toutefois, cette tendance est encore plus problématique quand il s'agit de critiquer les qualités générales d'un corpus de règles juridiques mises en œuvre par une jurisprudence vieille de plusieurs siècles. Pour évaluer rigoureusement la sécurité juridique ou la prédictibilité d'un tel régime juridique dans son ensemble, il conviendrait de procéder à une véritable recherche empirique.

Malheureusement, les études de ce genre sont particulièrement rares. À notre connaissance, on peut en citer deux.

La première, réalisée par Nimmer, porte sur 60 décisions rendues entre 1994 et 2002 et mettant en œuvre l'exception de *fair use*. Ne parvenant à trouver « aucune corrélation statistique » entre les solutions adoptées par les différentes décisions (facteurs déterminants, etc.), l'étude conclut que le *fair use* ne sert qu'à « injecter (...) un haut degré de subjectivité et d'imprécision dans chaque facteur et leur interprétation cumulative » [118]. Selon Nimmer, les quatre facteurs du *fair use* ne servent à rien d'autre qu'à rationaliser a posteriori la décision ad hoc des juges quant à l'admissibilité de l'usage en cause. L'idée que les quatre facteurs servent à guider l'évaluation des cas de *fair use* par le juge relèverait donc du mythe.

115. Dans le même sens, voyez la proposition de « Fair Use Board » par M. Carroll, "Fixing fair use", *North Carolina Law Review* 85 (2006), p. 1090 ; voyez aussi J Mazzone, "Administering Fair Use", *William and Mary Law Review* 51.2 (2009), p. 415.

116. En ce sens, voyez les critiques de ce dispositif dans le rapport du P. Samuelson & members of the CPP, "The Copyright Principles Project : Directions for Reform", *op. cit.*, p. 1207.

117. B. Beebe, "An Empirical Study of US Copyright Fair Use Opinions", *University of Pennsylvania Law Review* 156.3 (2008), p. 553.

118. D. Nimmer, "'Fairest of them All' and Other Fairy Tales of Fair Use", *Law and Contemporary Problems* 66.1 (2003), p. 281 (notre traduction).

Toutefois, Nimmer reconnait lui-même les limites méthodologiques de son étude. Premièrement, les données incluent des décisions qui se limitent à rejeter un recours « en référé » (« summary judgement »), sans aborder le fond de l'application du *fair use* (et sont interprétées dans l'étude comme concluant à l'inapplicabilité du *fair use*) [119]. Deuxièmement, chaque élément analysé aux fins de comparaison dépend d'une interprétation potentiellement controversée de la décision en cause, que l'auteur a tenté d'évaluer « aussi objectivement que possible » [120].

L'autre étude, réalisée par Beebe, porte sur l'analyse de 306 décisions rendues entre 1978 et 2005 et réalisant une appréciation substantielle de l'applicabilité du *fair use* [121]. Cette deuxième étude, outre son échantillon nettement plus substantiel, présente l'avantage d'également fonder son analyse sur des critères non subjectifs, tels que le nombre d'appels, le nombre de jugements cassés ou réformés, le nombre d'opinions dissidentes, en plus d'une analyse intra- et inter-factorielle des décisions.

Cette deuxième étude présente de nombreuses conclusions. Premièrement, la proportion d'appels, de jugements réformés ou cassés ou d'opinions dissidentes n'est pas significativement plus élevée que dans d'autres domaines du droit [122].

Deuxièmement, l'étude de Beebe semble récuser la conclusion de Nimmer selon laquelle les juges tordent l'analyse des facteurs pour rationaliser leur décision a posteriori :

> « Rather than make a fair use determination first and then "align the four factors to fit that result as best they can," courts appeared quite willing to call the factor outcomes as they saw them, even when those outcomes did not support the overall test outcome » [123].

Une autre conclusion intéressante est que les cours inférieures affichent une tendance à ignorer délibérément certaines doctrines issues de la Cour Suprême, dans un sens qui favorise les défendeurs. Si cette conclusion est certes préoccupante, Beebe suggère qu'elle est essentiellement due à la Cour Suprême elle-même, et à sa répugnance à corriger les incohérences dans sa jurisprudence [124]

Suite à ce bref panorama, il serait assez téméraire de notre part de prétendre tirer une conclusion générale et définitive par rapport à l'effet sur la sécurité juridique qui résulterait de l'introduction d'une

119. *ibid.*, p. 278.
120. *ibid.*, p. 278.
121. B. Beebe, "An Empirical Study of US Copyright Fair Use Opinions", *op. cit.*
122. *ibid.*, p. 554.
123. *ibid.*, p. 555.
124. *ibid.*, p. 556.

exception ouverte en droit européen. Pour bien faire, il faudrait idéalement pouvoir comparer la prédictibilité de la jurisprudence appliquant le *fair use* avec la jurisprudence européenne concernant les exceptions au droit d'auteur, une étude qui sortirait largement du cadre de cette thèse. On retiendra toutefois qu'il convient de prendre avec un grain de sel l'idée selon laquelle le *fair use* est nécessairement source d'un importante sécurité juridique.

2.3.2 Le *fair use*, incompatible avec la tradition civiliste ?

Mais même si l'on parvenait à montrer que le *fair use* ne pose pas un problème irrémédiable du point de vue de la sécurité juridique, ceux qui voudraient s'en inspirer pour réformer le régime européen devraient encore répondre à un dernier argument : le *fair use* est sans doute envisageable dans un régime juridique tradition de common law, mais s'avèrerait difficilement compatible avec un régime de tradition civiliste.

Ainsi, P. Sirinelli note que « les systèmes qui ont fait le choix de la souplesse plutôt que celui de la prévisibilité, ont une tradition juridique conférant un rôle plus important au juge » [125]. En outre, « les Américains sont plus habitués que les juristes continentaux à ce type d'approche et (...) le juge américain est entraîné à faire face aux cas les plus compliqués » [126]. Dès lors, si l'on devait adopter un jour une exception ouverte, ce serait « au prix d'un changement de logique et de construction » [127].

Toutefois, il ne faut pas exagérer la différence entre les traditions juridiques. D'abord, en matière de droit d'auteur, le cadre international a conduit à une importante convergence entre les régimes de tradition de droit d'auteur et de copyright [128]. Ensuite, même du point de vue des systèmes juridiques dans leur ensemble, la thèse d'une convergence

125. P. Sirinelli, « Propos introductifs », dans A. Lucas, P. Sirinelli & A. Bensamoun, *Les exceptions au droit d'auteur - État des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, Paris : Dalloz, 2012, p. 13.

126. P. Sirinelli, "Exceptions et limites aux droit d'auteur et droits voisins", *op. cit.*, p. 20.

127. P. Sirinelli, « Propos introductifs », dans A. Lucas, P. Sirinelli & A. Bensamoun, *Les exceptions au droit d'auteur - État des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 13. Dans le même sens, A. Lucas, H.-J. Lucas & A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 333, n°351, estiment qu'un système d'exception ouvert ne correspond pas à « notre tradition, et il faut, croyons-nous, éviter de s'engager dans cette voie ».

128. Comme le note par exemple M. Senftleben, « Comparative Approaches to Fair Use : An Important Impulse for Reforms in EU Copyright Law », in G.B. Dinwoodie (ed.), *Methods and Perspectives in Intellectual Property*, Cheltenham, UK/Northampton, MA, Edward Elgar, (à paraitre, 2014).

contemporaine entre systèmes civilistes et de common law semble de plus en plus admise [129].

Une dimension par laquelle les deux systèmes semblent clairement converger est celle du rôle du juge. On dépeint traditionnellement le juge dans les systèmes de Common Law dans un rôle actif de source du droit, alors que le juge en droit civil serait essentiellement subordonné à l'interprétation de la loi par le législateur. Or, on observe à la fois un dépassement de la conception du juge comme « bouche de la loi » avec la reconnaissance ou l'affirmation [130] du rôle créateur de l'interprétation jurisprudentielle [131], et à un débordement de l'autorité de la jurisprudence des frontières du litige particulier pour s'élever au rang de source du droit à part entière [132]

Une autre dimension est celle de la technique législative. En effet, comme la rapporte Castets-Renard, le droit administratif français est tout à fait comparable à la Common Law, avec un recours fréquent aux standards textuels [133]. Et le phénomène s'étend à d'autres domaines du droit [134].

Même dans le Code civil de 1804, on observe un fréquent recours dans les textes législatifs à des notions à contenu variable [135], qu'il s'agisse de

129. J. Merryman, "On the convergence (and divergence) of the civil law and the common law", *Stanford Journal of International Law* 17 (1981). Certains soutiennent même que d'importantes similitudes entre les deux systèmes ont toujours existé Cf. G Gorla & L Moccia, "A 'revisiting'of the comparison between 'Continental Law'and 'English Law' (16th-19th Century)", *The Journal of Legal History* 2.2 (1981).

130. Pour illustrer cette évolution, on peut remarquer par exemple la lucidité qui transparait dans certaines décisions de justice, comme un jugement de 2008 du tribunal civil de Liège qui affirme explicitement que l'interprétation d'un standard telle que la norme générale de prudence prévue en droit de la responsabilité civile s'assimile à un choix de valeur : « Il est significatif de relever à cet égard que la norme générale de prudence reporte sur le juge le soin de déterminer la norme de comportement et de faire les choix de valeur nécessaires (X. Thunis, op. cit., p. 24). Ce rôle de créateur de normes, normalement dévolu au législateur, voire au juge du fond, paraît peu compatible avec la compétence conférée à la juridiction des référés », Civ. Liège (référés), 28/04/2008, *J.L.M.B.* 23(2008), p. 1015.

131. F. Ost & M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 98.

132. *ibid.*, p. 102.

133. M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 18.

134. F. Ost & M. Van De Kerchove, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris : PUF, 1992, p. 235.

135. « La notion à contenu variable s'entend comme une notion dont le signifiant, le contenant, reste fixe alors que le signifié, le contenu, évolue dans le temps et dans l'espace » C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable en droit d'auteur*, Editions L'Harmattan, 2004, p. 25. Cette distrinction entre règles précises et notions à contenu variable est exprimée dans la littérature anglophone par la distinction entre « rules » et « standards ». Remarquons que Castets-Renard pri-

notions-cadres, notions floues ou de standards [136]. Lorsque le législateur consacre volontairement de telles notions dans la loi (on parle alors de lacune *intra legem*), on considère qu'il délègue son pouvoir d'interprétation du texte légal, et laisse au juge la liberté de préciser la notion [137]. Le Code civil comporte une multitude de notions de ce genre, comme le standard du « bon père de famille » [138], la « bonne foi » [139], « l'ordre public » et les « bonne moeurs » [140], « juste cause » [141], « justes motifs » [142], « équité naturelle » [143], etc [144].

De même, en droit d'auteur, il ne faut pas chercher particulièrement loin pour trouver des standards ou des notions à contenu variables. Ainsi, les notions centrales d'« auteur », d'« œuvre », ou d'« originalité » sont toutes des notions-cadres. On pourrait rétorquer que le caractère flou de ces notions centrales est cohérent avec le principe propre à certaines traditions juridiques comme la Belgique ou la France que les droits exclusifs sont définis de manière « synthétique » (définition englobant l'ensemble des éléments envisageables), alors que les exceptions reçoivent une définition « analytique » (définition par énumération des

vilégie quant à elle une acception beaucoup plus précise de la notion de standards, comme sous-catégorie des notions à contenu variable.

136. La notion de standard juridique (souvent utilisée improprement pour désigner n'importe quelle notion flexible) peut se définir comme « une mesure moyenne de conduite sociale correcte qui repose sur des notions de moralité civique ou commerciale courantes qui ne peuvent être définies par des méthodes exactes et certaines de logique légale ». Le standard exprime une directive par référence à une norme de comportement. Cf. R. Pound, cité par Castets-Renard, p. 93 (traduction Castets-Renard)

137. C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable en droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 25.

138. Cf. par ex. l'art. 601 du Code civil belge.

139. Cf. par ex. art. 549 du Code civil belge : « Le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi (...) ».

140. Cf. art. 6 du Code civil belge : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs ».

141. Cf. art. 1299 du Code civil belge : « Celui qui a payé une dette qui était, de droit, éteinte par la compensation, ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir, au préjudice des tiers, des privilèges ou hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette ».

142. Cf. art. 344.1 du Code civil belge : « Toute adoption doit se fonder sur de justes motifs (...) ».

143. Cf. art. 565 du Code civil belge : « Le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équitéNaturelle »

144. C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable en droit d'auteur*, *op. cit.*, Notions à contenu variable et droit d'auteur, p. 100 ; cf. également M Senftleben, "Comparative Approaches to Fair Use : An Important Impulse for Reforms in EU Copyright Law", *op. cit.*, pour des exemples en droit néerlandais et allemand.

différents éléments envisagés) [145].

Toutefois, on observe que la formulation des exceptions, censément analytique, comporte également de nombreuses de notions-cadres : ainsi en va-t-il de la notion de « cercle de famille » dans l'exception d'exécution privée, la notion de « but non lucratif » dans l'exception d'enseignement et de recherche, de « but strictement privé » dans l'exception de copie privée, ou le standard d'« usages honnêtes » dans la définition de l'exception de parodie.

De même, depuis l'introduction du test en trois étapes dans la directive 2001/29, le droit européen a élevé au cœur de son régime d'exceptions les standards particulièrement indéterminés que sont les notions de « certains cas spéciaux », d'« exploitation normale » ou d'« intérêts légitimes de l'auteur ».

Il ne semble pas qu'une exception ouverte présentant un certain nombre de standards tels que les quatre facteurs du *fair use* (« the purpose and character of your use », « the nature of the copyrighted work », « the amount and substantiality of the portion taken », « the effect of the use upon the potential market ») soit foncièrement plus difficile à appliquer que les facteurs au cœur du test en trois étapes, où que les différentes notions-cadres auxquelles recourent les lois sur le droit d'auteur.

Dès lors, il parait excessif de soutenir, comme le font certains, que les régimes de tradition civiliste seraient foncièrement inadaptés à l'introduction d'exceptions ouvertes.

2.3.3 Resituer la controverse sur le *fair use* dans le débat américain

Que peut-on conclure de cette controverse sur la sécurité juridique du *fair use* ? Les critiques du *fair use* doivent-elles nous conduire à rejeter définitivement l'approche fondée dans un régime d'exceptions ouvertes ? Vu la controverse doctrinale persistante, et le faible nombre d'études empiriques, on ne peut qu'émettre des hypothèses.

Si les critiques du *fair use* étaient non seulement justifiées mais en outre généralisables, dans le sens les défauts du *fair use* américain se-

145. La distinction entre « définition synthétique » et « analytique » en droit est trop rarement définie par la doctrine juridique. Voyez A. Strowel, "Le droit d'auteur et le copyright entre histoire et nature", in : *Images et usages de la nature en droit*, sous la dir. de F Ost, M van de Kerchove & P Gérard, Bruxelles : Publications Fac St Louis, 1993, p. 332, s'inspirant notamment de F. Pollaud-Dulian, *Le droit de destination. Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Paris : LGDJ, 1988, p. 136 et 499 : le caractère synthétique des droits exclusifs est défini comme le fait que « l'ensemble des actes se situant dans la continuité de l'exploitation autorisée sont couverts par le droit ».

raient inhérents à toute exception ouverte, il y aurait certes de quoi douter sérieusement de l'opportunité d'une telle proposition.

Le nombre d'articles critiquant l'incohérence et l'imprévisibilité du *fair use* témoigne en tout cas d'une sérieuse insatisfaction, en particulier vis-à-vis de la jurisprudence de la Cour Suprême américaine. La doctrine n'a pas toujours été aussi critique vis-à-vis du *fair use*. Alors que la doctrine des années 70-80 était relativement optimiste vis-à-vis de la codification de la jurisprudence du *fair use* dans le Copyright Act, ainsi que de la flexibilité d'un tel régime d'exception, les commentaires de ces vingt dernières années sont devenus particulièrement pessimistes [146], certains prédisant même la « mort du *fair use* » [147].

Toutefois, il ne serait sans doute pas correct d'interpréter le grand nombre de critiques doctrinales du *fair use* comme critiquant les régimes d'exception ouverte en général. En effet, comme nous l'avons vu, une bonne part de ces discours critiques sur l'état du *fair use* sont le fait d'auteurs qui sont franchement partisans d'un système d'exception ouverte. Les diagnostics très pessimistes de ces auteurs visent la plupart du temps à insister sur l'urgence qu'il y aurait à rétablir la cohérence et la prévisibilité régime américain du *fair use*. Il s'agirait donc moins de condamner le principe du *fair use* que d'appeler à en réviser les lacunes. Toutefois, comme le note Beebe, en raison de sa malléabilité, la jurisprudence du *fair use* est particulièrement vulnérable aux prédictions autoréalisatrices :

> « For example, if commentators repeatedly assert that a particular form of conduct found by a particular court not to be fair use would no longer be recognized by other courts as fair use, then these other courts may come to believe that this possibly overly alarmist description of the law is accurate, and rule accordingly » [148]

Autrement dit, la doctrine ne doit pas oublier qu'elle contribue elle aussi à l'efficacité du système juridique, et qu'elle peut ou bien participer à son obsolescence en se focalisant sur ses défauts, ou bien tenter de corriger ceux-ci par une réinterprétation ou par des propositions normatives. C'est du reste dans cette optique que se situent de nombreux commentateurs, comme nous venons de le voir [149].

146. Selon B. Beebe, "Fair Use and Legal Futurism", *Law & Literature* 25.1 (2013), p. 14-15. Cf. également les auteurs cités *supra*, 2.3.1

147. M. Sag, "Copyright and Copy-Reliant Technology", *Northwestern University Law Review* 107 (2009), p. 1662 cité par B. Beebe, "Fair Use and Legal Futurism", *op. cit.*, p. 15.

148. *ibid.*, p. 16

149. Notamment W. W. Fisher, "Reconstructing the Fair Use Doctrine", *op. cit.* ; P. Samuelson, "Unbundling fair uses", *op. cit.* ; B. Beebe, "Fair Use and Legal Futurism", *op. cit.* ; M. Carroll, "Fixing fair use", *op. cit.* ; G Parchomovsky &

Une seconde hypothèse consiste à dire que ces critiques récurrentes du *fair use* sont inévitables étant donné la place centrale occupée par l'exception dans l'équilibre du copyright américain :

> « If copyright's balance is shaken, US courts will seek to recalibrate it on the basis of the fair use doctrine. Relevant decisions will trigger a heated debate. In the course of ensuing discussions, the fair use doctrine will occupy centre stage and diverse solutions as to its correct application will be espoused. Complains will potentially also be made about its flexibility » [150].

Dès lors, selon Senftleben, il faudrait relativiser ces critiques du *fair use*, étant donné que celui-ci joue en quelque sorte un rôle de bouc émissaire dans la littérature pour les tensions et évolutions du système juridique [151].

Une troisième hypothèse se fonde dans l'idée que la prévisibilité d'un régime juridique dépend de sa congruence avec les normes sociales. Par exemple, la prévisibilité des standards juridiques dépend du degré auquel ils reflètent les normes sociales ou principes moraux existants : dans la vie de tous les jours, les justiciables n'ont généralement pas de mal à déterminer ce que la prudence requiert, bien qu'ils ne connaissent pas la jurisprudence de la Cour de cassation sur le devoir général de prudence interprété à l'aune de la norme comportementale du bon père de famille. Dès lors, on pourrait dire qu'un régime de droit d'auteur présentant une exception ouverte comme le *fair use* présentera une prévisibilité proportionnelle à sa conformité aux normes sociales existantes [152].

Or, lorsque les juridictions interprètent l'exception de manière particulièrement restrictive et éloignée des normes sociales, en interdisant des actes d'utilisation généralement considérés comme équitables ou admissibles, elles contribuent à réduire la prévisibilité du régime juridique. De même, lorsqu'on assiste à une explosion des pratiques nouvelles liée à l'évolution technologique, le système juridique ne peut compter sur

K. Goldman, "Fair Use Harbors", *op. cit.* ; J Mazzone, "Administering Fair Use", *op. cit.*

150. M. Senftleben, *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, *op. cit.*, p. 165

151. *ibid.*, p. 165

152. En ce sens, voyez L. Weinreb, "Fair's Fair : A Comment on the Fair Use Doctrine", *op. cit.*, p. 1661 (dont nous avons déjà mentionné *supra* note 89 page 440 la critique des tentatives de structurer l'analyse du *fair use*). Weinreb soutient que le caractère ouvert du standard de *fair use* est désirable en lui-même, notamment en ce qu'il permet de préserver un élément normatif au sein du régime du droit d'auteur, et donne effet aux pratiques établies dans la communauté.

la stabilité des pratiques couramment admises pour fonder sa prévisibilité [153] .

En continuant sur cette hypothèse, on pourrait dire que l'imprévisibilité de la jurisprudence du *fair use* américain n'est sans doute pas nécessairement due aux défauts intrinsèques d'un régime d'exception ouverte, mais résulterait plus généralement du contexte technologique et social. Et dans un contexte instable, il n'est pas sûr qu'un système d'exceptions fermées procurerait davantage de sécurité juridique, puisqu'à moins de renoncer à toute adaptabilité, celui-ci doit soit être fréquemment étendu par le législateur, soit être interprété de manière « créative » par le juge afin de s'adapter aux nouveaux usages.

Pour conclure, il semble donc qu'il faille relativiser la controverse sur la sécurité juridique du *fair use*, qui ne semble pas affecter de manière fatale l'opportunité du modèle d'exception ouverte. S'il n'apparait pas clairement de la controverse doctrinale que l'exception américaine soit affectée de défauts rédhibitoires, il semble encore moins sûr que ces défauts affectent nécessairement le principe d'une exception ouverte fondée dans des standards textuels similaires. Il ne semble donc pas indiqué de condamner un tel modèle, surtout si l'on considère les grands avantages qu'il est susceptible de procurer en terme de flexibilité et de liberté d'usage.

Section 3 Une exception semi-ouverte de *fair dealing*

3.1 Présentation

La troisième approche s'inspire directement de l'évolution du régime canadien du *fair dealing* suite à un important revirement de jurisprudence entamé par la Cour Suprême du Canada en 2004 [154], pour transformer le *fair dealing* en exception semi-ouverte. Avant de commenter

153. A l'appui de cette hypothèse, une étude récente montre que les journalistes interrogés, bien que témoignant d'une méconnaissance frappante du régime du droit d'auteur, parviennent dans leur pratique quotidienne à des évaluations intuitives des usages admissibles remarquablement conformes aux critères du *fair use*. Mais lorsqu'ils doivent réaliser une évaluation explicite de l'admissibilité selon le *fair use* dans des situations moins familières, par exemple dans le contexte des nouvelles technologies, leurs décisions deviennent beaucoup plus erratiques. Cf. P Aufderheide & P Jaszi, *Copyright, Free Speech, and the Public's Right to Know : How Journalists Think about Fair Use*, Washington, DC : Center for Social Media, 2012

154. Cour Suprême du Canada, *CCH Canadienne c. Barreau du Haut-Canada*, 4 mars 2004, 1 R.C.S. 339

cette évolution, nous commencerons toutefois par présenter les grandes caractéristiques de l'approche classique du *fair dealing* canadien.

Inspiré du droit anglais, les exceptions de *fair dealing* sont assez communes dans les régimes de droit d'auteur des États du Commonwealth. Traditionnellement, l'exception de *fair dealing* en droit canadien ne différait pas fondamentalement des systèmes d'exceptions prévues dans la plupart des pays européens. Le *fair dealing* canadien prévoyait simplement un nombre limité de cas d'utilisation admissibles, énumérés dans une liste considérée comme exhaustive, soumis au respect d'un standard de *fairness* [155]. L'exception de *fair dealing* était considérée comme un simple moyen de défense contre une action en violation en droit d'auteur [156], en accord avec une bonne partie de la doctrine et de la jurisprudence européenne. Par ailleurs, comme en Europe [157], la doctrine et la jurisprudence canadienne soutenaient généralement la thèse selon laquelle les exceptions sont d'interprétation stricte [158].

On peut présenter l'examen de l'admissibilité d'un usage au titre du *fair dealing* comme structuré en trois étapes [159] :

> 1) l'appartenance à une des catégories de finalités prévues par la loi
>
> 2) le respect du standard de *fairness*, en fonction de différents facteurs
>
> 3) le respect de conditions légales supplémentaire (essentiellement l'attribution de l'auteur)

En comparaison, le *fair use* américain se limite à l'examen de la seconde étape (fairness) : la liste des finalités n'est pas exhaustive, et l'absence d'attribution de l'auteur n'est pas un obstacle au bénéfice de l'exception [160]. Une autre différence est que les quatre facteurs du *fair use* sont d'application obligatoire, alors que les six facteurs du *fair dealing* ne doivent pas tous être appliqués dans chaque cas [161]. À cet égard, il

155. G D'Agostino, "Healing Fair Dealing-A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to UK Fair Dealing and US Fair Use", *McGill LJ* 53.2 (2008), p. 318.

156. *ibid.*, p. 318.

157. Cf. *supra,* chapitre I *2.1.*

158. G D'Agostino, "Healing Fair Dealing-A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to UK Fair Dealing and US Fair Use", *op. cit.*, p. 329.

159. S Sklar-Heyn, "Battling Clearance Culture Shock : Comparing US Fair Use and Canadian Fair Dealing in Advancing Freedom of Expression in Non-Diction Film", *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 20.1 (2011)

160. C. J. Craig, "The changing face of fair dealing in Canadian copyright law : A proposal for legislative reform", in : *In the Public Interest : The Future of Canadian Copyright Law*, sous la dir. de M. Geist, Torronto : Irwin Law, 2005, p. 440.

161. Cour Suprême du Canada, *CCH Canadienne c. Barreau du Haut-Canada*, *op. cit.*, §53 ; Cf. D. Gervais, "Canadian Copyright Law Post- CCH", *Intellectual*

semblerait que l'examen des conditions de l'usage équitable (*fairness*) soit plus exigeant dans le cas du *fair use* américain que pour le *fair dealing* canadien. Toutefois, étant donné « la grande marge d'appréciation exercée par les juridictions américaines dans l'appréciation de ces facteurs » [162], la différence n'est probablement pas significative.

Par contraste, les régimes continentaux d'exceptions et limitations se passent entièrement de la deuxième étape. Cela ne veut pas dire pour autant que l'examen du juge se borne à constater que l'utilisation en cause entre dans la liste de finalités des exceptions prévues par la loi. L'absence de standard de fairness est compensée par des conditions d'admissibilité ad hoc prévues dans le texte de chaque exception. On pourrait donc dire que dans un système d'exception « à l'européenne », l'examen de l'admissibilité d'un usage se concentre sur l'étape 1) (l'appartenance à une finalité énumérée par la loi) et sur l'étape 3) (le respect de conditions légales) [163].

L'approche classique du *fair dealing* ne ménage donc pas davantage de place aux libertés d'usage que les systèmes d'exceptions fermés continentaux. Comme le notait Pierre Sirinelli, « Cette approche permet indiscutablement de tempérer le caractère (éventuellement) trop ouvert du "fair use" américain mais ne corrige pas les défauts des systèmes aussi fermés que le droit français » [164].

Toutefois, dès le début des années 2000, le régime canadien du *fair dealing* va entamer une impressionnante évolution, à la suite de l'ambitieux revirement de jurisprudence entamé par la Cour Suprême du Canada [165].

Property Journal 18 (2004), p. 158 ; S Sklar-Heyn, "Battling Clearance Culture Shock : Comparing US Fair Use and Canadian Fair Dealing in Advancing Freedom of Expression in Non-Diction Film", *op. cit.*, p. 251

162. *ibid.*, p. 251, note 119 (notre traduction).

163. Il convient toutefois de relativiser cette distinction entre les règles précises des exceptions continentales, et les standards des exceptions anglo-saxonnes : comme nous l'avons vu lors de notre discussion sur l'opportunité d'une exception de type *fair use* (*supra* 2.3), les conditions d'admissibilité de certaines exceptions continentales sont parfois formulées sous forme de standard

164. P. Sirinelli, "Exceptions et limites aux droit d'auteur et droits voisins", *op. cit.*, p. 22.

165. Cf. G. Reynolds, "Of Reasonableness, Fairness and the Public Interest : Judicial Review of Copyright Board Decisions in Canada's Copyright Pentalogy", in : *The Copyright Pentalogy*, Ottawa : University of Ottawa Press, 2013 ; D. Gervais, "Canadian Copyright Law Post- CCH", *op. cit.* ; A. Katz, "Fair Use 2.0 : The Rebirth of Fair Dealing in Canada", in : *The Copyright Pentalogy*, Ottawa : Ottawa University Press, 2012 ; G D'Agostino, "Healing Fair Dealing-A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to UK Fair Dealing and US Fair Use", *op. cit.* ; T Scassa, "Recalibrating Copyright Law ? : A Comment on the Supreme Court of Canada's Decision in CCH Canadian Limited et al. v. Law Society of Upper Canada", *Canadian journal of Law and Technology* 3.2 (2004)

Selon le compte rendu qu'en donne la Cour elle-même, jusqu'à l'arrêt Théberge le droit canadien était régi par une conception « centrée sur l'auteur », dans laquelle « tout avantage que pouvait tirer le public du régime de protection du droit d'auteur ne représentait qu'une "conséquence heureuse mais fortuite de la reconnaissance d'un droit privé" » [166].

Le tournant est entamé avec l'arrêt Théberge où la Cour « rompt » avec cette conception antérieure, en décidant que l'application du droit d'auteur doit assurer « un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur » [167].

La Cour amorce la transition d'une jusitification propriétarienne du droit d'auteur vers une justification instrumentale. La promotion de la création et de la diffusion des œuvres est faite « dans l'intérêt du public », et celle-ci passe par une « juste récompense » des auteurs qui ont développé des attentes légitimes en répondant à l'incitation mise en place par le régime du droit d'auteur.

La Cour enfonce le clou en ajoutant qu'un juste équilibre entre les objectifs de politique générale est atteint « non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits » [168]. En effet, une protection excessive de ces droits « pourrait restreindre indument la capacité du domaine public d'intégrer et d'embellir l'innovation créative dans l'intérêt à long terme de l'ensemble de la société, ou créer des obstacles d'ordre pratique à son utilisation légitime » [169]. On le voit, la Cour expose une formulation typique du compromis entre incitation et liberté d'usage (cf. *supra*, partie I, chapitre 2, section 1).

Mais c'est dans son arrêt CCH de 2004 que la Cour Supême du Canada va opérer le tournant le plus significatif, en consacrant par une décision unanime deux changements importants : premièrement la consécration des exceptions comme droits des utilisateurs, et deuxièmement le rejet de l'interprétation stricte des exceptions en faveur d'une interprétation « large et généreuse ».

La Cour commence par s'attarder sur le statut des exceptions au droit d'auteur. Ainsi, note-t-elle, même si l'on considère généralement que sur le plan de la procédure la charge de la preuve de l'utilisation

166. Cour Suprême du Canada, *SOCAN c. Bell*, 12 juillet 2012, 2 RCS 326, §8-9. La Cour cite ici l'article de C. J. Craig, "Locke, Labour and Limiting the Authors Right : A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law", *op. cit.*, p. 15.
167. Cour Suprême du Canada, *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain*, 28 mars 2002, 2 RCS 336, §30.
168. *ibid.*, §31 (c'est nous qui soulignons).
169. *ibid.*, §32.

équitable pèse sur le défendeur, « il est peut-être plus juste de considérer cette exception comme une partie intégrante de la Loi sur le droit d'auteur plutôt que comme un simple moyen de défense » [170]. En tant que tel, et « à l'instar des autres exceptions que prévoit la loi sur le droit d'auteur », le *fair dealing* « correspond à un droit des utilisateurs » [171]

La signification de cette élévation du *fair dealing* en un « droit des utilisateurs » n'est pas tout à fait claire. En effet, la Cour ne précise pas la nature juridique exacte ni les implications de ce droit des utilisateurs. Les utilisateurs disposent-ils d'un droit d'action en vue de faire respecter leur droit au *fair dealing*, contre l'imposition de mesures techniques de protection (MTP) qui en empêcheraient l'exercice, ou bien la Cour a-t-elle simplement voulu marquer un point symbolique en élevant le droit au *fair dealing* à la même dignité que les droits exclusifs, même si ceux-ci ne donnent pas exactement lieu aux mêmes prérogatives ?

Quel que soit le régime juridique découlant de ce nouveau statut, il représente un tournant symbolique fort, puisqu'en tant que droits des utilisateurs, les exceptions sont clairement considérées comme « une partie intégrante de la Loi sur le droit d'auteur » [172], participant au juste équilibre au coeur du régime juridique.

La principale conséquence dégagée par la Cour de cette consécration des exceptions comme droits des utilisateurs se situe au niveau de la méthode d'interprétation :

> « Pour maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d'auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne faut pas l'interpréter restrictivement. Comme le professeur Vaver, *op. cit.*, l'a expliqué, (...) "[l]es droits des utilisateurs ne sont pas de simples échappatoires. Les droits du titulaire et ceux de l'utilisateur doivent donc recevoir l'interprétation juste et équilibrée que commande une mesure législative visant à remédier à un état de fait." »

Se tournant ensuite vers l'examen de la finalité d'utilisation invoquée, la Cour déclare : « Il faut interpréter le mot « recherche » de manière large [en anglais « large and liberal »] afin que les droits des utilisateurs ne soient pas indûment restreints » [173].

170. *idem*, *CCH Canadienne c. Barreau du Haut-Canada*, *op. cit.*, §48. On peut se demander si la Cour conteste également le fait que la charge de la preuve de l'utilisation équitable pèse sur le défendeur, ou si la reconnaissance des exceptions comme droits des utilisateurs ne change rien à la procédure applicable.
171. *ibid.*, §48.
172. *ibid.*, §48.
173. *ibid.*, §51. Notons que la Cour n'est toutefois pas claire sur la question de savoir si cette interprétation large se limite au premier facteur de l'exception, la finalité d'utilisation, ou s'étend également aux autres facteurs.

En prônant ce principe d'interprétation « large et généreuse », la Cour Suprême fait évoluer le *fair dealing* canadien d'un régime fermé à un régime semi-ouvert. En effet bien que les finalités d'utilisations sont spécifiées dans une liste exhaustive, les facteurs permettant de déterminer le caractère acceptable de l'utilisation sont interprétés de manière suffisamment large pour permettre une certaine flexibilité.

Selon certains, l'évolution entamée par la Cour dans l'arrêt CCH conduit à rapprocher en pratique le régime du *fair dealing* canadien du régime du *fair use* [174]. Toutefois, une différence capitale demeure : dans le régime canadien du *fair dealing*, la portée de l'exception reste limitée par le texte de la loi qui prévoit une liste de finalités admises, et ne peut être étendue que par interprétation large de ces finalités.

Ainsi, la Cour Suprême de Colombie britannique a jugé en 2008 que la parodie n'était pas couverte par la liste de finalités admissibles au titre du *fair dealing* [175]. Il faudra attendre la réforme en 2012 de la loi canadienne sur le droit d'auteur pour que les finalités de parodie, satire et d'éducation soient ajoutées à l'exception de *fair dealing*, parmi d'autres exceptions nouvelles [176]. Ce faisant, le législateur a adopté une position de compromis entre ceux qui, dans la foulée de l'arrêt CCH, souhaitaient faire du *fair dealing* une exception ouverte similaire au *fair use*, et ceux qui s'opposaient à toute extension des exceptions.

Le régime canadien du *fair dealing*, contraint par une liste d'exception fermée mais flexibilisé par le principe d'interprétation large, peut donc être qualifié de semi-ouvert.

Un tel régime d'exception hybride présente peu d'équivalents, mais se rapproche de certaines propositions récentes. Ainsi, dans la proposition de Code européen de droit d'auteur émanant du « Wittem Group », rassemblant une quinzaine d'académiques européens influents dans le domaine du droit d'auteur, on trouve également une disposition semi-ouverte de ce genre :

> « Art. 5.5 – Further limitations
>
> Any other use that is comparable to the uses enumerated in art. 5.1 to 5.4(1) is permitted provided that the corresponding requirements of the relevant limitation are met and the use does not conflict with the normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate in-

174. M. Geist, "Fairness Found : How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use", *op. cit.*, p. 159.

175. Cour suprême de Colombie-Britannique, *Canwest v. Horizon*, 2008 BCSC 1609.

176. La réforme de 2012 a en outre introduit une exception de copie privée, de copie provisoire, une exception sur les contenus générés par les utilisateurs (que nous discutons dans notre Section 2), et une exception pour le time-shifting : cf. Loi canadienne sur la modernisation du droit d'auteur, L.C. 2012, ch. 20.

> terests of the author or rightholder, taking account of the legitimate interests of third parties. » [177]

D'après ses concepteurs, la proposition reflète une combinaison d'éléments issus de traditions common law et de droit civil, en prévoyant une flexibilité encadrée par la double contrainte liée à l'exigence de cas similaires et au respect de conditions inspirées du test en trois étapes.

On trouve encore le même genre d'exception semi-ouverte dans la proposition de reformulation de l'article 5(5) de la directive 2001/29 par Martin Senftleben [178], cherchant à promouvoir une interprétation du test en trois étapes comme instrument de flexibilité plutôt que de rigidité :

> « In certain special cases *comparable to* those reflected by the exceptions and limitations provided for in paragraphs 1, 2, 3 and 4, the use of works or other subject-matter may also be exempted from the reproduction right provided for in Article 2 and/or the right of communication and making available to the public provided for in Article 3, provided that such use does not conflict with a normal exploitation of the work or other subject-matter and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the rightholder » [179]

Enfin, il y a quelques années, le ministère de la culture brésilien, alors dirigé par le musicien Gilberto Gil, a entamé un important processus de consultation publique sur la réforme du droit d'auteur, qui a abouti à une proposition de loi [180] présentant, en plus d'une liste d'exceptions classiques, une exception semi-ouverte comparable au régime actuel du *fair dealing* canadien :

> « *Besides the cases expressly foreseen* in this article, the reproduction, distribution, and communication to the public of protected works shall also not be considered an offense to author's rights, with no need for the previous and express authorization of the rights holder, or remuneration required from users, *when the use is* :
>
> I – for educational, didactic, informative, or research purposes, or for use as a creative resource ;
>
> II – carried out to the extent necessary to achieve the ends sought, without jeopardizing the normal exploitation

177. Wittem Group, *European Copyright Code*, *op. cit.*, art. 5.5.

178. cf. M Senftleben, "Comparative Approaches to Fair Use : An Important Impulse for Reforms in EU Copyright Law", *op. cit.* », p. 19

179. cf. *ibid.*, p. 19 (c'est nous qui soulignons)

180. Cf. Projeto de Lei « PL 3133/2012 », disponible sur le site de la Chambre des Députés brésilienne, http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534039

> of the used work, without causing unjustified prejudice to the legitimate interests of the authors » [181]

La proposition brésilienne semble également ouvrir à une interprétation large des cas d'exceptions, dans la mesure où elle précise qu'elle porte « au-delà des cas d'exceptions expressément prévus », tout en contraignant sa portée à une liste limitative de finalités d'utilisation, et en ajoutant une série de conditions inspirées du test en trois étapes [182].

3.2 Compatibilité avec le droit en vigueur

3.2.1 Droit international

La compatibilité des régimes classiques de *fair dealing* (comme au Royaume-Uni, en Australie et, originellement, au Canada) avec le cadre international du droit d'auteur n'a jamais vraiment posé problème. Ricketson, qui émet certains doutes sur l'admissibilité du *fair use* américain, évoque le *fair dealing* prévu par le droit australien [183] comme « un parfait exemple de conformité avec le test en trois étapes » [184].

Premièrement, Ricketson note que les facteurs de l'exception de *fair dealing*, « portent sur les mêmes enjeux que ceux soulevés par le test en trois étapes » [185], notamment l'ampleur de l'emprunt à l'œuvre et l'effet

181. Texte de la consultation 9610/98, art. 45, *in fine*, d'après la traduction officieuse par Pedro Mizukami, http://infojustice.org/archives/26900 (c'est nous qui soulignons). Le texte original de l'art. 45, *in fine* est le suivant :

> « Parágrafo único. Além dos casos previstos expressamente neste artigo, também não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução, distribuição e comunicação ao público de obras protegidas, dispensando-se, inclusive, a prévia e expressa autorização do titular e a necessidade de remuneração por parte de quem as utiliza, quando essa utilização for :
>
> I – para fins educacionais, didáticos, informativos, de pesquisa ou para uso como recurso criativo ; e
>
> II – feita na medida justificada para o fim a se atingir, sem prejudicar a exploração normal da obra utilizada e nem causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores. (126 Propostas) » (disponible à l'adresse http://www2.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/consulta/)

182. D'après une présentation de P. Paranagua, *Copyright Reforms in Brazil and the United States*, Cambridge, MA : conférence à la Harvard Law School, avr. 2014, après quelques hésitations du législateur brésilien, l'idée serait à nouveau à l'ordre du jour, et le ministère de la culture pencherait sur une nouvelle version du texte, similaire à la proposition de l'époque de Gilberto Gil.

183. Australian Copyright Act, 1968, art. 40(2).

184. S. Ricketson & V. Barrister, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, Sydney : Centre for Copyright Studies, 2002, p. 6

185. *ibid.*, p. 6.

de l'utilisation sur le marché de l'œuvre, qu'on pourrait rapprocher du critère d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Dès lors, l'examen des différents facteurs du *fair dealing* revient du même coup à s'assurer que les exigences du test en trois étapes sont remplies [186].

Deuxièmement, le fait que le *fair dealing* australien se base sur une liste exhaustive de cas d'utilisation lui permet d'échapper aux objections invoquant une interprétation restrictive de la condition « dans certains cas spéciaux ».

Peut-on transposer ces conclusions au régime canadien de *fair dealing*, en particulier depuis son extension par la Cour Suprême dans l'arrêt CCH ?

Tout comme la loi australienne, les six facteurs dégagés par la Cour Suprême canadienne [187] touchent aux mêmes questions que les critères du test en trois étapes. Toutefois, le fait que les différents facteurs de *fairness* ne sont pas d'application obligatoire dans le régime canadien pourrait constituer une difficulté. Pour remédier à ce problème, une solution médiane pourrait s'inspirer de la lecture globale du test en trois étapes prônée par la déclaration de Munich [188] : la prise en considération des différents facteurs serait obligatoire, mais la satisfaction aux exigences du test de fairness devrait être appréciée dans sa globalité, plutôt qu'en cumulant les exigences de chacun des facteurs. Une telle lecture garantirait que les préoccupations du test en trois étapes seraient évaluées, sans ériger une étape particulière en couperet inflexible.

Reste à régler la question la plus délicate : la méthode d'interprétation large adoptée par la Cour Suprême du Canada est-elle compatible avec la première étape du test, qui exige que les exceptions soient prévues « dans certains cas spéciaux » ?

Tout dépend de l'interprétation donnée aux différentes dispositions en jeu. En ce qui concerne l'interprétation modérée du test (faisant une interprétation qualitative du terme « spéciaux »), nous avons soutenu qu'elle était clairement compatible avec une exception ouverte de type *fair use* ; on peut donc en déduire a fortiori qu'elle devrait également être compatible avec une exception semi-ouverte comme le *fair dealing* canadien.

Mais peut-on en dire autant de l'interprétation restrictive du test, inspirée du panel de l'OMC, et qui considère que l'expression « dans

186. Nous avons vu que le même argument pouvait être fait à propos du *fair use* : issus du droit anglais les facteurs d'appréciation de la fairness sont en effet similaires dans la plupart des régimes de copyright.

187. Cf. Cour Suprême du Canada, *CCH Canadienne c. Barreau du Haut-Canada*, *op. cit.* (voyez en particulier les § 48 à 60). Ces facteurs sont très similaires des facteurs prévus à l'article 40(2) de la loi australienne.

188. Cf. C. Geiger et al., "Déclaration en vue d'une interprétation du "test des trois étapes" respectant les équilibres du droit d'auteur", *op. cit.* Voyez également notre discussion *supra*, chapitre I, 1.3.

certains cas spéciaux » renvoie à la double exigence d'être « clairement défini » et d'avoir « une portée et une étendue restreinte » ?

Il nous semble que l'on peut répondre par l'affirmative. En effet, même si l'on devait conclure que le *fair use* n'est pas conforme à l'interprétation restrictive du test [189], il y a de bonnes raisons de penser qu'un *fair dealing* dont les finalités d'utilisation sont interprétées de manière « large et libérale » suivant la jurisprudence de la Cour Suprême canadienne, y satisfait sans problème : d'une part parce que la portée et l'étendue de l'exception parait suffisamment déterminable et particularisée par la précision dans la loi canadienne des finalités d'utilisation de référence, et d'autre part parce que l'interprétation par extension ou par analogie avec des cas prévus par la loi parait suffisamment prévisible pour satisfaire à l'exigence de sécurité juridique.

In fine, cette discussion renvoie à la question de savoir si le respect du test en trois étapes implique nécessairement une interprétation stricte des exceptions. Nous avons soutenu que tel n'était pas le cas : l'interprétation stricte peut constituer un moyen radical d'assurer le respect du test en trois étapes, mais elle ne constitue pas une condition nécessaire au respect du test, que le législateur peut assurer par d'autres moyens (cf. *supra*, chapitre I, 2.2.4).

3.2.2 Droit belge et européen

Nous examinerons la possibilité d'une transposition en droit belge et européen des deux principaux apports de la Cour Suprême du Canada dans l'arrêt CCH : d'une part l'idée que les exceptions sont des droits des utilisateurs, et d'autre part le principe d'une interprétation large des exceptions.

Les exceptions comme droits des utilisateurs

La qualification des exceptions et limitations au droit d'auteur comme « droits des utilisateurs » serait-elle admissible en droit belge et européen ?

Le principal enjeu de la discussion est celui de l'effectivité de la protection de ces exceptions au droit d'auteur. Implique-t-elle seulement la possibilité d'invoquer un moyen de défense en cas d'action au droit d'auteur, ou doit -elle également conduire à un droit d'action en justice ? Pour parler en termes hohfeldiens, les exceptions doivent-elles être

189. Bien entendu, si l'on considère que le *fair use* satisfait à ces exigences, on peut en déduire a fortiori que le *fair dealing* semi-ouvert, plus restrictif, y satisfait également.

conçues comme de simples libertés-privilèges, ou bien plutôt comme des droits-revendication ? [190]

Si la directive 2001/29 impose un certain nombre de contraintes à l'instauration d'« exceptions et limitations » au droit d'auteur (liste limitative, respect du test en trois étapes), elle reste muette sur leur nature juridique. En tant que telle, la directive n'interdit donc pas au législateur national de considérer que ces exceptions et limitations constituent des droits des utilisateurs.

La question de la qualification juridique des exceptions s'est déjà posée dans la doctrine et la jurisprudence nationale, et n'a toujours pas été clairement résolue. Souvent, ce débat sur la qualification des exceptions en droit des utilisateurs s'est focalisé sur leur appartenance ou non à la catégorie des droits subjectifs.

Certains auteurs récusent la qualification des exceptions en tant que droit des utilisateurs, au motif qu'elles ne résulteraient qu'en une simple tolérance légale, ou consisteraient au mieux en des moyens de défense. La qualification des exceptions comme tolérance légale revient à considérer que l'utilisation en cause est en principe couverte par le droit d'auteur, mais qu'elle est néanmoins tolérée par la loi en raison de son caractère insignifiant, ou de l'impossibilité pratique de la contrôler. Une telle conception, soutenue notamment par une interprétation restrictive du test en trois étapes, reviendrait à considérer que les exceptions sont seulement justifiées par la règle *de minimis non curat praetor* [191] ou par l'existence d'une défaillance de marché. Ces tolérances légales sont donc vulnérables à l'évolution des conditions technologiques et de marché [192]. Toutefois, comme nous l'avons vu, l'interprétation restrictive du test en trois étapes n'est pas le seul horizon possible. De plus, il parait difficile de nier que les exceptions sont la plupart du temps justifiées par des considérations de politiques publiques, et participent à l'équilibre général d'un régime de droit d'auteur.

Une autre interprétation consiste à considérer les exceptions comme un moyen de défense. En tant que telles, les exceptions ne peuvent être invoquées devant un juge que par un défendeur contre une action en violation du droit d'auteur. Aux États-Unis, l'exception de *fair use* est généralement qualifiée de simple moyen de défense, dans la lignée de sa

190. Cf. *supra*, partie I, chapitre I, 2.2.

191. Or, ce principe *de minimis* n'est généralement pas reconnu dans les régimes européens du droit d'auteur. Dans ces régimes juridiques, il constituerait donc un fondement particulièrement fragile aux exceptions.

192. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, p. 479 ; V.-L. Bénabou, "Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques A propos de l'arrêt Mulholland Drive", *juriscom.net* (2005), url : http://www.juriscom.net/wp-content/documents/da20050530.pdf, p. 4-5.

qualification par la Cour Suprême comme d'une affirmative defense [193]. Cette thèse des exceptions comme moyen de défense parait au moins emporter la reconnaissance que les exceptions délimitent bien la frontière des droits exclusifs, puisque les actes couverts par les exceptions n'entrent pas dans le champ du droit d'auteur. Toutefois, si la pérennité des exceptions en tant que moyen de défense parait légèrement plus assurée qu'en tant que tolérance légale, leurs conséquences juridiques restent assez modestes, puisque les bénéficiaires des exceptions ne jouiraient d'aucun remède juridique pour faire respecter l'effectivité des exceptions en dehors des prétoires.

D'autres soutiennent au contraire que les exceptions devraient être considérées comme des « droits des utilisateurs » au sens large, voire comme de véritables droits subjectifs [194]. Cette idée des exceptions comme droits des utilisateurs a été considérée par quelques cas de jurisprudence en France [195] et en Belgique [196], mais avouons-le, sans beaucoup de succès jusqu'ici.

193. United States Supreme Court, *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994), p. 590.

194. Cf. G. Pessach, "Reverse Exclusion in Copyright Law - Reconfiguring Users' Rights", in : *Fifth Advanced Research Forum on Intellectual Property Rights*, Genève : OMPI, WIPO/IPR/GE/11, avr. 2011, url : http://papers.ssrn.com/abstract=1813082 ; V.-L. Bénabou, "Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques A propos de l'arrêt Mulholland Drive", *op. cit.*, p. 4-5 ; M. Vivant & G. Vercken, "Mesures techniques de protection sur des DVD : le test des trois étapes met en échec l'exception de copie privée", *Légipresse* 214 (2004), p. 238.

195. Ainsi, dans une affaire « Mulholland Drive », la cour d'appel de Paris va reconnaitre un droit d'action aux bénéficiaires de l'exception de copie privée (en l'occurrence un consommateur se plaignant d'un dispositif anti-copie présent sur un DVD). Cf. cour d'appel de Paris, 22 avril 2005, arrêt UFC Que-Choisir c/ Universal Pictures Video Fr et autres ; Cf. V.-L. Bénabou, "Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques A propos de l'arrêt Mulholland Drive", *op. cit.* ; S. Dusollier, "Le "droit à la copie privée" Le débat est-il clos ?, note sous Bruxelles 9 septembre 2005", *RDTI* 23 (2005)). L'arrêt sera néanmoins anéanti en cassation (Cour de Cassation de France (1e ch. civ.), n° 549, 28 février 2006). Pour un commentaire de cette décision, voyez T. Léonard, "Mulholland Drive chute sur l'épine du droit subjectif", *RDTI* 29 (2007) ; S. Dusollier, "Dernier tournant de l'affaire Mulholland Drive", *A&M* 2 (2006)

196. Cf. Cour d'appel de Bruxelles, *Test-Achat c. Sony Music*, 9 septembre 2005. Dans cette affaire, la Cour a écarté une demande similaire en affirmant de manière peu surprenante que l'exception de copie privée n'est pas en elle-même « un droit d'auteur » (ce qui était la thèse étrange des demandeurs), sans toutefois se prononcer sur sa nature de droit subjectif. En effet, la Cour avait rejeté une réouverture des débats invoquée par les demandeurs pour suite à l'arrêt de la cour d'appel de Paris dans l'affaire Mulholland Drive, en argüant qu'en l'espèce, « la cour ne fonde pas ses décisions sur cette question [d'un droit à la copie privée] ». Cf. E. Wéry, *La copie privée au centre de toutes les attentions : la cour d'appel et le Parlement se penchent sur la question*, 2005, url : http://www.droit.be/actuality-904/ (visité le 22/09/2014)

En outre, l'interprétation des exceptions comme droits subjectifs a fait l'objet de vives de critiques de la part d'une partie de la doctrine, soutenant que les exceptions ne satisfont pas à l'ensemble des caractéristiques essentielles des droits subjectifs, et que donc elles ne peuvent être qualifiées comme telles.

En effet, alors qu'un droit subjectif est reconnu « de manière spécifique, exclusive ou inégalitaire », les exceptions au droit d'auteur sont ouvertes à tous [197] ; alors que le pouvoir du titulaire d'un droit subjectif est cessible, le bénéfice des exceptions ne peut l'être [198] ; et alors que le titulaire d'un droit subjectif dispose d'une action en cas de non-respect, ce n'est généralement pas le cas des bénéficiaires d'exceptions au droit d'auteur [199]. À défaut de posséder ces caractéristiques, et notamment celle d'être assorties d'une action en justice, les exceptions ne sauraient être qualifiées de droits subjectifs.

Vercken et Vivant critiquent vivement ce raisonnement, qu'ils considèrent comme une pétition de principe. En effet, la question de l'octroi d'un droit d'action au bénéficiaire de l'exception (en l'occurrence l'exception de copie privée) serait précisément ce qui est en jeu dans la discussion :

> « Si celui-ci prétend agir en justice pour se voir reconnaitre la possibilité de réaliser la copie, on va lui dénier, dans l'analyse faite, la faculté d'agir en justice parce qu'il ne détient pas un droit au motif qu'il ne peut pas agir en justice ! Difficile d'imaginer raisonnement plus circulaire. » [200]

L'origine de cette controverse vient sans doute que les deux parties ne se situent pas exactement sur le même plan. D'une part, les opposants à la qualification des exceptions comme droits subjectifs adoptent une posture purement descriptive de l'état de la jurisprudence, visant à qualifier les exceptions compte tenu de ses caractéristiques et de leurs effets observés. Tel un zoologiste, le juriste cherche parfois simplement à tirer des conclusions sur la catégorisation de telle ou telle espèce juridique, en raisonnant par induction à partir de la jurisprudence qu'il prend comme matériau empirique. Dans cette optique, il est pertinent de noter que comme on ne reconnait généralement pas de réel « pouvoir »

197. S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, p. 483, n°623.

198. C. Colin, *Droit d'utilisation des œuvres*, *op. cit.*, p. 529, n°814.

199. *ibid.*, p. 529, n° 815 ; S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, p. 483, n°623. Cf. les affaires Mulholland Drive et Test-Achats c. Sony Music, citées *supra*, notes 195 et 196 page précédente. En outre les moyens d'actions spécifiques conférés aux bénéficiaires de certaines exceptions neutralisées par des mesures techniques sont trop parcellaires permettre de déduire un véritable droit subjectif (*ibid.*, p. 485, n°626).

200. M. Vivant & G. Vercken, "Copie privée et mesures techniques : un équilibre encore à trouver", *Légipresse* 227 (2005), p. 238.

aux utilisateurs, qui serait protégé par une action en justice, il n'est pas possible dans l'état actuel du droit de décrire les exceptions comme des droits subjectifs. Le zoologiste ne se demande pas si les oiseaux *devraient* voler : il peut juste conclure de l'étude des ailes d'un spécimen si celui-ci en est capable, et classifier les espèces en fonction de leurs aptitudes et caractéristiques physiques.

Mais l'autre camp ne cherche pas simplement à induire la qualification correcte à partir de la pratique judiciaire, mais pose plutôt la question de savoir s'il *faut* reconnaitre une possibilité d'action en justice aux bénéficiaires des exceptions. On peut en effet considérer qu'une telle prérogative est nécessaire pour assurer une effectivité aux exceptions reconnues par la loi, ou pour réaliser la balance des intérêts au fondement du droit d'auteur. Un tel raisonnement ne doit pas nécessairement relever d'une approche *de lege ferenda*. En effet, il arrive souvent que les juristes, raisonnant en ingénieurs, se demandent quelles conséquences devraient découler de lege lata de l'impératif de cohérence du système juridique ou de la prise en compte de normes supérieures. Comme l'ingénieur, le juriste ne se contente pas de décrire son objet d'étude, mais travaille au bon fonctionnement du système juridique, en tenant compte des impératifs supérieurs et des contraintes techniques. Certes, la frontière est parfois ténue entre le raisonnement *de lege lata* du juriste-ingénieur et celui de *lege feranda* du législateur-architecte (ou du philosophe). Mais telle est l'ambigüité du rôle de la jurisprudence et de la doctrine comme sources (respectivement directes et indirectes) du droit.

Dans cette optique, il ne nous parait pas nécessaire de chercher à tout prix à qualifier les exceptions de droit subjectif pour leur accorder une certaine protection. Avec François Ost, on pourrait en effet s'interroger sur ce qui justifie « cette constante attirance pour le droit subjectif, sorte de *Graal* juridique à la conquête duquel se lancent des générations de juristes » [201]. Plutôt que d'une vision binaire entre droits et intérêts, il semble qu'on peut considérer que ces deux pôles se situent sur un continuum [202]. Toujours en suivant Ost, on peut se demander si le droit contemporain, avec la reconnaissance de nouveaux « droits à », « n'accorde pas davantage d'importance au droit d'être entendu par un juge qu'à la reconnaissance de droits subjectifs » [203]. Les droits subjectifs ne seraient donc pas les seules prérogatives susceptibles de protection, y compris par une action en justice. Peu nous importe dès lors que les

201. F. Ost, *Droit et intérêt : Entre droit et non-droit, l'intérêt, vol. 2*, sous la dir. de P. Gérard, F. Ost & M. van de Kerchove, Publications des FUSL, 1990, p. 113.
202. Selon la réinterprétation par Ost de la théorie d'André Gervais, cf. *ibid.*, p. 35.
203. *ibid.*, p. 116.

exceptions au droit d'auteur ne puissent entrer dans la catégorie des droits subjectifs, rigoureusement interprétée.

On pourrait dès lors se demander s'il n'est pas possible de trouver une qualification juridique aux exceptions qui leur procurerait une certaine efficacité juridique.

La loi belge sur le droit d'auteur ne nous donne pas beaucoup d'indications à ce sujet, et la sobriété avec laquelle les dispositions prévoyant les exceptions sont formulées pourrait certes accréditer la conclusion qu'il n'a pas entendu donner à ces dispositions une étendue ni une force significative [204]. La loi sur le droit d'auteur prévoit seulement que certains actes « ne portent pas atteinte au droit d'auteur » [205], ou que « l'auteur ne peut interdire » les actes que la loi détermine [206]. La directive 2001/29 utilise une variété d'expressions apparemment interchangeables, parlant d'actes qui « sont exemptés du droit de *reproduction* » [207], ou de la faculté des États membres de « prévoir des *exceptions ou limitations* au droit de reproduction » [208] dans les hypothèses énumérées.

Dans la doctrine française, certains distinguent les « exceptions » énumérées par la loi, qui seraient de simples dérogations pour des cas particuliers, et les « limites naturelles » du droit d'auteur liées à la définition du droit exclusif, telles que la distinction entre idée et expression ou la limite de la durée de protection [209].

Toutefois, avec Geiger [210], il nous semble qu'une telle distinction n'a pas lieu d'être, car tant les limites de la définition des droits exclusifs que les dispositions prévues à l'article 5 de la directive découlent de la « nature » du droit d'auteur, résultant de la prise en compte en compte de l'intérêt général et des droits fondamentaux, et ont pour fonction de délimiter la portée des droits exclusifs de l'auteur. Selon Geiger, il faudrait considérer toutes les exceptions comme des « limitations » à part entière, c'est-à-dire comme délimitant la frontière des droits exclusifs, qui découle de la balance des intérêts réalisés par le régime du droit d'auteur [211].

204. En ce sens, T. Léonard, "Mulholland Drive chute sur l'épine du droit subjectif", *op. cit.*, p. 357.
205. Art. XI.189 du code de droit économique (anciennement art. 21 de la loi du 30 juin 1994 sur le droit d'auteur).
206. Art. XI.190 du code de droit économique (anciennement art. 22 de la loi du 30 juin 1994 sur le droit d'auteur).
207. Directive 2001/29, art. 5.1
208. Directive 2001/29, art. 5.2
209. A. Lucas & H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°289 ; Cf. également C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information : approche de droit comparé*, *op. cit.*, p. 195 et suiv.
210. *ibid.*, p. 195.
211. Cf. sur ce point *ibid.*, p. 194-198. Sacrifiant à l'usage en doctrine française,

Si dans son arrêt Infopaq, la CJUE ne semble pas s'embarrasser de telles distinctions [212], elle a cherché à donner un effet utile à la terminologie de la directive qui parle d'« exceptions » et de « limitations » dans un arrêt « VG Wört » de 2013 [213]. Ainsi, dit la Cour, le droit exclusif peut soit être « totalement exclu, à titre d'exception », soit « simplement limité ». Dans le cas d'une « exception » il s'agit d'« exclure totalement », « dans le cadre du champ d'application matériel de cette disposition, tout droit, pour les titulaires de droits, d'autoriser la reproduction de leurs œuvres ou d'autres objets protégés » [214]. Dans le cas d'une « simple limitation » celle-ci peut « comporter, partiellement, en fonction des différentes situations particulières qu'elle régit, une exclusion, une restriction, voire le maintien dudit droit » [215]. Contrairement à la distinction faite dans la doctrine française [216], il semble que ce soient ici les « exceptions » qui ont le statut le plus important, alors que les « limitations » ont un statut moindre.

Les subtilités du raisonnement de la Cour ne semblent qu'ajouter davantage de confusion. Outre que la Cour ne semble pas préciser lesquelles des dispositions prévues à l'article 5 constituent des « exceptions totales » ou de « simples limitations », il semble que son raisonnement force le trait sur une distinction de principe qui n'existe pas : dire qu'une « simple limitation » comporte une « exclusion partielle » du droit de reproduction revient à la même chose que de dire qu'elle a « exclu totalement » le droit mais dans un champ d'application plus limité.

À contre-courant du raisonnement de la Cour et d'une partie de la doctrine, il nous semble donc qu'il faille rejeter ces distinctions artificielles et peu éclairantes. L'exégèse des textes légaux ne semble pas donner des résultats suffisamment cohérents pour permettre de déterminer la qualification juridique des exceptions.

On notera par contre que dans un récent arrêt Technische Universität Darmstadt, la CJUE a utilisé un tout autre vocabulaire, puisqu'elle a parlé d'un « *droit* accessoire » de numérisation qui découlerait de la nécessité de garantir l'effet utile de l'exception en faveur des bibliothèques

Geiger continue toutefois à employer le terme « exception », malgré ses réserves quant aux connotations d'un tel terme.

212. La cour y reprend simplement le terme « exemption » utilisé par l'article 5.1 évoqué dans le recours ; C.J.U.E., *Infopaq c. Danske Dagblades Forening ("Infopaq I")*, *op. cit.*

213. C.J.U.E., *VG Wört*, C-457/11 et C-460/11, 27 juin 2013, n°33 à 35.

214. *ibid.*, n°37-38.

215. *ibid.*, n°34.

216. Cf. le précis de Lucas, Lucas et Lucas-Schoelter, évoquant une distinction entre « exceptions » et limitations, apparemment différente de celle entre « exceptions » et « limites internes » au droit d'auteur ; cf. A. Lucas, H.-J. Lucas & A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, §336 et 342

prévu à l'art. 5, §3, n) de la directive [217]. La Cour n'élabore toutefois pas sur ce point, et il est difficile de déterminer la portée qu'elle a voulu donner à ce terme.

Pour répondre à la question de la qualification juridique des exceptions, les arguments formalistes tirés de la terminologie législative paraissent peu concluants [218].

Une voie plus prometteuse consiste sans doute à partir de leur fonction dans le régime du droit d'auteur. Dans le cadre d'un régime de droits exclusifs n'ayant pas vocation à être illimités, les exceptions découlent tout autant que les droits exclusifs de la justification du droit d'auteur, qu'il s'agisse de la nécessité de réaliser un compromis entre incitation et liberté d'usage, ou de l'exigence de prévoir des compensations pour l'appropriation en vue de satisfaire la clause lockéenne (cf. *supra*, partie I). Dès lors, il semble que les exceptions au droit d'auteur constituent toutes des limites « naturelles » ou intrinsèques du droit d'auteur, résultant de l'équilibre réalisé par le législateur.

C'est la ligne suivie par la Cour Suprême du Canada dans son arrêt CCH :

> « Sur le plan procédural, le défendeur doit prouver que son utilisation de l'œuvre était équitable ; cependant, il est peut-être plus juste de considérer cette exception comme une partie intégrante de la Loi sur le droit d'auteur plutôt que comme un simple moyen de défense. Un acte visé par l'exception relative à l'utilisation équitable ne viole pas le droit d'auteur. À l'instar des autres exceptions que prévoit la Loi sur le droit d'auteur, cette exception correspond à un droit des utilisateurs » [219]

En outre, la reconnaissance par la loi n'est pas le seul fondement juridique des exceptions. En plus de leur assise légale, les exceptions semblent également pouvoir bénéficier du soutien de normes supérieures. En effet, il est généralement admis dans la doctrine qu'au moins une partie des exceptions trouvent leur fondement non dans de simples considérations pratiques comme les défaillances de marché, ni seulement dans l'intérêt privé des utilisateurs, mais dans des considérations relatives à l'intérêt général ou aux droits fondamentaux [220]. Dans la première par-

217. C.J.U.E., *Technische Universität Darmstadt*, *op. cit.*, §43

218. Comme nous l'avons également noté plus haut, en notant la variété de terminologie utilisées par les différents législateurs européens (cf. *supra* texte accompagnant la note 134 page 382)

219. Cour Suprême du Canada, *CCH Canadienne c. Barreau du Haut-Canada*, *op. cit.*, §48

220. Cf. C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information : approche de droit comparé*, *op. cit.*, p. 197 et suiv ; M. Buydens, "La nouvelle directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits

tie de cette thèse, nous avons soutenu une approche de ce genre puisque nous avons considéré que le droit d'auteur n'était justifié qu'en tant que compromis entre incitation et usage, et que la protection des libertés d'usage de l'information était rendue plus pressante encore par l'objectif d'ouverture de l'environnement numérique. Cette approche trouve par ailleurs un appui en droit positif dans les références au « juste équilibre » au fondement du droit d'auteur dans divers textes législatifs ou traités internationaux [221], ou dans la référence au droit de participer à la vie culturelle précédant le droit à la protection des intérêts des auteurs dans les articles 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et à l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels [222].

La multiplication des droits fondamentaux, y compris ceux de deuxième et de troisième génération, permet d'ailleurs un certain recoupement entre les exceptions généralement considérées comme garantissant certains intérêts publics et celles considérées comme découlant des droits fondamentaux [223] : ainsi, l'exception d'enseignement peut-elle être rattachée au droit à l'éducation [224], l'exception en faveur des musées au droit de participer à la culture [225], etc. De même, l'exception de copie privée, souvent considérée comme justifiée par des considérations purement pratiques, pourrait trouver un fondement plus solide dans le droit au respect de la vie privée [226]. D'une manière générale, la plupart des

voisins dans la société", *A&M* 4 (2001), p. 430-431 ; S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, p. 488, n°630 ; T. Léonard, "Mulholland Drive chute sur l'épine du droit subjectif", *op. cit.*, p. 356.

221. Cf. le considérant 31 de la *Directive 2001/29/CE*, *op. cit.* ; le préambule du traité OMPI sur le droit d'auteur reconnait « la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général », ou l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC. Voyez également notre commentaire *supra*, chapitre I, section 1.3.

222. Cf. D. Vaver, "Copyright Defenses as User Right", *Journal of the Copyright Society of the U.S.A* 60.4 (2013)

223. Dans le même sens, voyez R. Hardouin, *Existe-t-il des limites aux exceptions ?*, fr, avr. 2008, url : http://www.l111-1.fr/?post/2008/04/10/111-existe-t-il-des-limites-aux-exceptions (visité le 04/09/2014)

224. Art. 26 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, *op. cit.* ; Art. 14 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européène*, *op. cit.* ; Art. 13 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966

225. Art. 27 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, *op. cit.*

226. Constitution belge, art. 22 ; Art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Cette thèse d'un fondement de l'exception de copie privée dans le droit au respect de la vie privée a notamment été soutenue par la cour d'appel dans l'arrêt Test-Achats : « Cette exception s'explique par le fait que l'atteinte au droit d'auteur qu'entraine la copie privée est négligeable et difficilement contrôlable mais aussi par le droit au respect de la vie privée du bénéficiaire de l'exception » (Cour d'appel de Bruxelles, *Test-Achat c. Sony Music*, *op. cit.*), ainsi que par certains auteurs, comme M. Buydens, "La nouvelle directive du 22 mai 2001 sur l'harmoni-

exceptions peuvent être reliées à la liberté d'expression, et ses deux dimensions, respectivement la liberté de communiquer et de recevoir des informations [227].

Dès lors, à partir de la fonction des exceptions au droit d'auteur, il semble qu'on puisse concevoir leur statut comme prolongement des droits fondamentaux ou de l'intérêt général à l'intérieur du régime du droit d'auteur. Si un tel raisonnement n'aboutit pas à une reconnaissance des exceptions comme droits subjectifs, il conclut néanmoins à reconnaitre aux exceptions un statut suffisamment fort pour autoriser de parler de « droits » au sens large, voire de « libertés » des utilisateurs.

Une fois posé ce statut des exceptions comme prolongement des droits fondamentaux ou de l'intérêt général, on est sans doute plus avancé pour répondre à l'étendue de la protection qu'il convient de leur accorder. Faut-il accorder aux bénéficiaires des exceptions un simple moyen de défense ou un véritable droit d'action ? La réponse à cette question ne découle pas automatiquement de la qualification juridique des exceptions, mais davantage de considérations pragmatiques sur l'effectivité à donner aux exceptions, étant donné leur fonction dans le régime juridique.

Peut-on considérer que le « juste équilibre » au fondement du droit d'auteur serait satisfait si les ayants droit pouvaient simplement déroger aux exceptions par le truchement de licences privatives ? De même, peut-on considérer que les droits fondamentaux seraient suffisamment protégés si en pratique l'exercice des exceptions pouvait être complètement neutralisé par l'imposition de mesures techniques par l'ayant droit ? [228]

L'appréhension des exceptions sous le prisme des droits fondamentaux permet de ramener la question de la reconnaissance d'un moyen d'action en justice aux bénéficiaires des exceptions à la question à l'intensité de l'effet horizontal (voire diagonal [229]) qu'il convient d'assurer

---

sation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société", *op. cit.*, p. 435, n° 16 ; et dans une certaine mesure par Ch. Geiger, «Licéité de la mesure technique de protection interdisant la copie privée d'un DVD», note sous TGI Paris (3 e ch.), 30 avril 2004, *J.C.P.*, 2004, II, n° 10.135, p. 1585.

Contra T. Léonard, "Mulholland Drive chute sur l'épine du droit subjectif", *op. cit.*, p. 356

227. Art. 10 de la C.S.D.H. ; Art. 11 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européène*, *op. cit.*

228. Sur la situation précaire des exceptions en raison de leur neutralisation par des mesures techniques, voyez S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, en particulier p. 175 et suiv.

229. V. van der Plancke & N. Van Leuven, "La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'Homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ?", in : *50 Ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Belgique : entre ombres et lumières*, Bruxelles : Bruylant, 2008, §10.

aux droits fondamentaux, en raison de la responsabilité de l'État de ne pas permettre, par son ingérence active ou passive, la violation des droits fondamentaux d'un individu par un autre. Il s'agit alors d'évaluer, pour chaque exception, l'étendue de la protection qui doit découler de la responsabilité de protéger, respecter et réaliser les droits fondamentaux [230].

Une méthode d'interprétation large des exceptions

La méthode d'interprétation large des exceptions avancée par la Cour Suprême canadienne serait-elle admissible du point de vue du droit belge et européen ?

Il s'agirait indubitablement d'un revirement important par rapport au principe de l'interprétation stricte des exceptions au droit d'auteur soutenu par la jurisprudence européenne et par une grande partie de la doctrine [231]. Pourtant, un tel revirement ne serait pas totalement dénué de fondement : en effet, nous avons vu que les justifications avancées à l'appui la doctrine de l'interprétation stricte des exceptions étaient éminemment contestables (cf. *supra* 2.2.2).

En effet, nous avons soutenu que, contrairement à ce qu'affirme la CJUE, l'interprétation stricte n'est pas une condition nécessaire pour assurer le respect du test en trois étapes.

Le cas du *fair dealing* semi-ouvert en droit canadien nous a en outre permis de voir que même l'interprétation restrictive de la première étape du test, qui exige des cas ayant « une portée et une étendue restreintes » et « clairement définis », ne nécessite pas nécessairement de recourir à une méthode d'interprétation stricte des exceptions. Nous avons vu en effet que dans le cas une exception semi-ouverte comme celle du *fair dealing* canadien, le principe d'interprétation large pouvait respecter la première étape du test. Tant qu'une interprétation par analogie ou par extension des finalités d'utilisations prévues par la loi est suffisamment prévisible et déterminée (en se référant à des finalités spécifiées dans la loi), elle peut très bien satisfaire à la condition de « certains cas spéciaux ».

L'autre objection que nous avons avancée consistait à dire qu'il n'y avait pas de bonne raison de considérer les exceptions comme intrinsè-

230. Cf. O. D. Schutter, *International human rights law : cases, materials, commentary*, Cambridge : Cambridge University Press, 2010, p. 242.Cf.J Ruggie, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, t. 29, Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, A/HRC/17/31, 2011

231. A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Paris : Litec, 1998, n° 342

quement moins importantes que les droits exclusifs, et donc d'adopter une interprétation qui favorise systématiquement ces derniers.

Les leçons de la jurisprudence canadienne nous permettent de compléter ce mouvement. En effet, c'est précisément la réhabilitation du statut des exceptions par la Cour Suprême du Canada dans l'arrêt CCH qui la conduit en fin de compte à rejeter la doctrine de l'interprétation stricte :

> « À l'instar des autres exceptions que prévoit la Loi sur le droit d'auteur, [l'exception d'utilisation équitable] correspond à un droit des utilisateurs. Pour maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d'auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne faut pas l'interpréter restrictivement. » [232]

En effet, après avoir consacré le *fair dealing* comme un droit des utilisateurs servant à garantir un juste équilibre dans le régime du droit d'auteur, la Cour n'a plus de raison de elle de les considérer comme de simples exceptions à une règle générale (et en effet la Cour précise que le *fair dealing* est « an integral part of the scheme of copyright law »). Elle peut donc en conclure non seulement que le *fair dealing* ne doit pas faire l'objet d'une interprétation stricte, mais que ses termes doivent même recevoir une interprétation large (« a large and liberal interpretation », en anglais), « afin que les droits des utilisateurs ne soient pas indûment restreints » [233].

Or, nous avons vu dans la section précédente qu'il était possible de suivre un raisonnement similaire en droit européen.

Il convient en effet de considérer les dispositions de l'article 5 de la directive ne sont donc pas de simples dérogations, mais des « limitations » à part entière, qui sont le résultat de l'indispensable balance des intérêts inhérente à la justification d'un tel régime juridique et de la prise en compte des droits fondamentaux au sein du régime du droit d'auteur. Il faut donc reconnaitre, d'un point de vue symbolique, que les « exceptions et limitations » au droit d'auteur d'une part, et les droits exclusifs d'autre part, sont les deux faces d'une même pièce.

Cette réhabilitation du statut des exceptions dans le régime du droit d'auteur, en leur reconnaissant un statut (au moins) égal aux droits exclusifs, permet de rejeter la doctrine de l'interprétation stricte des exceptions. Si l'on considère que les exceptions découlent de la balance des intérêts et de la prise en compte des droits fondamentaux au sein du droit d'auteur, alors il n'est plus possible de supposer que le droit

232. Cour Suprême du Canada, *CCH Canadienne c. Barreau du Haut-Canada*, *op. cit.*, §48
233. *ibid.*, §51

d'auteur est un « principe » supérieur auquel toute limitation ne ferait que « déroger ».

Si l'on considère les exceptions comme la mise en œuvre de la protection des droits fondamentaux au sein du régime du droit d'auteur, la doctrine de l'interprétation stricte des exceptions n'est donc clairement plus tenable. Ou bien on considère le droit d'auteur comme une exception aux droits fondamentaux, qui doit donc être interprétée de manière étroite (comme semble l'impliquer l'arrêt Ashby Donald de la CEDH [234]) ; ou bien, au minimum, on considère le conflit de droits entre droit à la propriété intellectuelle et les autres droits fondamentaux (comme la CJUE dans les arrêts Promusicae, Scarlet, et Netlog) [235]. Aucune de ces deux approches ne permet en tout cas de soutenir la place subalterne conférée aux exceptions au droit d'auteur par la doctrine de l'interprétation stricte.

C'est également la conclusion qui découle de notre approche normative, dans laquelle l'extension du droit d'auteur n'est admissible qu'en tant qu'il est justifié, et n'est justifiable qu'en tant qu'exception à la présomption en faveur des libertés d'usage de l'information, dont la garantie représente le meilleur moyen de maximiser la liberté réelle des individus.

Si la CJUE suivait la voie tracée par la Cour Suprême du Canada, et acceptait de revenir sur sa doctrine de l'interprétation stricte, la voie serait alors ouverte pour y substituer une interprétation large des exceptions, plus conforme au statut des exceptions comme prolongement des droits fondamentaux et de l'intérêt général.

Un des avantages non négligeables de s'inspirer de cette approche canadienne est qu'une transition similaire à celle entamée par la Cour Suprême du Canada ne nécessiterait pas de recourir à une réforme législative.

Toutefois, rien n'empêcherait bien sûr de chercher à renforcer ce régime d'exception semi-ouverte par une révision de la loi ou de la directive. Ainsi, le législateur national pourrait transposer dans la loi l'ensemble des hypothèses d'exception prévues par la directive, afin de fournir la matrice la plus complète de finalités d'exceptions qui pourraient éventuellement être étendues par le juge en appliquant une méthode

234. C.E.D.H., Ashby Donald c. France, op. cit. ; Dans le même sens, voyez également D. Vaver, "Copyright Defenses as User Right", *op. cit.*, p. 670-671, soutenant l'idée que le rôle prééminent joué par liberté d'expression dans la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada, et le « statut moindre » du droit à la propriété intellectuelle doivent conduire à concevoir ce dernier comme une exception à la liberté d'expression.

235. C.J.U.E., *Promusicae c. Telefónica de España*, *op. cit.* ; *idem*, *Sabam c. Scarlet*, *op. cit.* ; *idem*, *Sabam c. Netlog*, *op. cit.*

d'interprétation large [236]. De même, le législateur national ou européen pourrait inscrire dans la loi ou dans la directive le statut des exceptions comme prolongements des droits fondamentaux ou de l'intérêt général, ainsi que la méthode d'interprétation large qu'il conviendrait de leur appliquer.

3.3 Opportunité

Il nous reste enfin à discuter l'opportunité d'un tel modèle d'exception semi-ouverte. Parvient-il à réaliser un arbitrage adéquat entre liberté d'usage et sécurité juridique ?

Selon Craig, la formulation légale de l'exception de *fair dealing* présente le risque d'entraver la tendance à l'ouverture entamée par la Cour Suprême depuis l'arrêt CCH, dans la mesure où la formulation existante dans la loi brimerait le développement du plein potentiel de ce régime d'exception semi-ouvert [237]. Dès lors, conclut-elle,

> « the rigid and restrictive fair dealing provisions currently found in the act should be replaced with an open-ended defence similar in form to the United States' fair use defence. This statutory revision is necessary to support and cement the significance of CCH in the development of a robust fair dealing defence » [238]

Au contraire, il nous semble que dans le contexte de l'interprétation large et généreuse prônée par la Cour Suprême, les critères de fairness prévus par la loi canadienne, loin d'être un carcan indépassable, peuvent constituer un guide utile permettant de structurer l'examen par le juge d'admissibilité de l'utilisation en cause. Contrairement à Craig, nous ne pensons donc pas que la seule voie valable consiste à se fonder dans le modèle américain du fair use [239]. Si l'on peut concevoir l'état hybride du *fair dealing* post-CCH comme une étape vers un régime d'exception similaire au *fair use*, il nous semble intéressant de souligner la spécificité du régime canadien actuel, et l'intérêt de son caractère hybride pour inspirer l'évolution des régimes européens de droit d'auteur .

En effet, l'approche canadienne du *fair dealing* semble constituer une solution de compromis entre le modèle d'exceptions fermées à l'européenne, qui privilégie la sécurité juridique, et le modèle d'exceptions ouvertes à l'américaine, qui privilégie la liberté d'usage.

236. Dans le même sens, mais en interprétant le test en trois étapes comme habilitant une interprétation large des exceptions, voyez B. Hugenholtz & M. Senftleben, "Fair Use in Europe : In Search of Flexibilities", *op. cit.*, p. 17

237. C. J. Craig, "The changing face of fair dealing in Canadian copyright law : A proposal for legislative reform", *op. cit.*

238. *ibid.*, p. 438.

239. *ibid.*, p. 438-439.

Ce compromis réalisé par l'approche canadienne tend d'abord vers la sécurité juridique, mais réalise une concession en faveur de la liberté d'usage. En effet, le régime des exceptions canadienne reste centré sur une liste exhaustive d'exceptions, qui peut certes être étendue mais de manière limitée, au moyen de l'interprétation large de l'exception. Il ne s'agit pas d'étendre la portée de l'exception de *fair dealing* à n'importe quelle hypothèse nouvelle comme dans le *fair use*, mais seulement par analogie ou par extension des hypothèses déjà prévues par la loi [240].

Pour illustrer le potentiel (et les limites) de l'approche canadienne, il est utile d'analyser son application par la Cour Suprême du Canada dans les trois arrêts portant sur l'interprétation large des exceptions. Il s'agit des arrêts Alberta (Education) et SOCAN c. Bell, tous deux rendus en 2012. Nous formulerons ensuite une réserve par rapport au raisonnement de la Cour dans son fameux l'arrêt CCH Canadienne de 2004.

Dans l'affaire Alberta (Education) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright), l'interprétation stricte de l'exception de *fair dealing* par la Commission du droit d'auteur du Canada (ou *Copyright board*, agence fédérale en charge de réguler les tarifs d'utilisations d'œuvres exploitées par les sociétés de gestion collective) aboutissait à la conclusion absurde selon laquelle les photocopies faites par l'enseignant à la demande d'un élève étaient couvertes par l'exception, mais pas celles réalisées par l'enseignant de sa propre initiative dans le but de les distribuer à ses élèves. En effet, du point de vue de l'enseignant, l'utilisation est faite non pas dans un but d'« étude privée » mais dans un but d'« enseignement » [241]. Or, l'enseignement ne faisait pas partie à l'époque des finalités d'utilisation explicitement spécifiées par le législateur. En outre, si l'on se fonde sur une interprétation stricte de l'expression « étude privée » retenue par la Commission, il faudrait exclure tous les usages qui ne peuvent être qualifiés de « privés », comme l'utilisation collective par des élèves en classe [242].

Les distinctions alambiquées dans le raisonnement de la Commission du droit d'auteur montrent clairement à quels excès peut aboutir la méthode d'interprétation stricte des exceptions. La Cour remarque que la distinction tracée par la Commission est artificielle, et que la finalité

240. Par contraste, l'approche adoptée par le législateur coréen (cf. *supra*, 2.3.1) réalise un compromis différent : si la loi coréenne prévoit une exception de *fair use* ouverte à toute finalité, ce qui tend davantage vers la liberté d'usage, les exceptions énumérées font office de « lignes claires », et semblent constituer une concession en faveur de la sécurité juridique.

241. Cour Suprême du Canada, *Alberta (Education) c. Access Copyright*, 12 juillet 2012, 2 RCS 345, §15.

242. *ibid.*, §26 ; Cf. également A. Katz, "Fair Use 2.0 : The Rebirth of Fair Dealing in Canada", *op. cit.*, 117

de recherche et d'étude privée n'exclut pas la finalité d'enseignement, bien au contraire :

> « On ne saurait non plus soutenir qu'il poursuit une fin d'« enseignement » totalement distincte, car il est là pour faciliter la recherche et l'étude privée des élèves. (...) L'enseignant/auteur des copies et l'élève/utilisateur qui s'adonne à la recherche ou à l'étude privée poursuivent en symbiose une même fin. Dans le contexte scolaire, enseignement et recherche ou étude privée sont tautologiques. » [243]

Le juge Abella, délivrant l'opinion majoritaire de la Cour, critique également l'interprétation stricte de l'« étude privée » :

> « [27] À mon humble avis, l'adjectif « privée » n'exige pas de l'utilisateur qu'il consulte une œuvre protégée dans un splendide isolement. Étudier et apprendre sont des activités intrinsèquement personnelles, qu'on s'y adonne seul ou avec d'autres. En s'attachant au lieu physique de l'enseignement dispensé en classe plutôt qu'à la notion d'étude, la Commission dissocie encore de manière artificielle l'enseignement dispensé par l'enseignant et l'étude à laquelle se livre l'élève. » [244]

Comme le note Katz, le sens usuel du terme « privé » ne signifie pas « en isolement », mais « où le public n'est généralement pas admis » [245]. Dès lors, pour donner sens à la notion d'étude privée, on pourrait considérer que l'utilisation faite en classe est privée au sens de « restreint à un groupe déterminé », par opposition à une utilisation ouverte au public. Il en irait différemment, par exemple, dans le cas d'une réutilisation d'œuvres protégées dans un manuel scolaire diffusé en librairies [246]. C'est en ce sens que la notion est utilisée dans la jurisprudence anglaise [247]. En quelque sorte, dans cette affaire Alberta (Education),

243. Cour Suprême du Canada, *Alberta (Education) c. Access Copyright*, *op. cit.*, §23.
244. *ibid.*, §27.
245. *Trésor de la Langue Française Informatisé*, *op. cit.*, v° « privé »
246. A. Katz, "Fair Use 2.0 : The Rebirth of Fair Dealing in Canada", in : *The Copyright Pentalogy - How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, sous la dir. de M. Geist, Ottawa : University of Ottawa Press, 2013, p. 117.
247. Cf. *ibid.*, p. 117. :« English courts, before and after the enactment of the 1911 Act, interpreted "private study", "teaching", and "instruction" as synonyms. The distinction that was made was not between "private study" and "teaching", but between works that are communicated to others in private settings and those communicated to the public at large ».

la méthode d'interprétation revient à une interprétation des exceptions « dans toute la mesure de leur raison d'être » [248].

Mais l'interprétation large permet également d'adapter les exceptions à certaines pratiques non prévues par le législateur.

Ainsi, dans l'arrêt SOCAN c. Bell, la Cour avait à juger de l'admissibilité d'une fonctionnalité de services de vente en ligne (notamment la plateforme iTunes d'Apple), permettant aux utilisateurs l'écoute préalable (ou preview) d'un extrait d'un morceau de leur catalogue. La Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), considérant que cette pratique constituait une communication au public, a demandé à la Commission du droit d'auteur de fixer le montant de la redevance exigible pour l'ensemble des écoutes préalables réalisées par les utilisateurs de 1996 à 2006 [249]. Déboutée par la Commission puis par la cour d'appel fédérale, la SOCAN a fait appel de la décision devant la Cour Suprême.

La Cour Suprême confirmera finalement la décision de la cour d'appel, en considérant que la pratique de l'écoute préalable est couverte par l'exception de *fair dealing* à des fins de recherche, dans la mesure où cette pratique intervient dans la planification de l'achat d'une œuvre par le consommateur. Le terme de « recherche » est entendu ici dans un contexte tout à fait différent de celui de l'affaire Alberta (Education). Toutefois, dans la formulation de l'exception par la loi, le terme « recherche » peut fort bien passer pour une finalité distincte de l'« étude privée », qui semble clairement renvoyer à un contexte d'enseignement. En outre, comme le note la cour d'appel, le sens usuel du terme « recherche » décrit assez bien le processus dans lequel est engagé le consommateur :

> « (...) il n'est pas déraisonnable de donner au mot « recherche » son sens premier et usuel. Car le consommateur est à la recherche d'un objet du droit d'auteur qu'il désire et s'efforce de trouver et dont il veut s'assurer de [l']authenticité et de [la] qualité avant de se le procurer. (...) [L]'écoute préalable contribue à cet effort pour trouver ». [par. 20] » [250]

La SOCAN soutenait en outre que « la "recherche" devrait avoir pour but la conception d'œuvres créatives, car seule l'utilisation qui contribue au processus de création est dans l'intérêt public », ce qui n'est pas le cas de l'écoute préalable.

Contre l'argument selon lequel l'exception à des fins de recherche ne couvre que les utilisations créatives, la Cour avance trois objections :

248. Nous faisons ici référence à la suggestion de méthode interprétation des exceptions en droit français par B. Galopin, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 319, § 435.

249. Cour Suprême du Canada, *SOCAN c. Bell*, *op. cit.*, §1-7.

250. Cour d'appel fédérale, *SOCAN c. Bell*, 403 N.R. 57, cité par *ibid.*, §18.

premièrement, « la diffusion des œuvres fait également partie des objets de la Loi ; dès lors, la diffusion — avec ou sans créativité — est aussi dans l'intérêt public » ; deuxièmement, la loi prévoit d'autres finalités d'exceptions (notamment l'étude privée) qui sont sans lien avec la créativité ; troisièmement, une interprétation qui exigerait une fin créative s'opposerait au sens ordinaire de du mot « recherche », « car on peut y associer nombre d'activités qui ne consistent pas nécessairement à établir des faits nouveaux ou à tirer des conclusions nouvelles. La recherche peut être fragmentaire, informelle, exploratoire ou confirmative. Elle peut même être entreprise pour aucun autre motif que l'intérêt personnel ».

La Cour conclut son raisonnement en invoquant l'« interprétation généreuse » prescrite par l'arrêt CCH, par lequel « la Cour applique un critère relativement peu strict au premier volet, de sorte que le grand branle-bas analytique n'intervient qu'au second volet, celui de la détermination du caractère équitable » [251]. L'analyse des finalités d'utilisation admissibles ne doit pas servir à restreindre « indument » les utilisations couvertes par l'exception.

Transposée dans les régimes européens de droit d'auteur, la méthode d'interprétation large adoptée par la Cour Suprême du Canada pourrait introduire une flexibilité bienvenue dans un système d'exception bien souvent trop rigide.

On constate que les régimes fermés d'exceptions à l'européenne échouent souvent à ménager de l'espace à des pratiques nouvelles, même assez consensuelles et socialement admises. Ainsi, dans certaines affaires concernant l'application de l'exception de citation à des œuvres picturales, tout se passe comme si les cours et tribunaux étaient gênés aux entournures par les conclusions rigoristes de l'application de leurs régimes d'exceptions, et adoptent par conséquent des raisonnements assez singuliers pour autoriser les utilisations en cause [252]. Ainsi, les juridictions françaises et allemandes ont peiné pour trouver un raisonnement juridique permettant d'admettre l'utilisation d'œuvres picturales par le service Google Images. La Cour Fédérale allemande, incapable de faire entrer l'utilisation en cause dans les conditions très strictes de l'exception de citation prévue en droit allemand, est obligée d'en appeler à la doctrine de l'abus de droit pour débouter l'ayant droit [253]. Dans un jugement encore plus étonnant, le Tribunal de Grande Instance de Paris en est venu à invoquer l'applicabilité du droit américain pour pouvoir

251. *ibid.*, §27.
252. Nous nous inspirons ici de l'analyse de B. P. Hugenholtz & M. Senftleben, "Fair Use in Europe : In Search of Flexibilities", *op. cit.*
253. Bundesgerichtshof, *Maud Tutsche v. Google Inc.*, n° I ZR 69/08, 29 avril 2010)

admettre l'utilisation en cause au titre de l'exception de *fair use* [254].

On peut supposer qu'une interprétation « large et généreuse » de l'exception de citation laisserait davantage de marge de manœuvre aux cours et tribunaux pour étendre celle-ci aux œuvres picturales. Certes, dans certains régimes juridiques, il est possible que les exceptions soient formulées d'une manière tellement étroite que même une interprétation large ne pourrait leur donner beaucoup de flexibilité. Dans ce cas, c'est au législateur d'intervenir, en formulant les exceptions de manière moins restrictive, comme l'a fait le législateur néerlandais avec l'exception de citation [255].

Un autre cas d'application de cette interprétation large des exceptions pourrait être celui des remix ou « contenus générés par les utilisateurs », qui pourraient être couverts par l'exception de parodie. Notons que la formulation légale de l'exception de parodie en droit belge et européen n'interdit pas d'envisager son extension à des pratiques nouvelles de réutilisation subversives : en effet, tant l'article 5.3 k) de la directive 2001/29 que l'article 22, §1, 6° de la loi belge se bornent à mentionner les cas de « caricature, parodie ou pastiche », la loi belge ajoutant seulement le standard textuel d'« usages honnêtes ». On pourrait objecter que la Cour européenne de justice a quelque peu compliqué cette voie, en considérant dans l'arrêt Deckmyn qu'une caractéristique essentielle de la parodie au sens de l'article 5.3 k) de la directive était de manifester un élément humoristique ou de raillerie [256], ce qui pourrait exclure les créations dérivées qui ne présentent pas un tel aspect humoristique. Toutefois, la Cour semble laisser une large marge d'appréciation aux juridictions nationales [257] pour apprécier si une utilisation satisfait aux caractéristiques essentielles de la parodie, en leur demandant de réaliser un juste équilibre entre l'intérêt du titulaire de droit et la liberté d'expression du bénéficiaire de l'exception [258].

D'une manière plus directe, on pourrait considérer que notre proposition d'interprétation large de l'exception de parodie permettrait de concevoir la notion d'élément « humoristique » ou de « raillerie », de manière à couvrir toute réutilisation jouant avec le sens, la forme ou le contexte de l'œuvre initiale. L'interprétation large permettrait d'étendre simplement la notion de « caricature, parodie ou pastiche »

254. Tribunal de Grande instance de Paris, *SAIF c. Google*, 20 mai 2008.
255. M Senftleben, "Comparative Approaches to Fair Use : An Important Impulse for Reforms in EU Copyright Law", *op. cit.*, p. 13.
256. C.J.U.E., *Deckmyn*, *op. cit.*, §36
257. La Cour semble suivre sur ce point les conclusions de son avocat général qui, après avoir remarqué le caractère ardu de l'appréciation de cet élément humoristique, considère que les « États disposent d'une considérable marge d'appréciation pour déterminer si l'œuvre en question satisfait à cette condition de parodie » P. Cruz Villalon, *Affaire Deckmyn, Conclusions de l'avocat général*, *op. cit.*, §69.
258. C.J.U.E., *Deckmyn*, *op. cit.*, §34-35

à d'autres pratiques de réutilisations subversives, telles que les remix, collages, mashups, memes, etc. Couplé à un test d'atteinte à l'exploitation « normale » de l'œuvre allant dans le sens de notre interprétation modérée du test en trois étapes, le résultat d'une telle interprétation large serait probablement comparable avec une application de l'exception canadienne pour la création dérivée à des fins non commerciales.

Néanmoins, pour bénéficier des avantages d'un tel régime d'exception semi-ouvert du point de vue de la sécurité juridique, il importe de ne pas pousser l'interprétation large des exceptions au point d'aboutir à des résultats imprévisibles au regard de la formulation du texte légal.

Sur ce point, le raisonnement de la Cour Suprême du Canada dans son fameux arrêt CCH parait plutôt critiquable. Dans cette affaire, portant sur un service de photocopie de la Grande bibliothèque du Barreau du Haut-Canada, la question qui nous intéresse est celle de savoir si un service par lequel les « membres du personnel de la Grande bibliothèque préparent et remettent sur place ou transmettent par la poste ou par télécopieur des copies d'ouvrages juridiques aux personnes qui en font la demande » (membres du barreau ou chercheurs autorisés) est couverte par une des exceptions prévues par la loi canadienne sur le droit d'auteur.

Sans doute influencée par l'ordre des questions posées respectivement dans le pourvoi principal et dans le pourvoi incident, la Cour estime que le service en cause est couvert par l'exception d'utilisation équitable à des fins de recherche, prévu par l'article 29 de la loi. Ceci étant dit, elle ne répond pas formellement à l'autre question, posée à titre incident, qui était de savoir si une telle utilisation pouvait être couverte par l'exception pour les bibliothèques, musées ou services d'archives prévue par l'article 30.2(1) de la loi :

> « Ayant conclu dans le pourvoi principal que l'utilisation des œuvres des éditeurs par le Barreau était équitable, je n'estime pas nécessaire de décider si la Grande bibliothèque bénéficie de l'exception susmentionnée. Je suis néanmoins d'avis qu'elle pourrait s'en prévaloir. » [259]

Ce faisant, la Cour fonde son raisonnement sur une interprétation large du terme « recherche », en estimant « que la recherche ne se limite pas à celle effectuée dans un contexte non commercial ou privé. La Cour d'appel a signalé à juste titre, au par. 128, que "[l]a recherche visant à conseiller des clients, donner des avis, plaider des causes et préparer des mémoires et des factums reste de la recherche. " L'avocat qui exerce le

259. Cour Suprême du Canada, *CCH Canadienne c. Barreau du Haut-Canada*, *op. cit.*, §7.

droit dans un but lucratif effectue de la recherche au sens de l'art. 29 de la Loi sur le droit d'auteur. » [260]

La cour procède ensuite à l'appréciation du caractère équitable de cet usage aux fins de recherche, au regard des six facteurs de fairness, et conclut à l'applicabilité de l'exception. Ce raisonnement, bien que n'étant pas complètement dénué de sens, ne constitue pas la solution la plus prévisible à disposition de la Cour. En effet, si l'exception prévue spécifiquement pour les bibliothèques, musées et services d'archives était susceptible de présenter le même résultat, à quoi bon recourir à la méthode de l'interprétation large ? Il nous parait que, aux fins de préserver une certaine sécurité juridique dans l'application des exceptions, le juge devrait toujours privilégier l'application des exceptions les plus spécifiques, et ne recourir aux exceptions plus générales (ou à la méthode de l'interprétation large) qu'à titre subsidiaire. Ce n'est que de cette manière elle pourrait tirer pleinement profit des « lignes claires » prévues par le législateur dans un régime d'exception semi-ouvert, afin de garantir aux justiciables un niveau suffisant de prévisibilité dans l'application des exceptions.

Or la Cour semble prendre le point de vue exactement inverse, dans un considérant qui laisse perplexe :

> « À titre de partie intégrante du régime de droit d'auteur, l'exception relative à l'utilisation équitable créée par l'art. 29 peut toujours être invoquée. (...) C'est seulement dans le cas où elle n'est pas en mesure de prouver l'application de cette exception qu'il lui faut s'en remettre à celle que prévoit l'art. 30.2 au bénéfice des bibliothèques. » [261]

Il faut selon nous rejeter cette lecture et, dans un souci de sécurité juridique, procéder à une analyse de l'applicabilité des exceptions allant de la plus particulière à la plus générale. Dans le cas contraire, on perdrait le bénéfice du caractère structurant de la liste légale des finalités admissibles, pour tendre vers un modèle similaire à celui du *fair use*.

Il parait préférable de suivre l'approche adoptée par le Irish Copyright Review Committee dans un rapport de 2012 proposant l'introduction d'une exception de *fair use* en Irlande, qui prévoirait explicitement une telle règle d'interprétation :

> « (2) The other acts permitted by this Part shall be regarded as examples of fair use, and, in any given case, the court shall not consider whether a use constitutes a fair use

260. *ibid.*, §51.
261. *ibid.*, §49.

> without first considering whether that use amounts to another act permitted by this Part. » [262]

Toutefois, il est encore trop tôt pour savoir si la Cour affiche vraiment une tendance à réaliser une interprétation excessivement large de certains termes, comme la notion de « recherche ». De plus, il faut remarquer que la liste des cas d'exception prévus par la loi canadienne sur le droit d'auteur a été longtemps assez limitée. Ce n'est qu'avec la récente réforme de 2012 que certains cas d'exception bien connus en droit européen furent introduits en droit canadien, avec l'extension du *fair dealing* à des fins de parodie, de satire, d'éducation, et l'introduction d'une exception de copie privée et de copie provisoire. La réforme a également ajouté deux exceptions supplémentaires, couvrant les contenus générés par les utilisateurs, ainsi que la pratique du time-shifting (l'enregistrement d'une émission par un consommateur pour une consultation ultérieure) [263]. Pour permettre un bon équilibre entre sécurité juridique et liberté d'usage, le régime semi-ouvert de *fair dealing* d'interprétation large doit vraisemblablement être doté d'une liste suffisamment complète de finalités d'usage.

Ainsi, si l'extension par le législateur du *fair dealing* à la finalité d'éducation était intervenue plus tôt, nul doute que la résolution de l'affaire Alberta (Education) aurait été plus aisée [264].

Toujours du point de vue de la sécurité juridique, on pourrait également s'inquiéter d'un passage de l'arrêt Alberta (Education), où la Cour, citant l'arrêt britannique Hubbard c. Vosper, note que le caractère équitable est à la fois une question de fait et « une question d'impression », et que sa détermination doit se faire en fonction d'une « norme de raisonnabilité » (sic). Une telle indétermination n'est-elle pas le signe d'un trop grand pouvoir d'appréciation dans le chef du juge ?

Nous avons déjà eu l'occasion d'aborder cette question à propos du *fair use* [265]. La cour semble anticiper cette préoccupation en citant la jurisprudence anglaise : « L'on peut établir un parallèle entre le commentaire loyal et honnête en matière de diffamation et l'utilisation équitable en matière de droit d'auteur. Il appartient au juge de trancher » [266]. L'appréciation de l'utilisation équitable ne parait donc pas plus indéterminée que d'autres questions envisagées par les juges dans d'autres

262. Irish Copyright Review Committee, *Consultation Paper,* 2012, url : http://www.djei.ie/science/ipr/

263. *Loi sur la modernisation du droit d'auteur,* 2012, *op. cit.*

264. En effet, la Loi sur la modernisation du droit d'auteur a été sanctionnée le 29 juin 2012, apparemment trop tard pour que la Cour Suprême la prenne en compte dans son arrêt du 12 juillet de la même année.

265. Cf. *supra*, 2.3.1.

266. Cour Suprême du Canada, CCH Canadienne, §52, citant Hubbard c. Vosper, [1972] 1 All E.R. 1023 (C.A.), p. 1027

branches du droit. Comme nous l'avons vu, les juges sont assez habitués à manier des standards de ce genre, et ceci même dans les systèmes juridiques de tradition continentale. La prévisibilité de tels standards dépend probablement de leur congruence avec les normes sociales.

En outre, cette impression d'indétermination est démentie dans la suite de l'arrêt CCH, où la Cour, après avoir noté que l'appréciation de l'utilisation équitable était autant une question de fait qu'une question d'impression, poursuit en exposant les six facteurs d'appréciation du standard de fairness. Selon la Cour, ces facteurs sont de nature à offrir « un cadre d'analyse utile pour statuer sur le caractère équitable d'une utilisation » [267].

L'application des six facteurs de *fairness* ne parait pas de nature à susciter davantage de difficultés d'interprétation que les différentes étapes du test de l'article 5(5) de la Directive sur le droit d'auteur [268]. Dans l'état actuel du droit belge et européen, l'introduction d'une analyse similaire aux facteurs de *fairness* du *fair dealing* canadien (éventuellement modelée sur la formulation du test en trois étapes, comme dans la proposition de Senftleben [269]) ne semble pas de nature à bouleverser la sécurité juridique. Elle constituerait toutefois une révolution du point de vue de la flexibilité du régime juridique.

Conclusion du chapitre II

Dans ce dernier chapitre, nous avons envisagé trois propositions de réforme des exceptions au droit d'auteur visant à ménager davantage de place pour les libertés d'usage de l'information au sein du régime juridique : l'introduction d'une exception pour les contenus générés par les utilisateurs, d'une exception ouverte de *fair use*, ou d'une exception semi-ouverte de *fair dealing*. Pour chaque proposition nous avons envisagé sa compatibilité avec le droit en vigueur (essentiellement le test en trois étapes imposé par le droit international et le cadre européen et belge du droit d'auteur), ainsi que son opportunité, évaluée au regard de deux critères : d'une part la réalisation d'un compromis entre incitation et libertés d'usage qui favorise l'ouverture, et d'autre part la garantie d'une sécurité juridique suffisante. Nous récapitulerons ici brièvement ces différents éléments, avant de conclure cette quatrième partie.

267. Cour Suprême du Canada, *CCH Canadienne c. Barreau du Haut-Canada*, *op. cit.*, §53.
268. Nous avons vu en effet que les différents facteurs du *fair use* et du *fair dealing* incluaient des préoccupations assez similaires à celles du test en trois étapes. Cf. supra, 2.2.1 et 3.2.1.
269. Cf. *supra*, 3.1, *in fine*.

La proposition d'exception pour les contenus non commerciaux générés par les utilisateurs (exception UGC) s'inspire de la disposition introduite par la réforme canadienne de 2012. Nous avons estimé qu'une telle proposition était de nature à respecter même l'interprétation restrictive du test en trois étapes, vu qu'on peut considérer l'hypothèse des contenus générés par les utilisateurs comme un « cas spécial », et que la double condition de caractère non commercial et d'absence d'effet négatif important sur l'exploitation de l'œuvre parait plus que suffisante pour satisfaire aux deuxième et troisième étapes. Ensuite, envisageant la compatibilité d'une telle proposition avec le droit belge et européen, nous avons vu que les possibilités d'une introduction par un élargissement des exceptions de citation ou de parodie étaient assez limitées. Il semble donc que le scénario le plus sûr consiste à proposer l'ajout de l'exception UGC en tant que nouvelle catégorie d'exception dans la liste prévue par l'article 5 de la directive 2001/29. Une telle approche a d'ailleurs été envisagée à plusieurs reprises par la Commission européenne.

L'introduction d'une exception UGC constituerait une réforme assez minimale, mais qui n'en parait pas moins judicieuse pour tenir compte à l'émergence des nouvelles formes de création dérivée amateur dans l'environnement numérique. Si ces pratiques sont limitées à des particuliers agissant dans un cadre non commercial, il semble qu'il n'y ait pas de bonne raison de les interdire. Certes, pour ce qui concerne la formulation particulière de l'exception introduite en droit canadien, certaines zones d'ombres restent à clarifier, comme la praticabilité de l'exigence que l'intermédiaire ne diffuse le contenu généré par l'utilisateur qu'à des fins non commerciales. En outre, nous avons exprimé des réserves par rapport à la redondance entre les deux conditions de « fins non commerciales » et d'absence d'« effet négatif important sur l'exploitation de l'œuvre ». Afin d'éviter de faire peser un poids trop lourd sur le défendeur en cas de litige sur l'application de l'exception, nous avons suggéré d'utiliser la condition de non commercialité comme première approximation de l'atteinte à l'exploitation de l'œuvre, en faisant peser la charge de la preuve de cette deuxième condition sur le titulaire de droit.

Dans la deuxième section, nous avons considéré l'introduction d'un exception ouverte de *fair use*, telle qu'elle existe en droit américain et dans un nombre grandissant de juridictions. Nous nous sommes penchés sur la controverse quant à la compatibilité de cette exception de *fair use* avec l'interprétation restrictive du test en trois étapes, et en particulier l'exigence « certains cas spéciaux ». Si l'argument est déjà discutable en ses propres termes, il parait clairement spécieux au vu de l'historique des traités internationaux sur le droit d'auteur, et de la pratique internationale qui n'a jamais émis d'objection quant à l'existence de cette

exception en droit américain, ni à son adoption par un certain nombre d'États dans le monde. Vu ces circonstances, l'interprétation stricte du test en trois étapes semble mener à des conclusions excessivement rigoristes. On pourrait en tirer une raison à l'appui d'une interprétation modérée du test (comme celle que nous avons suggérée dans le chapitre I). Une telle interprétation modérée permettrait de considérer que les différents facteurs de *fairness* prévus par les exceptions de *fair use* permettent de répondre aux mêmes préoccupations que celles qui animent le test en trois étapes, et permettent donc d'en assurer le respect.

Étant donné l'ampleur d'une telle réforme, l'introduction d'une exception de type *fair use* en droit belge et européen nécessiterait à coup sûr une révision de la directive, qui pourrait passer soit par une révision superficielle du vocabulaire utilisé par la directive, soit par l'introduction d'une disposition spécifique, par exemple en reformulant l'article 5.5 de la directive, comme l'ont proposé certains [270].

La question de l'opportunité d'une exception ouverte nous a amené nous pencher sur le débat américain très animé sur l'exception de *fair use*. Sans prétendre trancher la question de savoir si le *fair use* constituait ou non un sérieux danger pour la sécurité juridique, nous avons essentiellement cherché à resituer ce débat dans le contexte américain. Si tout ne va pas toujours sans heurt au pays du *fair use*, ce n'est pas nécessairement lié à des difficultés inhérentes à une exception ouverte, mais souvent en raison de facteurs propres au droit américain, comme la jurisprudence assez chaotique de la Cour Suprême en la matière. Nous avons également écarté l'objection consistant à dire qu'une telle exception ouverte serait forcément incompatible avec les traditions juridiques civilistes, en soutenant que l'opposition était souvent exagérée, et que l'utilisation des standards textuels dans la législation était loin d'être une technique étrangère à notre système juridique.

Enfin, notre troisième section a avancé l'idée d'une exception semi-ouverte, inspirée de l'audacieuse évolution jurisprudentielle entamée par la Cour Suprême du Canada dans l'arrêt CCH Canadienne, en déclarant que le *fair dealing* constituait un droit des utilisateurs, et devait dès lors être interprétée de manière « large et libérale ». Si le bénéfice d'une telle exception reste conditionné au respect de différents critères de *fairness*, les finalités d'utilisation prévues par la loi (étude privée, de recherche, d'éducation, de parodie ou de satire) peuvent dorénavant être interprétées de manière large.

Comme pour les autres propositions, une interprétation modérée du test en trois étapes permettrait plus facilement d'accommoder une telle

270. M Senftleben, "Comparative Approaches to Fair Use : An Important Impulse for Reforms in EU Copyright Law", *op. cit.*, p. 19 ; B. Hugenholtz & M. Senftleben, "Fair Use in Europe : In Search of Flexibilities", *op. cit.*

exception semi-ouverte. Toutefois, il nous semble qu'un *fair dealing* semi-ouvert satisferait même à une interprétation restrictive du test. En effet, comme dans le cas du *fair use*, nous avons vu que les différents facteurs de *fairness* couvraient des préoccupations similaires à celles animant le test en trois étapes. En outre, le fait que l'interprétation large soit toujours contrainte par des finalités spécifiées dans la loi permet vraisemblablement d'assurer un niveau de prévisibilité suffisante pour satisfaire à la première étape du test.

Ensuite, nous avons montré que la voie d'une exception semi-ouverte pouvait être transposée en droit belge et européen, en suivant essentiellement les deux mouvements réalisés par la Cour Suprême du Canada. Le premier mouvement consiste à revaloriser du statut des exceptions, soit en tant que « droits » des utilisateurs, soit en tant qu'intérêts protégés intégrant la préoccupation du respect des droits fondamentaux au sein du droit d'auteur. Le second mouvement consiste à rejeter la doctrine de l'interprétation stricte des exceptions, et d'adopter une méthode d'interprétation suffisamment large que pour permettre d'étendre, par analogie, les hypothèses d'exceptions prévues en droit européen à des cas similaires.

L'un des intérêts d'une telle approche est qu'elle ne nécessiterait pas nécessairement une réforme législative, et pourrait être entamée par la CJUE, à condition que ses juges soient prêts à opérer un revirement aussi ambitieux que celui amorcé par la Cour Suprême du Canada. Mais rien n'empêcherait de l'introduire par la voie législative, en adaptant légèrement le texte de la directive, et en se fondant dans la liste exhaustive des exceptions prévues à l'article 5.

Finalement, nous avons discuté de l'opportunité d'une telle proposition, en prenant pour point de départ la jurisprudence récente de la Cour Suprême du Canada appliquant le *fair dealing* semi-ouvert. À travers ces différents cas, nous avons vu que l'approche adoptée par la Cour Suprême avait permis d'introduire un degré de flexibilité bienvenu au sein du régime canadien. Nous avons néanmoins émis une critique quant à la façon particulière dont la Cour articulait l'exception de *fair dealing* avec les autres exceptions prévues en droit canadien. Pour des raisons de prévisibilité, il nous semble toujours préférable de chercher d'abord à appliquer les exceptions particulières prévues par le régime juridique, avant de procéder à la méthode de l'interprétation large. À condition de garder ce principe à l'esprit, une exception semi-ouverte permettrait selon nous de réaliser un bon équilibre entre l'exigence de sécurité juridique d'une part, et l'objectif d'un régime de droit d'auteur de réaliser le meilleur compromis entre incitation et libertés d'usage d'autre part.

Conclusion de la partie IV

Pour conclure cette partie, nous commencerons par revenir un instant sur la notion de sécurité juridique, omniprésente dans nos discussions. Nous avons tenu à rappeler que l'impératif de sécurité juridique ne constituait qu'un des pôles d'un arbitrage à faire avec l'objectif poursuivi par la règle. En effet, comme le note François Tulkens, si l'idée de sécurité juridique a pour fondement la valeur que constitue la sécurité en général, répondant à un besoin d'ordre, de certitude et de stabilité d'une société, « cette valeur de sécurité est cependant toujours mise en balance avec d'autres valeurs, telles que l'égalité ou la liberté, vis-à-vis desquelles, selon le cas, elle peut céder le pas » [271]. La sécurité juridique n'est donc pas une fin en soi, et il ne suffit pas d'argüer d'un impact négatif sur la sécurité juridique pour s'opposer à l'adoption de mesures légitimées par d'autres objectifs normatifs importants.

Dès lors, dans notre examen de l'opportunité des trois propositions de réforme envisagées, nous avons cherché à voir dans quelle mesure celles-ci pouvaient réaliser le meilleur arbitrage entre d'une part les objectifs d'un régime de droit d'auteur (la réalisation d'un compromis adéquat entre liberté d'usage et incitation à la création) et d'autre part, l'assurance d'une certaine sécurité juridique, définie par une double exigence de clarté et de généralité des règles juridiques [272]. Cette sécurité juridique est importante tant pour la bonne application du droit d'auteur que pour l'exercice des libertés d'usage de l'information, tant le manque de prévisibilité peut conduire à décourager l'exercice de l'un comme de l'autre.

En théorie, l'argument mettant en avant la sécurité juridique accrue procurée par une définition stricte des exceptions au droit d'auteur parait difficilement contestable. Un régime juridique qui adopte une

271. F. Tulkens, "La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer", *op. cit.*, p. 26-27.

272. Pour rappel, la clarté d'une règle signifie l'utilisation d'un langage complet, certain et simple, et sa généralité renvoie à sa capacité à régler à l'avance les faits à venir. Cf. *ibid.*, p. 28-29.

définition « synthétique » des droits, une définition « analytique » des exceptions [273] ainsi qu'une interprétation stricte de ces dernières semble assuré de présenter un haut niveau de sécurité juridique. En effet, si la définition des droits exclusifs englobe par principe l'ensemble des prérogatives envisageables alors que la définition des exceptions procède par énumération de caractéristiques strictement définies, leur application présentera – toujours en principe – une grande prévisibilité : dans la plupart des cas, l'utilisation envisagée sera couverte par un droit exclusif, et dans certains cas strictement définis, pourra bénéficier d'une exception.

Mais il faut bien voir que dans un tel système, la sécurité juridique n'est assurée qu'au prix d'une restriction significative des libertés d'usage. Ce n'est que parce que les exceptions sont réduites à portion congrue que la question de savoir si une utilisation est ou n'est pas couverte par le droit d'auteur conduit souvent à une réponse claire, généralement négative. A titre d'analogie, si l'on devait renverser la présomption générale contre les restrictions légales (découlant de l'idée de justification publique, cf. *supra* Partie II, chapitre 1, section 1), et considérer désormais que « tout ce qui n'est pas autorisé est interdit », on aboutirait certes à un système juridique plus certain et prévisible, mais au prix d'une considérable restriction de la liberté individuelle.

Comme le rappelle Castets-Renard, le fait d'opter pour une définition englobante des droits exclusifs relève d'un parti pris idéologique. « En droit d'auteur français, la technique des notions-cadres [pour définir les droits exclusifs] a un caractère idéologique et répond à une volonté protectrice de l'auteur » [274]. Or, ce parti pris en faveur de l'auteur n'a pas de fondement philosophique solide, et doit céder le pas à une approche plus plausible, prenant en compte les exigences de l'intérêt général. C'est d'autant plus vrai quand le droit d'auteur peut constituer une restriction aux droits fondamentaux des individus, en particulier la liberté d'expression. La CEDH, dans son arrêt Ashby Donald, semble toucher à la question du principe et de l'exception en droit d'auteur : les exceptions sont-elles des dérogations au principe prééminent des droits exclusifs, ou sont-ce les droits exclusifs qui dérogent à un principe plus fondamental de liberté d'expression ? Dans notre partie II, nous nous sommes clairement prononcé en faveur de la deuxième position, en affirmant l'idée d'une présomption en faveur de l'ouverture de l'environnement numérique, impliquant que vis-à-vis de l'usage de l'information, la liberté doit être la règle et les restrictions l'exception.

273. Nous entendons par définition « synthétique » une définition englobant l'ensemble des éléments envisageables, alors qu'une définition « analytique » procède par énumération des différents éléments.

274. C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable en droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 194 et suiv.

En outre, il convient également de critiquer cette vision idéalisée d'un système de droit d'auteur parfaitement fermé et prévisible. En pratique, le régime juridique du droit d'auteur ne présente pas le niveau de sécurité juridique que ses thuriféraires lui prêtent. Non seulement la définition des droits exclusifs n'est ni aussi claire ni aussi englobante que ne l'affirme une partie de la doctrine, mais la complétude et la fermeture du système sont en outre affectées d'une large plaie, en raison de la tendance dominante à soumettre l'admissibilité des exceptions (*in abstracto* et *in concreto*) aux standards ouverts du test en trois étapes [275]. Dans ce contexte, la plupart des questions de droit d'auteur présentent une grande complexité, ce qui permet de relativiser les objections invoquant la sécurité juridique pour s'opposer à l'élargissement des libertés d'usage. Dans un régime qui ne procure ni véritable sécurité juridique ni flexibilité, il ne semble pas possible de soutenir l'approche restrictive vis-à-vis des exceptions au droit d'auteur pour son effet net positif sur la sécurité juridique.

Un tel constat ne doit pas nous faire juger trop sévèrement notre système juridique, mais doit surtout pousser à abandonner une théorie naïve du droit, implicite dans une partie de la doctrine. Il semble utile de rappeler le caractère inaccessible de l'idéal de sécurité juridique, que Kelsen qualifiait d'« illusoire », et à propos duquel Hart insistait qu'il était important « de ne pas caresser, même comme idéal, l'idée d'une règle à ce point détaillée que la question de savoir si elle s'applique ou non à un cas particulier serait toujours résolue d'avance » [276]. Cela ne veut pas dire qu'il faille abandonner toute exigence quant à la qualité formelle des règles juridiques, et notamment leur clarté et leur généralité. En particulier, dans le cadre d'un régime juridique qui a de plus en plus vocation à s'appliquer à des particuliers (en raison de l'accessibilité des moyens de reproduction et de communication, de l'effacement de la distinction entre amateurs et professionnels, etc.), l'exigence de prévisibilité des règles semble exacerbée, notamment pour le bénéfice des exceptions [277]. Toutefois il faut rester lucide sur la possibilité limi-

275. Comme le note Senftleben : « a closed list of precisely-defined exceptions, if anything, has the advantage of enhanced legal certainty. This potential advantage, however, is beyond reach under the current EC system. If national legislation adopts and further specifies exceptions from the EC catalogue, these specific national exceptions may still be challenged on the grounds that they are incompatible with the EC three-step test », M. Senftleben, "Bridging the differences between copyrights legal traditions the emerging EC fair use doctrine", *Journal of the Copyright Society of the USA* 57 (2009), p. 529

276. Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Genève, La Baconnière, 1988, p. 155, et H.L.A. Hart, in *Le concept de droit*, Bruxelles, FUSL, 1976, p. 159, cités par F. Tulkens, "La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer", *op. cit.*, p. 35-36.

277. En ce sens, cf. L. Lessig, *Remix : making art and commerce thrive in the hybrid economy*, *op. cit.*, p. 266 : « If copyright were a regulation limited to large

tée de réaliser cet idéal dans le contexte d'une accélération du temps juridique, social, et technologique.

Dans ce contexte, on constate une augmentation du rôle confié au juge dans l'adaptation de la loi, et un changement des techniques législatiques, en vue de lutter contre le retard et l'obsolescence du droit par rapport aux phénomènes sociaux et au changement technologique. On constate en effet que le législateur a de plus en plus souvent recours à des notions à contenu variable, dans de nombreuses branches du droit [278]. Étant donné cette tendance lourde, la crainte d'une partie des juristes européens par rapport aux normes ouvertes comme l'exception de *fair use* parait exagérée.

En outre, il semble difficile pour les juristes européens de s'opposer à une extension du rôle du juge dans l'interprétation de l'applicabilité de certaines exceptions, alors que l'extension des droits exclusifs a été fréquemment réalisée par voie jurisprudentielle, sans susciter de vagues d'indignation. Par contraste, dans les systèmes de common law, la même extension des droits exclusifs a nécessité un grand nombre d'interventions législatives, en raison de l'approche analytique des droits exclusifs [279]. On peut dès lors s'étonner que les auteurs de tradition continentale semblent généralement se satisfaire d'une intervention des juges pour l'adaptation des droits exclusifs à l'évolution technologique et sociale, mais répugnent à ce que ceux-ci exercent un rôle similaire pour l'adaptation des exceptions à ces droits exclusifs.

Il ne semble donc pas qu'il faille condamner, par principe, l'introduction de standards textuels dans la législation, d'autant plus lorsque ces standards reprennent des préoccupations similaires à celles visées par le test en trois étapes. Interprété de manière modérée, le test en trois étapes peut d'ailleurs servir d'instrument précieux pour une interprétation flexible des exceptions qui conserve la raison d'être des droits exclusifs. En particulier, une conception normative de l'exploitation normale de l'œuvre, entendue comme « l'exploitation souhaitable de l'œuvre pour accomplir les objectifs du droit d'auteur », pourrait graduellement servir de notion pivot pour délimiter la frontière des utilisations qu'il convient d'interdire ou d'autoriser, en remplacement de

studios and record companies, then its complexity and inefciency would be unfortunate but not terribly signicant. So what if Fox has to hire more lawyers to work through complex copyright licensing problems ? (...) But when copyright law purports to regulate everyone with a computer— from kids accessing the Internet to grandmothers who allow their kids to access the Internet— then there is a special obliga-tion to make sure this regulation is clear. And that obligation is even stronger when, as here, the regulation is a regulation of speech. »

278. C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable en droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 18 ; F. Ost & M. Van De Kerchove, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, *op. cit.*, p. 235.

279. A. Strowel, "Droit d'auteur et copyright", *op. cit.*, n°113.

la notion de reproduction, de moins en moins pertinente pour jouer ce rôle.

En outre, le recours aux droits fondamentaux dans l'interprétation du régime du droit d'auteur peut servir à soutenir des initiatives visant à augmenter et renforcer la part des libertés d'usage dans le régime du droit d'auteur. Nous avons envisagé trois approches, sur lesquelles nous revenons à présent.

L'approche la plus modeste est l'exception UGC. Si elle ne représente qu'une solution partielle à l'insuffisante prise en compte des libertés d'usage dans le régime actuel du droit d'auteur, elle permet néanmoins de mettre fin à la situation d'incertitude dans laquelle se trouvent bon nombre de pratiques de réutilisation transformative dans l'environnement numérique. S'agissant d'une exception visant des pratiques assez délimitées, elle ne semble en outre pas poser de sérieux problème de sécurité juridique. Pour peu que la notion de « but non commercial » puisse recevoir une définition suffisamment précise (comme nous l'avons soutenu) celle-ci peut servir d'approximation utile pour faciliter l'examen de la condition d'atteinte à l'exploitation de l'œuvre. De plus, une telle proposition a pour elle de ne pas nécessiter une remise en question du régime classique d'exceptions fermées à l'européenne.

L'approche la plus ambitieuse serait sans doute l'introduction d'une exception ouverte de *fair use*. Certes, d'aucuns continuent de soutenir qu'une telle exception est inadmissible à l'aune du test en trois étapes. De telles conclusions contribuent cependant davantage à mettre en doute la plausibilité de l'interprétation restrictive du test que l'admissibilité du *fair use*, étant donné la pratique continue des États qui ont maintenu ou introduit une telle exception ouverte dans leur système juridique. Interprété de manière modérée, le test en trois étapes parait pouvoir s'accommoder d'exceptions ouvertes de type *fair use*. Quant à l'opportunité d'une telle mesure, l'avantage principal en est évidemment la souplesse, et le principal inconvénient la complexité interprétative. La vive polémique sur la sécurité juridique du *fair use* tient sans doute en partie aux particularités du régime juridique américain, et ne semble en tout cas pas permettre un degré de généralisation tel qu'il faudrait conclure au caractère irrémédiablement incertain du principe des exceptions ouvertes similaire au *fair use*. Toutefois, il s'agit évidemment d'un élément à garder à l'esprit, ne serait-ce que pour ne pas importer les défauts du régime américain. En outre, à court terme, l'introduction d'une exception de *fair use* constituerait un important changement de paradigme en droit européen, même si nous avons vu que de telles dispositions ouvertes n'était pas foncièrement étrangères aux systèmes de droit civil.

Entre le maintien d'un modèle d'exception fermé et le passage à un système ouvert, une troisième voie consisterait à introduire une excep-

tion semi-ouverte, comme l'est le *fair dealing* canadien depuis l'arrêt CCH. Cette approche canadienne du *fair dealing* semble non seulement constituer un compromis original entre liberté d'usage et sécurité juridique, mais parait en outre plus accessible pour des systèmes juridiques de tradition européenne. Elle serait en effet pleinement compatible avec le cadre international du droit d'auteur, et son introduction ne requerrait pas nécessairement une réforme législative. Il suffirait que la CJUE, s'inspirant de la Cour Suprême canadienne, réalise un double mouvement, d'une part en reconnaissant un véritable statut des exceptions en tant que prolongement des droits fondamentaux dans le régime du droit d'auteur, et d'autre part en répudiant la méthode d'interprétation stricte des exceptions au profit d'une interprétation « large et généreuse ». Les finalités d'exception énumérées dans la directive serviraient alors de matrice pour envisager, par analogie ou par extension, l'adaptation de notre régime à des hypothèses nouvelles. Un tel régime pourrait autoriser un niveau de garantie des libertés d'usage similaire à un régime d'exception ouvert, tout en permettant une plus grande sécurité juridique. Modèle hybride entre les traditions européenne et américaine, une exception semi-ouverte de *fair dealing* parait réaliser le meilleur des deux mondes.

Bien sûr, aucune de ces trois propositions de réforme du régime des exceptions ne constitue une panacée. D'une part, parce que l'on pourrait aisément imaginer des propositions plus radicales et, potentiellement, davantage à même de réaliser un compromis adéquat entre incitation à la création et liberté d'usage, comme une diminution de la durée de protection du droit d'auteur, ou une redéfinition des droits exclusifs autour de la distinction « commercial / non commercial » [280]. Et d'autre part parce que la garantie formelle des exceptions par le système juridique, même éventuellement assortie d'un droit d'action en justice, ne suffit plus à assurer leur effectivité. Il faut bien reconnaitre que les propositions que nous avons examinées dans le cadre de ce chapitre seraient de peu d'utilité pour garantir l'effectivité de ces exceptions face à leur neutralisation par des licences privatives, par des mesures techniques de protection, ou par des demandes de retrait abusives adressées aux intermédiaires d'accès et d'hébergement.

Toutefois, avant de se préoccuper de l'effectivité du régime des exceptions, il semble important d'assurer que celui-ci soit fondé dans des principes solides et réalise un juste équilibre au sein du régime du droit d'auteur. Une fois ces principes posés, une fois le modèle juridique rééquilibré, on peut espérer qu'une dynamique vertueuse, tant dans l'évo-

280. À ce sujet, voyez J. Litman, *Digital copyright*, *op. cit.*, p. 180-186 ; voyez également L. Lessig, *The future of ideas : The fate of the commons in a connected world*, New York : Random House LLC, 2002, p. 258 -259, pour un soutien nuancé à cette proposition.

lution de la jurisprudence que celle des normes sociales, contribue à renforcer les efforts pour garantir une réelle effectivité des exceptions, dans le prolongement de notre démarche.

Conclusion générale

La recherche de la meilleure articulation entre les libertés d'usage de l'information et leurs restrictions légitimes est une tâche particulièrement délicate. On ne peut pourtant négliger de s'y atteler. Dans le contexte de l'environnement numérique, se contenter du précaire arbitrage réalisé par le régime juridique actuel revient à admettre une extension du droit d'auteur allant bien au-delà de ce qui est justifiable, et à risquer de brider le potentiel d'émancipation porté par l'environnement numérique.

Enjeux normatifs de la régulation de l'information dans l'environnement numérique

Nous avons entamé notre discussion des enjeux normatifs de la régulation de l'information dans l'environnement numérique par une critique des justifications classiques en faveur du droit d'auteur.

Nous avons d'abord vu que les tentatives de l'approche propriétarienne de justifier un régime maximaliste de droits de propriété intellectuelle s'avéraient *in fine* indéfendables. Dans le meilleur des cas, la justification propriétarienne est soumise à la tâche herculéenne que lui impose la clause lockéenne révisée, impliquant de définir des droits de propriété intellectuelle d'une manière telle que personne n'a de raison de s'y opposer, car leurs avantages compenseraient entièrement la privation causée aux non-appropriateurs. Dès lors, loin d'autoriser un soutien catégorique et robuste aux droits de propriété intellectuelle, l'approche propriétarienne se retrouve en fait affectée des pires difficultés liées à l'analyse utilitariste, à savoir la nécessité de fonder ses prétentions dans des arguments empiriques, et celle de devoir confronter ses conclusions au critère particulièrement exigeant de pareto-optimalité. Quant à l'approche utilitariste elle-même, bien qu'elle représente sans doute l'approche la plus plausible pour justifier une certaine forme de droit d'auteur, elle n'en demeure pas moins affectée d'importantes indéterminations. Dans sa version la plus convaincante, elle est contrainte

de justifier le droit d'auteur par un compromis entre incitation et usage, dont la preuve de l'efficience économique présente de nombreuses incertitudes théoriques, doublées de sérieuses lacunes empiriques. Enfin, la justification personnaliste du droit d'auteur, si elle ne permet pas non plus de justifier un régime maximaliste de droits d'auteur, peut servir de soutien à une conception limitée des droits moraux de l'auteur.

Suite à ces discussions, les justifications du régime du droit d'auteur nous sont apparues beaucoup plus problématiques que ce que semblent supposer les législateurs et les juges, qui ont continuellement étendu son champ d'application matériel et temporel, en confinant les exceptions et limitations à un cadre particulièrement étriqué.

L'extension excessive du droit d'auteur au regard de la fragilité de ses fondements a longtemps été dissimulée par les conditions matérielles de la création et de la diffusion d'œuvres intellectuelles. Dans un contexte où les moyens techniques de reproduction requièrent un investissement considérable en capital, la portée d'un régime de droit d'auteur centré sur la notion de reproduction, et reposant implicitement sur la distinction public/privé, a longtemps coïncidé avec le champ de l'exploitation commerciale de l'œuvre par des acteurs industriels. Cette solution n'a pu passer pour une approximation acceptable que tant que le droit d'auteur n'avait vraiment d'impact que sur une minorité de créateurs et d'éditeurs professionnels.

Toutefois, avec l'apparition des nouvelles techniques de communication, et en particulier l'émergence d'un environnement numérique où toute action s'assimile à une reproduction d'information et où se brouille la frontière entre privé et public, le régime du droit d'auteur se révèle considérablement plus invasif. Avec l'évolution du contexte matériel de création et de diffusion des œuvres intellectuelles, la définition particulièrement large des droits exclusifs a commencé à déployer ses effets sur un nombre croissant d'actes d'utilisation de l'information. Et les particuliers, en mettant en œuvre les nouvelles possibilités de création et de diffusion offertes par la technique, ont commencé à buter de plus en plus fréquemment contre les limites au libre usage de l'information imposées par le droit d'auteur. Et cela ne vaut pas seulement pour le partage non autorisé d'œuvres protégées, mais aussi pour les nouvelles pratiques de *remix* et de réutilisation transformative de l'information ou des nouvelles formes de production collaborative et décentralisée sur le réseau.

Contre la tendance à l'instrumentalisation de la régulation de l'environnement numérique pour poursuivre les objectifs d'un régime du droit d'auteur, nous avons donc proposé une approche normative visant à préserver et favoriser le rôle d'Internet comme moyen d'exercice des libertés individuelles.

Cette préoccupation vis-à-vis de la régulation de l'architecture du

réseau a trouvé un écho parmi les institutions internationales. Dans un rapport de 2011, le rapporteur spécial des Nations-Unies pour la protection de la liberté d'expression insiste sur le fait qu'Internet, comme aucun autre média, présente un rôle de facilitateur (« enabler ») ou de catalyseur de la liberté d'expression et des autres droits de l'homme. Dès lors, conclut-il, « there should be as little restriction as possible to the flow of information via the Internet, except in few, exceptional, and limited circumstances prescribed by international human rights law » [281]. De même, dans sa stratégie de 2012 sur la Gouvernance d'Internet [282], le Conseil de l'Europe conclut que pour assurer l'exercice effectif des articles 10 et 11 de la CEDH, il est vital que l'on protège et préserve l'Internet en ne nuisant pas (« doing no harm ») à son fonctionnement. La stratégie se donne notamment pour objectif de « protéger l'universalité, l'intégrité et l'ouverture de l'Internet » et de « renforcer au maximum les droits et les libertés des usagers.

Dans ce sens, comme nous l'avons soutenu dans la partie II, la meilleure manière de favoriser la liberté réelle des individus dans l'environnement numérique consiste à guider la régulation par une présomption en faveur de l'ouverture, définie comme une présomption en faveur des libertés d'usage de disséminer et de (ré)utiliser l'information, sauf les exceptions justifiées par la protection des libertés de base ou par la préservation des autres dimensions de la liberté réelle pour tous.

Si l'on admet ce cadre, un régime acceptable de droit d'auteur devrait être strictement limité à ce qu'autorisent les justifications publiques avancées pour le soutenir. Nous avons envisagé une justification de ce genre, portant sur l'importance de préserver une certaine diversité culturelle pour garantir la capacité des individus à former et réviser leur conception de la vie bonne. Prenant le contrepied de la perspective juridique dominante, nous avons conclu au contraire que c'était le droit d'auteur qui devait être conçu comme une exception au principe de la présomption en faveur de l'ouverture. Une telle conception permet de donner un contenu plus substantiel aux appels à réaliser un « juste équilibre » ou à poursuivre « l'intérêt général » au sein du régime du droit d'auteur.

Les apports de ce renversement de perspective sont multiples, et concernent tant le juge que le législateur. Du point de vue du juge, la présomption en faveur de l'ouverture implique qu'il n'est pas légitime d'interpréter restrictivement les exceptions ou limitations, ni de les enfermer dans le carcan rigoriste du « three step test ». Et il n'est pas

281. F. La Rue, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/HRC/17/27*, rapp. tech., Conseil des Droits de l'Homme des Nations Unies, 2011

282. Comité des ministres du Conseil de l'Europe, *Gouvernance de l'Internet - Stratégie du Conseil de l'Europe 2012-2015*, CM(2011)175 final, 15 mars 2012

davantage légitime pour le juge d'adopter une présomption en faveur d'une extension des droits exclusifs à des cas non prévus par le législateur [283]. Du point de vue du législateur enfin, cela implique que les limitations au droit d'auteur ne peuvent plus être considérées comme de simples pis-aller en cas de défaillance de marché, mais plutôt comme la nécessaire limitation des droits exclusifs à ce qui est nécessaire aux objectifs légitimes d'un régime de droit d'auteur. Les espaces de liberté au sein du droit d'auteur sont précisément ce qui rend le droit d'auteur tolérable [284].

Deux façons de promouvoir l'ouverture

Une fois nos principes normatifs clarifiés, nous sommes passés à l'approche pratique de la thèse, visant à rechercher le meilleur moyen de promouvoir l'ouverture au sein du régime du droit d'auteur.

Dans cette thèse, nous avons pris le parti de considérer l'alternative entre deux voies : la voie de la responsabilité sociale, qui représente une approche originale mettant en œuvre une forme d'initiative privée visant à augmenter les libertés d'usage de l'information, et la voie législative, consistant à étendre et renforcer les exceptions et limitations légales au droit d'auteur.

En réaction à un régime de droit d'auteur perçu comme trop restrictif, des initiatives privées ont émergé pour utiliser ce régime juridique afin de ménager davantage d'espaces de liberté en son sein. Certains acteurs ont cherché à poursuivre une certaine vision de leur responsabilité sociale pour l'environnement numérique, en utilisant le mécanisme des licences ouvertes pour constituer un fonds commun d'œuvres en libre usage. S'assimilant à un régime juridique alternatif, une « couche de droit d'auteur raisonnable » pour remédier aux excès du régime par défaut du droit d'auteur, la voie de la responsabilité sociale mise en œuvre par les partisans des licences ouvertes s'est imposée comme une approche viable pour augmenter l'ouverture de l'environnement numérique.

À côté de cette approche originale, une voie plus classique pour promouvoir l'ouverture serait de réformer le régime des exceptions et limitations au droit d'auteur. Dans le chapitre IV, nous avons examiné trois réformes envisageables du système fermé d'exceptions que nous

283. Cf. par exemple la décision de la CJUE dans l'arrêt *Svensson* de considérer les hyperliens comme constituant potentiellement des actes de communication au public, couverts par le droit d'auteur (cf. *supra*, Partie II, chapitre II, 3.3.2)

284. Pour reprendre les termes de Wendy J. Gordon : « Only copyright's limiting doctrines make copyright tolerable » W. J. Gordon, "Do we have a right to speak with another's language ? Eldred and the duration of copyright", in : *Copyright and Human Rights*, sous la dir. de P. Torremans, La Haye : Kluwer, 2004.

connaissons en droit européen : une exception en faveur de la création dérivée à but non commercial, une exception ouverte de type *fair use*, et enfin une exception semi-ouverte comparable au *fair dealing* canadien. En prenant pour point de départ l'idée d'une présomption en faveur de l'ouverture, de telles réformes ne paraissent plus inaccessibles ; elles paraissent même constituer les conditions minimales d'un régime de droit d'auteur justifiable. En outre, en l'état actuel du droit, les contraintes issues du droit international et européen ne constituent pas nécessairement un obstacle rédhibitoire à de telles réformes, notamment si l'on tire profit de la goulée d'air insufflée par les droits fondamentaux en droit d'auteur dans la jurisprudence européenne, ou si l'on adopte une interprétation modérée du « test en trois étapes ». Nous avons également montré que l'argument de la sécurité juridique qu'on opposait souvent à de telles réformes était sans doute exagéré, et ne pouvait de toute façon pas suffire à s'opposer à la recherche d'un juste équilibre au sein du droit d'auteur, visant à assurer une meilleure prise en compte des libertés d'usage.

Forces et faiblesses des deux voies pour promouvoir l'ouverture

La voie de la responsabilité sociale et la voie législative présentent toutes deux leurs forces et leurs faiblesses. D'une manière générale, on peut comparer ces deux approches du point de vue de leur faisabilité pratique, de leur effet sur la sécurité juridique, et enfin de leur portée.

Du point de vue de la faisabilité pratique, la voie de la responsabilité sociale semble la mieux placée. En effet, celle-ci jouit d'une grande flexibilité, comparée avec la forte rigidité de la voie législative. Non seulement le législateur est soumis à d'importantes pressions de la part des groupes d'intérêts représentants les auteurs et les éditeurs lors de chaque révision du droit d'auteur, mais ses mains sont en outre liées par les obligations découlant de l'harmonisation internationale et européenne du droit d'auteur. Or la révision d'une directive européenne est un processus au long cours, qui requiert souvent près de dix ans [285] ; sans parler de la révision d'un traité international. Dès lors, l'approche des licences ouvertes présente l'avantage majeur d'être plus facile à réaliser dans le contexte actuel. Le succès des licences ouvertes a en effet clairement montré qu'un changement *bottom-up* était plus accessible qu'un changement *top-down*, et qu'il était possible d'introduire davantage de libertés d'usage dans le régime actuel sans attendre un éventuel changement législatif. Toutefois, nous avons noté une limite à cette plus

285. B. Hugenholtz, "No Title", *Communications of the ACM* 56.5 (2013), p. 26

grande accessibilité de la voie des licences ouvertes, sous la forme d'un effet de dépendance de sentier, en raison de la difficulté de faire adopter une nouvelle version d'une licence existante par la multitude des donneurs de licence ayant adopté l'ancienne version. Autrement dit, s'il est aisé d'introduire une nouvelle licence, une fois qu'une licence est bien établie, elle est susceptible de faire face à une certaine résistance au changement.

Du point de vue de la sécurité juridique, c'est la voie législative qui parait la mieux placée, étant donné l'unicité et la (relative) simplicité de la norme législative en comparaison avec la multiplicité et la complexité des règles issues des licences ouvertes. En effet, nous avons vu que la voie de la responsabilité était vulnérable à un problème de fragmentation, en raison d'un double phénomène de prolifération des licences existantes et d'incompatibilité entre ces licences. Cette situation conduit en pratique à fragmenter le fonds commun sous licence ouverte en différents fonds incompatibles entre eux, ainsi qu'à semer la confusion dans l'esprit des licenciés quant à l'interprétation à donner aux clauses des différentes licences. Ces difficultés ne sont pas nécessairement irrémédiables, et il est possible de mettre en œuvre un certain nombre d'initiatives [286] visant à limiter la prolifération, favoriser la compatibilité, et faciliter la révision des licences ouvertes. Il s'agit malgré tout d'un sérieux défi pour la voie de la responsabilité sociale, auquel la voie législative n'a pas à faire face.

D'un autre côté, la voie de la responsabilité sociale semble jouir d'un atout significatif au niveau de la sécurité juridique, lié au caractère volontaire des licences ouvertes. Si la tendance que nous avons observée se vérifie, à savoir une attitude chez les licenciés et des donneurs de licences qui était globalement conforme au « principe de robustesse » (« Be conservative in what you do ; be liberal in what you accept from others » [287]), alors on pourrait conclure que les licences ouvertes présentent moins de risque de litige que les exceptions légales au droit d'auteur, sans doute en raison du caractère volontaire de ces licences et des normes sociales partagées par ceux qui y ont recours. Et en effet, le faible nombre de litiges impliquant les licences ouvertes semble appuyer cette hypothèse d'une moins grande propension à générer des

286. Voyez par exemple le choix de Wikipedia de faire la transition vers une double licence GFDL et CC by-sa, afin de répondre à des besoins particuliers tout en minimisant les risques d'incompatibilité Wikipedia, *Licensing update*, URL : http://meta.wikimedia.org/wiki/Licensing_update. Cf. également l'initiative de l'Open Source Initiative visant à lutter contre la prolifération : The Licence Proliferation Project (OSI). Plus généralement, à propos de ces enjeux voyez D. Bollier, *Viral Spiral - How the Commoners Built a Digital Republic of Their Own*, New York : New Press, 2008, p. 252, §716 et suiv. .

287. Creative Commons & Netpop Research, "Defining Noncommercial", *op. cit.*, p. 79. Cf. *supra*, partie III, 3.3.3. 2) c).

litiges, ou à tout le moins d'une plus grande capacité à les régler de manière informelle. L'approche législative visant à étendre ou renforcer les exceptions au droit d'auteur (que ce soit par l'introduction d'un *fair use* ou d'un *fair dealing*) ne pourrait sans doute pas compter sur un tel avantage, du moins pas avant que les normes sociales n'aient évolué dans le sens d'une plus grande tolérance vis-à-vis de certains usages non autorisés des œuvres.

Bien sûr, ces avantages ont un prix : la portée de la voie des licences ouvertes, et donc sa capacité à apporter un changement réel, si elle n'est pas négligeable, reste malgré tout limitée. Cela est naturellement dû à la dépendance de la voie des licences ouvertes vis-à-vis de l'initiative privée, autrement dit sa dépendance vis-à-vis de la volonté des créateurs de mettre en œuvre leur responsabilité sociale pour l'environnement numérique. La portée de l'augmentation des libertés d'usage est limitée aux œuvres que les auteurs ont bien voulu verser au fonds commun des œuvres sous licence ouverte. En outre, plus les exigences imposées par les licences ouvertes sont lourdes, plus elles sont sujettes à ce que nous avons appelé le risque de la mise en quarantaine. À cet égard, la force obligatoire et générale de la loi reste incomparable aux constructions contractuelles, et seule une réforme des exceptions et limitations au droit d'auteur est en mesure de garantir de manière structurelle une augmentation des libertés d'usage de l'information.

Quelle articulation entre la voie de la responsabilité sociale et la voie législative ?

Cela nous amène à une autre question centrale, celle de l'articulation entre la voie des licences ouvertes et la voie législative. Il nous faut considérer deux dimensions. Premièrement, les deux voies sont-elles complémentaires ou concurrentes ? Et deuxièmement, les deux voies sont-elles ou non des substituts parfaits l'une de l'autre ?

La première question vise donc à savoir si les réalisations des deux voies sont complémentaires ou concurrentes. Autrement dit, les deux voies se renforcent-elles l'une et l'autre, ou bien sont-elles en tension, dans le sens ou l'avancement de l'une des deux nuit à l'efficacité ou à la faisabilité de l'autre ?

Il convient d'apporter une réponse nuancée à cette question. Si l'on reste dans le cadre des propositions relativement modestes formulées dans cette thèse, les deux approches paraissent tout à fait compatibles et complémentaires : la place accordée aux libertés d'usage par le régime du droit d'auteur est tellement insuffisante qu'il parait clairement souhaitable de cumuler l'extension des exceptions légales avec la constitution d'un fonds commun sous licence ouverte.

Mais si l'on devait envisager des réformes plus radicales que celles que nous discutons dans cette thèse, comme une réduction importante de la durée de protection du droit d'auteur, ou une limitation substantielle du champ d'application matériel des droits exclusifs, cette complémentarité entre les deux voies ne serait sans doute plus de mise. En effet, en réduisant ou limitant la protection des droits exclusifs on provoquerait du même coup un affaiblissement des licences ouvertes, puisque l'applicabilité de celles-ci repose ultimement sur la force obligatoire du droit d'auteur. C'est ce que notait Richard Stallman, de la Free Software Foundation, dans une contribution surprenante où celui-ci exprime son opposition à la proposition du Parti Pirate suédois de réduire la durée de protection du droit d'auteur à 5 ans :

> « How would the Swedish Pirate Party's platform affect copylefted free software ? After five years, its source code would go into the public domain, and proprietary software developers would be able to include it in their programs. But what about the reverse case ? (...)
>
> Thus, the Pirate Party's proposal would give proprietary software developers the use of GPL-covered source code after 5 years, but it would not give free software developers the use of proprietary source code, not after 5 years or even 50 years » [288]

Dans le même sens, une définition plus étroite de la portée des droits exclusifs conduirait à réduire la portée de certaines clauses des licences ouvertes, comme nous l'avions déjà noté dans le cas de la définition de la notion d'œuvre dérivée déterminant la portée de la clause de réciprocité [289].

L'inverse est également vrai : la responsabilité sociale peut avoir pour effet secondaire de gêner la mise en œuvre de la voie législative, soit en diminuant la perception qu'un changement législatif est nécessaire, soit en augmentant la résistance au changement dans le chef de ceux dont les initiatives seraient minées par une telle réforme. Au-delà d'un certain point, les deux voies paraissent loin d'être complémentaires, mais plutôt fondamentalement en tension.

Cette tension entre voie législative et voie de la responsabilité sociale n'aurait rien de problématique s'il n'y avait pas de raison privilégier l'une plutôt que l'autre, autrement dit si les deux s'avéraient parfaitement substituables.

---

288. R. Stallman, *How the Swedish Pirate Party Platform Backfires on Free Software*, 2009, url : https://www.gnu.org/philosophy/pirate-party.html

289. Voyez *supra,* partie III, chapitre II, 3.2.1. Cf. également M. L. Stoltz, "The Penguin Paradox : How the Scope of Derivative Works in Copyright Affects the Effectiveness of the GNU GPL", *BUL Rev.* 1 (2005)

Mais précisément, la législation est-elle capable de se substituer entièrement aux licences ouvertes, ou bien celles-ci présentent-elles certains apports propres, ne pouvant être achevés par la législation ? Et inversement, la voie des licences ouvertes est-elle en mesure de se substituer à la voie législative, ou n'est-elle qu'un substitut imparfait, un simple pis-aller ?

La réponse à cette dernière question découle de ce que nous avons dit plus haut sur les forces et les faiblesses des licences ouvertes : si l'efficacité juridique des licences ouvertes ne fait plus de doute, et si ces licences présentent même certains avantages (notamment au point de vue de la sécurité juridique), elles ne représenteront jamais un substitut parfait à la législation, puisqu'elles dépendent de la volonté des créateurs d'accorder des libertés d'usage sur l'œuvre, ce qui conduit forcément à limiter leur portée ou à tout le moins à fragiliser leur assise. Dans ce contexte, il semble que la seule attitude cohérente pour les partisans des licences ouvertes soit d'assumer un rôle de pionniers, avec pour but ultime de sensibiliser à la nécessité d'une réforme législative.

Mais qu'en est-il dans le sens opposé : la voie législative est-elle un substitut parfait de la voie des licences ouvertes ? Si l'on devait répondre par l'affirmative à cette question, et si les licences ouvertes n'étaient qu'un pis-aller, voire un simple instrument pour avancer l'objectif d'une réforme législative, alors la tension entre les deux voies ne serait pas problématique. En effet, au cas où une réforme venait à limiter radicalement le droit d'auteur, il n'y aurait aucune raison de regretter une diminution de l'efficacité des licences ouvertes, et toutes les raisons de saluer l'accroissement du domaine public [290].

Mais à la différence du domaine public, les licences ouvertes conditionnent généralement le bénéfice des libertés d'usage au respect d'un certain nombre de règles d'usage (clause d'attribution, clause de réciprocité, clause « pas d'usage commercial », etc.). Le fonds commun sous licence ouverte constitue donc un régime de « liberté encadrée », où chacun est libre de puiser à condition de respecter certaines règles d'usage.

On peut concevoir deux arguments pour soutenir que ce régime de « liberté encadrée » des licences ouvertes présente un apport intéressant en soi, et difficile à achever par la voie législative.

Le premier argument consiste à dire que les règles d'usage mises en place par les licences ouvertes sont nécessaires pour fournir des incitants sélectifs à la création. Comme nous l'avons vu, la voie des licences

290. Dans ce sens : Y. Benkler, "Coase's Penguin, or, Linux and "The Nature of the Firm"", *op. cit.*, p. 369 : « While it is true that free software currently uses corpyright-based licensing to prevent certain kinds of defection from peer production processes, that strategy is needed only as a form of institutional jiujitsu to defend from intellectual property ».

ouvertes est elle aussi confrontée au problème classique de la production des biens publics. Mais en outre, elle est également contrainte de faire concurrence au fonds des œuvres en usage réservé (le régime « par défaut » du droit d'auteur), vu la concurrence normative entre les deux régimes. Tout cela fonde la nécessité d'une stratégie d'incitation vis-à-vis des créateurs, afin d'éviter notamment que les risques d'appropriation privative ne découragent la création sous licence ouverte. Dès lors, comme le remarque Stallman, en affaiblissant le régime du droit d'auteur, on affaiblit également la possibilité pour ces licences d'inciter à la création sous licence ouverte. Ainsi, une réduction de la durée de protection du droit d'auteur à 5 ans après la première communication au public aurait pour conséquence de rendre les œuvres sous licence ouverte vulnérables à l'appropriation privative après 5 ans. Des œuvres sous licence réciproques pourraient dès lors être réutilisées dans des œuvres sous licence privative, contrairement au souhait de leurs auteurs. En outre, dans le cas des œuvres logicielles, le code source des améliorations apportées à l'œuvre pourrait dès lors être rendu indisponible [291], ce qui pourrait s'avérer problématique pour les projets de création sous licence ouverte [292].

Le deuxième argument pour soutenir l'intérêt du régime de liberté encadrée développé par les licences ouvertes consiste à dire que les conditions et règles d'usages prévues par ces licences sont nécessaires pour soutenir la « gouvernance » et le bon fonctionnement de certains projets de création collaborative ou communautés de pratique. En effet, les licences ouvertes permettent de moduler l'accès à ces projets ou communautés, dans le but de récompenser ou sanctionner certains comportements en fonction des objectifs poursuivis. Cette possibilité de réguler l'utilisation d'un fonds commun est notamment mise en évidence par la littérature sur les « commons » [293]. Une diminution du niveau de protection du droit d'auteur implique donc une diminution de la possibilité de soutenir une telle gouvernance au moyen des licences ouvertes. Or, nous avons vu dans la partie II que ces formes de collaborations décentralisées sont importantes du point de vue des nouvelles opportu-

291. De même, dans le cas des œuvres culturelles, les améliorations apportées à une œuvre faisant l'objet d'une appropriation privative pourraient être protégées par des mesures techniques de protection. On peut d'ailleurs considérer que la distribution d'un logiciel sous forme binaire constitue une forme de mesure technique, étant donné que le code source est rendu illisible dans la version binaire.

292. Toutefois, dans le cas des logiciels, la rapidité de l'évolution technologique permet de nuancer cette difficulté : une version d'un logiciel vieux de 5 ans sera souvent considérée comme obsolète.

293. Voyez par exemple E. Ostrom & C. Hess, "Ideas, Artifacts, and Facilities : Information as a Common-Pool Resource", *Law and Contemporary Problems* 66.1-2 (2003) ; W. J. Gordon, "Discipline and nourish : on constructing commons", *op. cit.*

nités qu'elles génèrent pour les individus, ainsi que de la participation des citoyens au débat public.

On pourrait objecter que l'apport des licences ouvertes en ce domaine est douteux, dans la mesure où ces règles de gouvernance des projets collaboratifs ou communautés de pratiques pourraient aussi bien se développer sans le soutien des droits intellectuels. Ainsi, les règles de déontologie ou les normes sociales qui se développent dans certains domaines n'ont pas besoin de reposer sur la force obligatoire de licences en droit d'auteur. A titre d'illustration, on peut facilement imaginer que dans le domaine des publications scientifiques, les pratiques de réutilisation ne se conformant pas aux pratiques d'intertextualité généralement admises (citations, paraphrases) n'ont probablement pas besoin de la protection du droit d'auteur ou d'une licence CC ND (« No Derivatives »). En effet, on peut concevoir que le stigmate social ou les sanctions professionnelles liés à la commission d'actes de plagiat sont généralement suffisants pour décourager les pratiques de réutilisation considérées comme problématiques dans le domaine académique.

Mais, pourrait-on rétorquer, même dans le monde académique où cet effet devrait vraisemblablement jouer à plein, certains s'inquiètent d'une tendance à l'affaiblissement des standards de rigueur scientifique et des règles déontologiques (sans doute en raison de la concurrence entre chercheurs et de la pression à la publication) [294]. On peut donc craindre que les règles déontologiques ou les normes sociales se révèlent insuffisantes pour soutenir la gouvernance de projets ou communautés décentralisées. En outre, l'impossibilité d'exclure ceux qui ne respectent pas les règles de gouvernance de l'utilisation du fonds commun pourrait conduire à un affaiblissement par les « outsiders » du respect de ces règles. Dans ce contexte, il est plausible que les licences ouvertes continuent d'avoir un rôle important à jouer pour permettre de conditionner l'utilisation d'œuvres au respect de règles d'usage en vigueur dans certaines communautés, professionnelles ou amateur.

Dès lors, si l'on veut préserver le régime de liberté encadrée soutenu par les licences ouvertes, il faudra nécessairement résoudre d'une manière ou d'une autre la tension entre la voie législative et la voie des licences ouvertes. Dans le cas d'une réduction de la durée du droit d'auteur, on pourrait par exemple envisager un régime de pré-domaine public pendant lequel les œuvres intellectuelles pourraient toujours être couvertes par une licence ouverte, et seulement une telle licence [295].

294. Cf. M.-C. Roland, "Publish and perish. Hedging and fraud in scientific discourse.", *EMBO reports* 8.5 (mai 2007) ; cf. également les contributions dans le cadre du colloque "Scientific Fraud : How it is done, why it is done, and what can be done about it", in : *11e Ethical Forum*, sous la dir. de P. Van Parijs, Bruxelles : Fondation Universitaire, 2012.

295. C'est la proposition envisagée par Stallman, dans sa discussion de la propo-

Cette tension entre la voie législative et la voie des licences ouverte n'affecte toutefois pas fondamentalement nos conclusions. Comme nous l'avons vu, en l'état actuel du droit, les deux voies ne sont nullement en tension, mais sont plutôt complémentaires. Parallèlement à une réforme législative du droit d'auteur visant à étendre et renforcer le régime des exceptions au droit d'auteur, il convient également d'encourager l'exercice par les acteurs de leur responsabilité sociale pour l'environnement numérique, en continuant d'expérimenter les possibilités nouvelles offertes par la voie des licences ouvertes.

sition du Parti Pirate : cf. R. Stallman, *How the Swedish Pirate Party Platform Backfires on Free Software*, *op. cit.*

Bibliographie

Doctrine

Abramowicz, M., "A New Uneasy Case for Copyright", *George Washington Law Review Arguendo* 79.6 (2011), p. 1644–1691.

Adams, A. & Brown, I, "Keep Looking : The Answer to the Machine is Elsewhere", *Computers and Law* 16.6 (2009), p. 32.

Afroukh, M., *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne : des droits de l'hom*, Emile Bruylant, 2011, p. 624.

Aguiar, L. & Martens, B., *Digital Music Consumption on the Internet : Evidence from Clickstream Data*, Commission européenne, JRC, Institute for Prospective Technological Studies, 2013.

Aigrain, P., *Internet & Création*, Paris : In Libro Veritas, 2008.

— *Sharing : culture and the economy in the Internet age*, Amsterdam : Amsterdam University Press, 2012.

Ake, A., *License or Contract ? : GPLv3 and the Persistent Controversy Over GPL Enforceability*, 2007, url : http://www.law.washington.edu/casrip/newsletter/.

Akerlof, G et al., *Brief as Amici Curiae in support of the Petitioners in Eldred v. Ashcroft*, 123 S. Ct. 729, 2003.

Aldred, J., "Copyright and the limits of law-and-economics analysis", in : *Copyright and Piracy - An Interdisciplinary Critique*, sous la dir. de L. Bently, J. Davis & J. C. Ginsburg, Cambridge, MA : Cambridge University Press, 2010, p. 128.

Allyn, M. r. & Ram B. Misra, "Motivation of Open Source Developers : Do License Type and Status Hierarchy Matter ?", in : *Multi-disciplinary Advancement in Open Source Software and Processes*, sous la dir. de S. Koch, Hershey : IGI Global, 2011, p. 280.

Almunawar, M. N. & Low, P. K. C., "Open Source Solutions and CSR", in : *Encyclopedia of Corporate Social Responsibility*, 2013, p. 1790–1795.

Amadeo, R., *Google's iron grip on Android : Controlling open source by any means necessary | Ars Technica*, url : http://arstechnica.com/gadgets/2013/10/googles-iron-grip-on-android-controlling-open-source-by-any-means-necessary/.

Ammori, M., "First Amendment Architecture", *Wisconsin Law Review* 2012.1 (2012).

Amselek, P., "La part de la science dans les activités des juristes", *recueil Dalloz* 39 (1997), p. 341.

Anderson, C., *The long tail : why the future of business is selling less of more*, New York : Hyperion, 2006.

Appendix II : Examples of Flexible Limitations and Exceptions from Existing and Proposed Laws, rapp. tech., American University Washington College of Law 'Program on Information Justice et Intellectual Property', 2012, url : http://infojustice.org/wp-content/uploads/2012/12/Appendix-II.pdf.

Armstrong, T. K., "Shrinking the commons : termination of copyright licenses and transfers for the benefit of the public", *Harvard Journal on Legislation* 47 (2010), p. 359–423.

Arrow, K., "Economic welfare and the allocation of resources for invention", in : *The rate and direction of inventive activity : Economic and social factors.* Nber, 1962, p. 609–626.

Asay, C. D., "A case for the public domain", *Ohio State Law Journal* 74 (2013).

Attas, D., "Lockean Justifications of Intellectual Property", *Intellectual Property and Theories of Justice* (2008), sous la dir. d'A. Gosseries, A. Marciano & A. Strowel, p. 29–56.

Aufderheide, P & Jaszi, P, *Copyright, Free Speech, and the Public's Right to Know : How Journalists Think about Fair Use*, Washington, DC : Center for Social Media, 2012.

Baio, A., *YouTube's Content ID Disputes Are Judged by the Accuser*, 2012, url : http://waxy.org/2012/03/ (visité le 12/08/2014).

Baker, C. E., *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford University Press, 1989, p. 385.

Balkin, J. M., "Digital Speech and Democratic Culture : A Theory of Freedom of Expression for the Information Society", *New York University law review.* 79.1 (2004), p. 1–55.

— "Room for Maneuver : Julie Cohen's Theory of Freedom in the Information State", *Jerusalem Review of Legal Studies* 6.1 (avr. 2013), p. 79–95.

— “The First Amendment is an Information Policy”, *Hofstra L. Rev* 41.1 (2013).

Barker, G. R., “"Agreed Use and Fair Use : The Economic Effects of Fair Use and Other Copyright Exceptions"”, in : *Annual Congress of the Society for Economic Research on Copyright Issue*, Paris : Mines ParisTech, 2013.

Barron, J. A., “Access to the Media : A Contemporary Appraisal”, *Hofstra Law Review* 35 (2007), p. 937.

— “Access to the Press. A New First Amendment Right”, *Harvard Law Review* 80.8 (1967), p. 1641.

Barthes, R., “La mort de l’auteur”, in : *Le bruissement de la langue*, Paris : Seuil, 1984, p. 62.

Bastiat, F., “Discours au cercle de la librairie”, in : *La propriété intellectuelle, c’est le vol !*, sous la dir. de D. Sagot-Duvauroux, Dijon : Presses du Réel, 2002, p. 40.

Battisti, M., “Droit de l’information”, *Documentaliste-Sciences de l’Information* 48.3 (2011), p. 14–19.

Becker, L. C., *Property Rights : Philosophic Foundations*, Routledge et K. Paul, 1977, p. 135.

Beebe, B., “An Empirical Study of US Copyright Fair Use Opinions”, *University of Pennsylvania Law Review* 156.3 (2008), p. 549.

— “Fair Use and Legal Futurism”, *Law & Literature* 25.1 (2013), p. 10–19.

Belenzon, S. & Schankerman, M., *Motivation and Sorting in Open Source Software Innovation*, 2008, url : https://faculty.fuqua.duke.edu/~sb135/bio/BelenzonSchankermanOSSJuly2012.pdf (visité le 14/08/2014).

Bell, T. W., “Fair Use vs. Fared Use : the Impact of Automated Rights Management on Copyright’s Fair Use Doctrine”, *North Carolina law review.* 76.2 (1998).

— *Intellectual Privilege : Copyright, Common Law, and the Common Good*, Fairfax : Mercatus Center, George Mason University, 2014.

Belleflamme, P., “Le piratage des biens d’information” (2003), p. 1–12.

Bénabou, V.-L., “Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques A propos de l’arrêt Mulholland Drive”, *juriscom.net* (2005), p. 39.

— *Rapport de la mission du CSPLA sur les "œuvres transformatives"*, Paris : Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, 2014, p. 114.

Bénabou, V.-L. & Farchy, J., *La mise à disposition ouverte des oeuvres de l’esprit*, rapp. tech., Paris : Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, 2007.

Benghozi, P.-J. & Benhamou, F., “Longue traîne : lever numérique de la diversité culturelle ?”, *Culture prospective* 1 (2008).

Benhamou, F & Farchy, J, *Droit d'auteur et copyright*, Paris : La Découverte, 2010.

Benizri, Y.-A., “Droit d'auteur et co (régulation) : la politique du droit d'auteur sur l'Internet”, *McGill Law Journal* 53 (2008).

Benkler, Y, “Intellectual property and the organization of information production”, *International Review of Law and Economics* 22.1 (2002), p. 81–107.

Benkler, Y., “A Free Irresponsible Press : Wikileaks and the Battle over the Soul of the Networked Fourth Estate”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 46.2 (2011), p. 311.

— “Coase's Penguin, or, Linux and "The Nature of the Firm"”, *The Yale Law Journal* 112.3 (2002), p. 369 –446.

— “Free as the Air to Common Use : First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain”, *New York University Law Review* 74 (1999).

— “Networks of Power, Degrees of Freedom”, *International Journal of Communication* 5 (2011), p. 39.

— *The penguin and the leviathan : How cooperation triumphs over self-interest*, New York : Random House LLC, 2011.

— *The wealth of networks : How social production transforms markets and freedom*, Yale : Yale University Press, 2006, 515 p.

— “Through the Looking Glass : Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain”, *Law and Contemporary Problems* 66.1 (2003), p. 173–224.

Benoit-Moury, A., “Droit Commercial”, *Rép. Not.* t. II (2001).

Berenboom, A., *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 4e éd., Bruxelles : Larcier, 2008.

Beyer, P., “Developing socially responsible intellectual property licensing policies : non-exclusive licensing initiatives in the pharmaceutical sector”, in : *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, sous la dir. de J. de Werra, Cheltenham : Edward Elgar, 2013, p. 227–256.

Bezaudin-Péric, S & Robert-Demontrond, P, “Le concept de referentiels societaux : Principes et enjeux de leur integration en tant que critere d'achat par la Grande Distribution”, *Revue Française du Marketing* 212 (2007), p. 7 –30.

Birnhack, M. D. & Elkin-Koren, N., “The Invisible Handshake : The Reemergence of the State in the Digital Environment”, *Vanderbilt Journal of Law & Technology* 8.2 (2003), p. 1–57.

Black, R. W., "Access and Affiliation : The Literacy and Composition Practices of English-Language Learners in an Online Fanfiction Community", *Journal of Adolescent & Adult Literacy* 49.2 (2005), p. 118–28.

Blavin, J. H. & Cohen, I. G., "Gore, Gibson, and Goldsmith : The Evolution of Internet Metaphors in Law and Commentary", *Harvard Journal of Law and Technology* 16.1 (2002), p. 265.

Boldrin, M. & Levine, D. K., *Against Intellectual Monopoly*, Cambridge University Press, 2010.

Boldrin, M. & Levine, D. K., "Market Size and Intellectual Property Protection", *International Economic Review* 50.3 (2009), p. 855–881.

Bollier, D., "Academia as a Commons", 2010, url : http://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/bitstream/handle/10535/5805/academiaasacommons.pdf?sequence=.

— *Viral Spiral - How the Commoners Built a Digital Republic of Their Own*, New York : New Press, 2008.

Bonaccorsi, A. & Rossi, C., "Comparing motivations of individual programmers and firms to take part in the open source movement : From community to business", *Knowledge, Technology & Policy* 18 (2006), p. 40–64.

Boyle, J., *The public domain : Enclosing the commons of the mind*, Yale University Press, 2009.

— "The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain", *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), p. 33–75.

Breakey, D. H., *Intellectual Liberty : Natural Rights and Intellectual Property*, Ashgate Publishing, Ltd., 2012, p. 186.

Breyer, S., "The Uneasy Case for Copyright : A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs", *Harvard Law Review* 84.2 (1970), p. 281–351.

British Department for Education, "Press Release : Parents asked if adult websites should be blocked" (juin 2012).

Brooks, T, *Survey of Reissues of US Recordings*, Washington, DC : Council on Library, Information Resources et the Library of Congress, 2005.

Brown, A. E. L., "Socially responsible intellectual property : a solution ?", *SCRIPTed* 2.4 (2005), p. 485.

Buccafusco, C. & Heald, P. J., "Do Bad Things Happen When Works Enter the Public Domain ? : Empirical Tests of Copyright Term Extension", *Berkeley Technology Law Journal* 28 (2013), p. 1–43.

Buchanan, J. M., "Positive economics, welfare economics, and political economy", *Journal of Law and Economics* 2 (1959).

Buydens, M., “La nouvelle directive du 22 mai 2001 sur l’harmonisation de certains aspects du droit d’auteur et des droits voisins dans la société”, *A&M* 4 (2001).

— *La propriété intellectuelle évolution historique et philosophique*, Bruxelles : Bruylant, 2012.

Calandrillo, S. P., “Property Rights in Information : Justifications and Problems of Exclusive Rights, Incentives to Generate Information, and the Alternative of a Government-Run Reward”, *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal* 9 (1998), p. 301.

Capaldi, N., *John Stuart Mill : A Biography*, Cambridge University Press, 2004, p. 436.

Capron, M. & Quairel-Lanoizelée, F., *La responsabilité sociale d’entreprise*, Paris : La Découverte, 2007.

Carroll, A., “Corporate Social Responsibility : Evolution of a Definitional Construct”, *Business & Society* (1999), p. 268–295.

Carroll, M., “Fixing fair use”, *North Carolina Law Review* 85 (2006), p. 1087.

Carver, B. B. W., “Share and share alike : Understanding and enforcing open source and free software licenses”, *Berkeley Technology Law Journal* 39 (2005), p. 443–481.

Castets-Renard, C., *Notions à contenu variable en droit d’auteur*, Editions L’Harmattan, 2004, p. 518.

Center for Social Media, *Code of Best Practices in Fair Use for Poetry*, 2011, url : http://www.cmsimpact.org (visité le 03/09/2014).

— *Documentary Filmmakers’ Statement of Best Practices in Fair Use*, 2005, url : http://www.cmsimpact.org (visité le 23/08/2014).

Chan, L et al., “Budapest open access initiative” (2002).

Cheliotis, G., “Creative Commons Statistics from the CC-Monitor Project”, in : *iCommons Summit*, Dubrovnik, 2007, url : https://wiki.creativecommons.org/.

Chesbrough, H., *Open business models : how to thrive in the new innovation landscape*, Boston Mass. : Harvard Business School Press, 2006.

Citron, D., “Technological due process”, *Wash. UL Rev.* 85.6 (2007).

Clément-Fontaine, M., *L’œuvre libre*, Bruxelles : Larcier, 2014, 505 p.

Coe, L., *The Telephone and Its Several Inventors : A History*, Jefferson : McFarland & Company, 2006.

Cohen, G. A., *Karl Marx’s Theory of History : A Defence*, Oxford University Press, 2000, p. 442.

— *Self-ownership, freedom, and equality*, Cambridge, MA : Cambridge Univ Press, 1995.

Cohen, J., *Configuring the networked self : Law, code, and the play of everyday practice*, Yale University Press, 2012.

Coipel, M, *Droit des sociétés commerciales*, Malines : Wolters Kluwer Belgium, 2006.

Colbert, S. I. & Griffin, O. R., "The Impact of Fair Use in the Higher Education Community : A Necessary Exception", *Alb. L. Rev.* 62 (1999), p. 437.

Colin, C., *Droit d'utilisation des œuvres*, 2011, p. 770.

Colin, C. & Dusollier, S., *Etude du cadre juridique belge général des mécanismes de licences de droit exclusif susceptibles de pouvoir s'appliquer aux échanges privés de fichiers sur Internet*, Rapport pour la SACD/SCAM, 2011, p. 118.

Comité sur les droits économiques sociaux et cultrels, "General Comment 17", in : *Human Rights Instruments*, United Nations, HRI/GEN/1/Rev.9 (vol I), 2008, p. 123.

Commission Européenne, *Copyright in the Knowledge Economy*, livre vert, COM(2008) 466/3, 2008.

— *Livre vert - Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, livre vert, COM(2001)336, 18 juillet 2001.

— *Mise en œuvre du Partenariat pour la croissance et l'emploi : faire de l'europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises*, Communication, COM(2006) 136 final, 22 mars 2006, 2006.

Conley, J. & Yoo, C., "Nonrivalry and Price Discrimination in Copyright Economics", *University of Pennsylvania Law Review* 157 (2009), p. 1801.

Contrôleur européen de la protection des données, *Avis du 8 février 2012 sur la neutralité de l'internet, la gestion du trafic et la protection de la vie privée et des données personnelles*, 2012/C 34/01.

Cool, Y., "Aspects contractuels des licences de logiciels libres : les obligations de la liberté", in : *Les logiciels libres face au droit*, Cahiers du, Cahiers du CRID, Bruxelles : Bruylant, 2005, p. 137–190.

— "Interprétation de la principale licence de logiciel libre : liberté du code et contrainte de l'interprète", *R.D.T.I.* 21 (2005), p. 25.

Cool, Y. & Laurent, P., "Repères pour comprendre le mouvement libre", in : *Les logiciels libres face au droit*, Cahiers du CRID, Bruxelles : Bruylant, 2005, p. 1–22.

Cool, Y. et al., *Les logiciels libres face au droit*, Cahiers du CRID, Bruxelles : Bruylant, 2005, p. 315.

"Copyright Advisory Office", *Colombia University Libraries* (2013).

Craig, C. J., "Locke, Labour and Limiting the Authors Right : A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law", *Queen's Law Journal* 28.1 (2002), p. 1–58.

— "Locking Out Lawful Users : Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32", in : *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright" : Canadian Copyright and the Digital Agenda*, août 2010.

— "The changing face of fair dealing in Canadian copyright law : A proposal for legislative reform", in : *In the Public Interest : The Future of Canadian Copyright Law*, sous la dir. de M. Geist, Torronto : Irwin Law, 2005.

— "The Evolution of Originality in Canadian Copyright Law : Authorship, Reward and the Public Interest", *University of Ottawa Law & Technology Journal* 2.2 (2005), p. 425–445.

Crawford, S., "Why the government should provide internet access", *Vox* (2014).

Creative Commons, *4.0 - CC Wiki*, 2013, url : http://wiki.creativecommons.org/4.0.

— *About*, url : http://creativecommons.org/about.

— *European directive on collective rights management : Collecting societies must allow use of CC licenses*, 2013, url : http://creativecommons.org/weblog/entry/40959.

— *Frequently Asked Question*, url : http://wiki.creativecommons.org/Frequently_Asked_Questions.

— *Supporting Copyright Reform*, 2013, url : http://creativecommons.org/weblog/entry/39639.

Creative Commons & Netpop Research, "Defining Noncommercial" (2009), p. 137.

Cronin, C. P. D., "Genius in a Bottle ; Perfume, Copyright, and Human Perception", *Journal Copyright Society of the USA* 56 (jan. 2009), p. 429.

Crucifix, P. & Strowel, A., "La protection des personnages, des figures dessinées aux héros littéraires", in : *Bande dessinée et droit d'auteur - Stripverhalen en auteursrecht*, sous la dir. d'E. Cornu, Bruxelles : Larcier, 2009, p. 155–161.

Cruquenaire, A., *L'interprétation des contrats en droit d'auteur*, Bruxelles : De Boeck & Larcier, 2007.

Cruquenaire, A. & Henrotte, J.-F., "Le mécanisme de la licence "libre" et le droit d'auteur", *J.L.M.B.* 16 (2011), p. 776–782.

Cruz Villalon, P., *Affaire Deckmyn, Conclusions de l'avocat général*, C-201/13, 22 mai 2014.

D'Agostino, G, "Healing Fair Dealing-A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to UK Fair Dealing and US Fair Use", *McGill LJ* 53.2 (2008), p. 309.

Danaher, B. & Waldfogel, J., "Reel Piracy : The Effect of Online Film Piracy on International Box Office Sales", jan. 2012, url : http://papers.ssrn.com/abstract=1986299.

Dannay, R, "Copyright Injunctions and Fair Use : Enter eBay - Four-Factor Fatigue or Four-Factor Freedom ?", *Journal of the Copyright Society of the U.S.A* 55.4 (2008), p. 449 –468.

Davies, G., *Copyright and the public interest*, 2e éd., Sweet et Maxwell, 2002.

De Visscher, F & Michaux, B, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles : Bruylant, 2000.

De Wolf & Partners, *Study on the application of Directive 2001/29/EC on copyright and related rights in the information society*, sous la dir. de J.-P. Triaille, European Union, 2013.

DeBeer, J & Geist, M, "Developing Canada's Intellectual Property Agenda", in : *Canada Among Nations*, sous la dir. de J. Daudelin & D. Schwanen, Montreal ; Kingston : McGill-Queen's University Press, 2007.

Dehesdin, C., "Hemingway est-il dans le domaine public ?", *Slate.fr* (2012).

Delmas-Marty, M. & Izorche, M.-L., "Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit", *Revue internationale de droit comparé* 52.4 (2000), p. 753–780.

Demsetz, H., *Information and Efficiency : Another Viewpoint*, 1969.

Denniston, L., "Sherlock Holmes and the mystery of copyright", *SCOTUSblog* (2014).

Derieux, E., "Neutralité de l'internet : Fournisseurs d'hébergement. Impossible obligation générale mais possibles obligations particulières de surveillance et de filtrage", *RLDI* 81 (2012), p. 1608.

Derijcke, W & T'Kint, F, "La faillite", *Rép. Not.* t. XII.livre 12 (2006).

Desbois, H., *Le droit d'auteur en France*, 2e éd., Paris : Dalloz, 1966.

Dias da Silva, P. & Garcia, J. L., "YouTubers as satirists : Humour and remix in online video", *eJournal of eDemocracy and Open Government* 4.1 (2012), p. 89.

Dileo, C. M., "Bazaar Transnational Drafting : An Analysis of the GNU Public License Version 3 Revision Process", *San Diego International Law Journal* 10 (2008).

Directive 2001/29/CE, du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la soci'et'e de l'information.

Djelic, M.-L. & Quack, S., "The Role of Transnational Communities", in : *Capitalisms and Capitalism in the Twenty-First Century*, sous la dir. de G. Morgan & R. Whitley, Oxford : Oxford University Press, 2012, p. 166–189.

Dobusch, L., *CC Global Summit 2011, Pt. III : Discussing the Non-commercial Module*, 2011, url : http://governancexborders.com/2011/09/17/cc-global-summit-2011-pt-iii-discussing-the-non-commmercial-module/.

Docquir, P.-F., "La liberté d'expression dans le réseau mondial de communication : propositions pour une théorie du droit d'accès à l'espace public privatisé", thèse de doct., Université Libre de Bruxelles, 2009, 354 p.

Domon, K. & Lam, T. D., "Profitable Piracy in Music Industries", *Review of Economic Research on Copyright Issues* 6.1 (2009), p. 1–11.

Dotan, A & Elkin-Koren, N, "Fair Use Best Practices for Higher Education Institutions : The Israeli Experience", *Journal of the Copyright Society of the USA* 57 (2009), p. 447.

Drahos, P., *A philosophy of intellectual property*, Dartmouth : Ashgate, 1996.

Dreyfuss, R., "Expressive genericity : trademarks as language in the Pepsi generation", *Notre Dame Law Review* 65 (1989), p. 397.

Duggan, O., "'Active Choice+' vs 'Default On' : how Cameron's crackdown on Internet pornography became a rebranding exercise", *The Independent* (juil. 2013).

Dulong de Rosnay, M., "Creative Commons Legal Pitfalls : Incompatibilities and Solutions", *Study of the Institute for Information Law of the University of Amsterdam* (2009).

Dupuit, J., "Le principe de propriété : le juste - l'utile", in : *La propriété intellectuelle, c'est le vol !*, sous la dir. de D. Sagot-Duvauroux, Dijon : les Presses du réel, 2002, p. 60.

Dusollier, S., "Dernier tournant de l'affaire Mulholland Drive", *A&M* 2 (2006), p. 178.

— *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, 2e éd., Bruxelles : Larcier, 2007.

— *Étude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, rapp. tech., Genève : OMPI, 2010.

— "Le "droit à la copie privée" Le débat est-il clos ?, note sous Bruxelles 9 septembre 2005", *RDTI* 23 (2005), p. 75.

— "L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes", *I.R.D.I.* (2005), p. 213–222.

— "L'intérêt public et l'accès au savoir dans la genèse et l'évolution de la propriété intellectuelle", *Cahiers Marxistes* 232 (2005), p. 9.

— "(Re)Introducing Formalities in Copyright as a Strategy for the Public Domain", in : *Open content licensing : from theory to practice*, Amsterdam : Amsterdam University Press, 2011., 2009, p. 75.

— "Sharing access to intellectual property through private ordering", *Chicago-Kent Law Review* 82 (2007), p. 1391–1435.

— "The master's tools v. the master's house : Creative commons v. copyright", *Columbia Journal of Law and the Arts* 29.3 (2006), p. 271–293.

Dusollier, S. et al., *Le droit d'auteur, un contrôle de l'accès aux oeuvres ?*, Bruxelles : Bruylant, 2001.

EFF et al., *Fair Use Principles for User Generated Video Content*, 2007, URL : https://www.eff.org.

Electronic Frontier Foundation, *Lawrence Lessig Strikes Back Against Bogus Copyright Takedown*, 2013, URL : https://www.eff.org/press/releases/lawrence-lessig-strikes-back-against-bogus-copyright-takedown (visité le 12/08/2014).

— *Mars Landing Videos, and Other Casualties of the Robot Wars*, 2012, URL : https://www.eff.org/deeplinks/2012/08/mars-landing-videos-and-other-casualties-robot-wars (visité le 12/08/2014).

— *Unintended Consequences : Fifteen Years under the DMCA*, 2013, URL : https://www.eff.org/pages/unintended-consequences-fifteen-years-under-dmca.

Elkin-Koren, N., "Copyrights in Cyberspace-Rights Without Laws", *Chi.-Kent L. Rev.* 73 (1997).

— "Creative Commons : A Skeptical View of a Worthy Pursuit", in : *The Future of the Public domain*, sous la dir. de B. Hugenholtz & L. Guibault, La Haye : Kluwer Law International, 2006, p. 325.

Emerson, T., "The Doctrine of Prior Restraint", *Law & Contemp. Probs.* 20 (1955).

Engelfriet, A., "A History of Foss Law and Licensing", in : *The International Free and Open Source Software Law Book*, Munich : Open Source Press, 2011.

Epstein, R, "Liberty versus Property ? Cracks in the Foundations of Copyright Law", *San Diego Law Review* 42.1 (2005), p. 1 –28.

Espiner, T., *Critics brand OOXML a Microsoft 'marketing tool' | ZDNet*, URL : http://www.zdnet.com/critics-brand-ooxml-a-microsoft-marketing-tool-3039388227/.

euro, C., *Licenses for Europe - Ten pledges to bring more content online*, 2013, URL : http://ec.europa.eu/.

Family Online Safety Institute, *Active Choice Features at UK Online Safety Summit*, url : http://www.fosi.org/emailers/fosibriefs-active-choice-features-at-uk-online-safety-summit.html (visité le 12/08/2014).

Fausset, R., *A Phantom Menace ?*, 2002.

Felten, E., *Three Flavors of Net Neutrality*, 2008, url : https://freedom-to-tinker.com/blog/felten/three-flavors-net-neutrality/.

Ficsor, M., "How much of what ? The Three-Step Test and Its Application in Two Recent WTO Dispute Settlement Cases", *Revue Internationale du Droit d'Auteur* 192 (2002), p. 110–251.

Ficsor, M. J., *"Munich Declaration" on the three-step-test - respectable objective ; wrong way to try to achieve it*, 2012, url : www.copyrightseesaw.net.

Fisher, W. W., *Promises to keep : technology, law, and the future of entertainment*, Stanford Calif. : Stanford Law et Politics, 2004.

— "Property and Contract on the Internet", *Chi.-Kent L. Rev.* 73 (1998), p. 1203.

— "Reconstructing the Fair Use Doctrine", *Harvard Law Review* 101 (1988), p. 1678–1682.

— "Theories of intellectual property", in : *New essays in the legal and political theory of property*, sous la dir. de S. R. Munzer, Cambridge : Cambridge University Press, 2001, p. 168–200.

Fiske, J, *Television culture*, Methuen & Co. Ltd Routledge, 1987.

Fitzgerald, B. & Suzor, N., "Legal Issues for the Use of Free and Open Source Software in Government", *Melbourne University Law Review* 29.2 (2005), p. 412–447.

Fonctionnement de Content ID - Centre d'aide YouTube, url : http://www.youtube.com/t/contentid.

Foyer, J. & Vivant, M., *Le droit des brevets*, Paris : PUF, 1990.

Free Culture Foundation, "Stop the inclusion of proprietary licenses in Creative Commons 4.0", *freeculture.org* (2012), p. 13–16.

Free Software Foundation, *Frequently Asked Questions about the GNU Licenses*, url : http://www.gnu.org/licenses/gpl-faq.en.html.

— *Qu'est-ce que le logiciel libre ?*, url : http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html (visité le 01/09/2014).

— *Who does that server really serve ?*, url : http://www.gnu.org/philosophy/who-does-that-server-really-serve.en.html.

— *Why the Affero GPL*, url : http://www.gnu.org/licenses/why-affero-gpl.en.html.

Freedman, J. L. & Fraser, S. C., "Compliance without pressure : the foot-in-the-door technique.", *Journal of personality and social psychology* 4 (1966), p. 195–202.

Friedman, B., "From Deontology to Dialogue : The Cultural Consequences of Copyright", *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 13 (1994).

Friedman, M., "The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits", *The New York Times Magazine* (1970).

Frieler, K. & Riederman, F., "Is independant (re)creation likely to happen in pop music ?", *Musicae Scientiae* 15 (2011), p. 17.

Frischmann, B. M., "Evaluating the Demsetzian Trend in Copyright Law", *Review of Law and Economics* 3.3 (2008), p. 649–677.

Frischmann, B. M. & Lemley, M. A., "Spillovers", *Columbia Law Review* 107 (2007), p. 257–301.

Frost, J. & Massagli, M., "Social uses of personal health information within PatientsLikeMe, an online patient community : what can happen when patients have access to one another's", *Journal of Medical Internet Research* 10.3 (2008).

Gal, M. S., "Viral Open Source : Competition vs. Synergy" (2011).

Galopin, B., *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, LexisNexis, 2012, p. 488.

García, J. G. & Magdaleno, M. I. A. de, "Comunicación de la responsabilidad social en el sector del software libre", *Universia Business Review* 41 (mar. 2014).

Gayer, A. & Shy, O., "Publishers, artists, and copyright enforcement", *Information Economics and Policy* 18 (2006), p. 374–384.

Gee, J. P. & Hayes, E., *Public Pedagogy through Video Games : Design, Resources & Affinity Spaces*, url : http://www.gamebasedlearning.org.uk/content/view/59/ (visité le 25/06/2014).

Geiger, C., *Droit d'auteur et droit du public à l'information : approche de droit comparé*, Paris : Litec, 2004.

— "Intellectual property shall be protected ! ? Article 17 (2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union : a mysterious provision with an unclear", *EIPR* (2009).

— "Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information", *e.Bulletin du Droit d'auteur, UNESCO* 01-03 (2007).

— "Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle ?", *La Semaine juridique - Edition générale (JCP G)* I (2004).

Geiger, C., “Liberté de l’image et droit d’auteur”, *Légicom* 2.34 (2005).

— “The Constitutional dimension of Intellectual Property”, in : *Intellectual Property and Human Rights*, sous la dir. de P. Torremans, Kluwer Law International, 2008, p. 101–132.

Geiger, C., Griffiths, J. & Hilty, R. M., “Déclaration en vue d’une interprétation du "test des trois étapes" respectant les équilibres du droit d’auteur”, *Auteurs & Media* 6 (2008), p. 516.

Geiger, C. et al., “Déclaration en vue d’une interprétation du ”test des trois étapes” respectant les équilibres du droit d’auteur”, *A&M* 6 (2008), p. 519.

Geist, M., “Fairness Found : How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use”, in : *The Copyright Pentalogy*, sous la dir. de M. Geist, Ottawa : University of Ottawa Press, 2013, p. 157–186.

— *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright" : Canadian Copyright and the Digital Agenda*, 2010.

— “The Case for Flexibility in Implementing the WIPO Internet Treaties : An Examination of the Anti-Circumvention Requirements”, in : *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright" : Canadian Copyright and the Digital Agenda*, sous la dir. de M. Geist, 2010.

Geller, P., “From patchwork to network : Strategies for international intellectual property in flux”, *Duke Journal of Comparative & International Law* 9.1 (1998), p. 69.

Gendreau, Y., “Exceptions de citation et parodie. Le droit d’adaptation”, in : *Copyright and freedom of expression*, ALAI, 2008, p. 801.

Gervais, D., “Canadian Copyright Law Post- CCH”, *Intellectual Property Journal* 18 (2004), p. 131–168.

— *The TRIPS agreement : drafting history and analysis*, 3e éd., Londres : Sweet & Maxwell, 2008.

— *Towards a New Core International Copyright Norm : The Reverse Three-Step Test*, t. 9, 1, 2005.

— “User-Generated Content and Music File-Sharing : A Look at Some of the More Interesting Aspects of Bill C-32”, in : *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright" : Canadian Copyright and the Digital Agenda*, sous la dir. de M. Geist, Torronto : Irwin Law, 2010, p. 447.

Gervais, D. & Renaud, D., “The Future of United States Copyright Formalities : Why We Should Prioritize Recordation, and How to Do It”, *Berkeley Technology Law Journal* 28 (2013), p. 1459.

Ghosh, R. A. et al., *Free/Libre and Open Source Software Developer Survey*, Maastricht : International Institute of Infonomics, 2002.

Gierke, O. V., *Deutsches Privatrecht*, t. 1, Leipzig : Duncker und Humblot, 1895.

Gillies, P., *Business law*, Sydney : Federation Press, 2004.

Gimmy, A. & Condon, W, "The Business of Show Business Act II : Appraising the Movie Theater.", *Appraisal Journal* 81.2 (2013).

Ginsburg, J. C., "A Tale of Two Copyrights : Literary Property in Revolutionary France and America", *Tulane Law Review* 64 (1990), p. 991.

— "The US experience with formalities : a love hate relationship", in : *Global copyright : three hundred years since the Statute of Anne, from 1709 to cyberspace*, Cheltenham, UK ; Northampton, MA : Edward Elgar, 2010.

— "Toward Supranational Copyright Law ? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions", *Revue Internationale du Droit d'Auteur* 187 (2001).

— ""Une chose publique" ? The Author's Domain and The Public Domain in Early British, French and US Copyright Law", *The Cambridge Law Journal* 56.3 (2006).

Gnu.org, *What is free software ?*, url : https://www.gnu.org/philosophy/free-sw.en.html.

Goldstein, P., *Copyright's Highway : From Gutenberg to the Celestial Jukebox*, Stanford University Press, 2003, p. 238.

Goldstein, P. & Hugenholtz, B. P., *International Copyright : Principles, Law, and Practice*, Oxford University Press, USA, 2012, p. 616.

Gompel, S. van, *Formalities in Copyright Law : An Analysis of Their History, Rationales and Possible Future*, Kluwer Law International, 2011, p. 346.

Gomulkiewicz, R. W., "Conditions and Covenants in License Contracts : Tales From a Test of the Artistic License", *Tex. Intell. Prop. L.J.* 17 (2009), p. 335–362.

— "Open Source License Proliferation : Helpful Diversity or Hopeless Confusion ?", *Journal of Law & Policy* 20.2005 (2008), p. 261–291.

Gond, J.-P. & Igalens, J., *La responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris : 2012.

Gordon, W. J., "A Property Right in Self-Expression : Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property", *Yale Law Journal* 102 (1993), p. 1533.

Gordon, W. J., "An Inquiry into the Merits of Copyright : The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory", *Stanford Law Review* 41.6 (1989), p. 1343–1469.

Gordon, W. J., "Discipline and nourish : on constructing commons", *Cornell Law Review* 95.4 (2010), p. 733.

Gordon, W. J., "Do we have a right to speak with another's language ? Eldred and the duration of copyright", in : *Copyright and Human Rights*, sous la dir. de P. Torremans, La Haye : Kluwer, 2004, p. 109.

Gordon, W. J., "Excuse and Justification in the Law of Fair Use : Commodification and Market Perspectives", in : *The Commodification of Information : Social, Political and Cultural Ramifications*, sous la dir. de N. Netanel & N. Elkin-Koren, La Haye : Kluwer Law International, 2002.

Gordon, W. J., "Market Failure and Intellectual Property : A Response to Professor Lunney", *Boston University Law Review* 82 (2002), p. 1031.

Gordon, W. J., "On Owning Information : Intellectual Property and the Restitutionary Impulse", *Virginia Law Review* 78.1 (1992), p. 149–281.

Gordon, W. J. & Bone, R. G., "1610 Copyright", in : *Encyclopedia of law and economics*, Cheltenham, UK ; Northampton, MA : Edward Elgar, 2000.

Gorla, G & Moccia, L, "A 'revisiting'of the comparison between 'Continental Law'and 'English Law' (16th-19th Century)", *The Journal of Legal History* 2.2 (1981), p. 143–156.

Gotzen, F., "De norm van de eerlijke gebruiken en de intellectuele rechten", in : *De nieuwe wet handelspraktijken*, sous la dir. de J. Stuyck & P. Wytinck, Kluwer, 1992.

— "Mécanismes juridiques permettant de faire valoir la norme internationale de droit d'auteur en droit interne", *Auteurs & Media* 2 (2006), p. 136.

Gowers, A., *Gowers review of intellectual property*, rapp. tech., London : HM Treasury, 2006, url : http://www.official-documents.gov.uk/document/other/0118404830/0118404830.pdf.

Greenfield, R. H., "Circuit, Message, and Packet Switching", in : *The Internet Encyclopedia, vol. 1*, sous la dir. de H. Bidgoli, Hoboken, NJ : Wiley, 2004, p. 944.

Griffiths, J. & McDonagh, L., "Constructing European Intellectual Property : Achievements and New Perspectives", in : *Constructing European Intellectual Property : Achievements and New Perspectives*, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 480.

Grimmelmann, J., "Regulation by Software", *The Yale Law Journal* 114.7 (2005), p. 1719–1758.

Guadamuz González, A., "The calm before the storm ? Legal challenges to open source licences", in : *Proceedings of the First International Conference on Open Source Systems, Genova*, sous la dir. de M. Scotto & G. Succi, July, 2005, p. 215–219.

— "The license/contract dichotomy in open licenses : a comparative analysis", *University of La Verne Law Review* 30.2 (2009), p. 101–116.

— "The license/contract dichotomy in open licenses : a comparative analysis", *University of La Verne Law Review* 30.2 (2009), p. 101–116.

— "Viral contracts or unenforceable documents ? Contractual validity of copyleft licences", *E.I.P.R.* (2004), p. 331–339.

Guibault, L, "Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonisation : The Case of the Limitations on Copyright under Directive 2001/29/EC", *Journal of Intellectual Property, Information Technology ...* (2010).

Guibault, L., *The future of the public domain : identifying the commons in information law*, La Haye : Kluwer Law International, 2006.

Guibault, L. & Daalen, O. van, *Unravelling the Myth around Open Source Licences*, La Haye : TMC Asser Press, 2005, 211p.

Guibault, L. et al., *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, Rapport à la European Commission, DG Marché Intérieur, 2007.

Hadfield, G. K., "The Economics of Copyright : An Historical Perspective", *Copyright L. Symp.* 38.1 (1992).

Hadopi, *Hadopi, biens culturels et usages d'Internet : pratiques et perceptions des internautes français*, 2011, url : http://www.hadopi.fr.

Hagedorn, G. et al., "Creative Commons licenses and the non-commercial condition : Implications for the re-use of biodiversity information.", *ZooKeys* 149.150 (2011), p. 127–149.

Handke, C., "A Taxonomy of Empirical Research on Copyright - How Do We Inform Policy ?" (Juil. 2012).

Hardin, G., "The Tragedy of the Commons", *Science* 162 (1968), p. 1243–1248.

Hardouin, R., *Existe-t-il des limites aux exceptions ?*, fr, avr. 2008, url : http://www.l111-1.fr/?post/2008/04/10/111-existe-t-il-des-limites-aux-exceptions (visité le 04/09/2014).

Hardy, T, "Property (and copyright) in cyberspace", *University of Chicago Legal Forum* (1996), p. 217.

Hargreaves, I., *Digital opportunity : a review of intellectual property and growth : an independent report*, rapp. tech., UK Intellectual Property Office, 2011, url : http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf.

Harmel, P, "Théorie générale de la vente", *Répertoire Notarial* t.VII, l.1 (1985).

Hawkins, R., "The Economics of Free Software for a Competitive Firm", *Netnomics* 6.2 (2004), p. 103–117.

Heald, P., “Bestselling Musical Compositions (1913-32) and Their Use in Cinema (1968-2007)”, *Review of Economic Research on Copyright Issues* 6.2 (2009).

— “Property Rights and the Efficient Exploitation of Copyrighted Works : An Empirical Analysis of Public Domain and Copyrighted Fiction Bestsellers”, *Minn. L. Rev.* 92 (2007).

Hegel, G. W. F., *Principes de la philosophie du droit*, sous la dir. de J.-P. Frick, Paris : Vrin, 1993, p. 370.

Helfer, L. R., “Adjudicating Copyright Claims Under the TRIPs Agreement : The Case for a European Human Rights Analogy”, *Harvard International Law Journal* 39.2 (1998), p. 357.

Henley, M., “Jacobsen v Katzer and Kamind Associates - an English legal perspective”, *International Free and Open Source Software Law Review* 1.1 (2009), p. 41–44.

Hertel, G, Niedner, S & Herrmann, S, “Motivation of software developers in Open Source projects : an Internet-based survey of contributors to the Linux kernel”, *Research policy* 32.7 (2003), p. 1159–1177.

Hettinger, “Justifying Intellectual Property”, *Intellectual Property* 18.1 (2007), p. 31–52.

Hietanen, H., “Analyzing the Nature of Creative Commons Licenses”, *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd* 6 (2007), p. 517.

Hippel, E. von & Krogh, G. von, “Open Source Software and the "Private-Collective" Innovation Model : Issues for Organization Science”, *Organization Science* 14.2 (2003), p. 208–223.

Hoeren, T, “The answer to the machine is in the machine : Technical devices for copyright management in the digital era”, *Information and Communications Technology Law* 4.2 (1995).

Hohfeld, W., “Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning”, *Yale Law Journal* 26 (1917), p. 767.

— *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning : and other legal essays*, Westport : Greenwood, 1964.

Honneth, A., *Les pathologies de la liberté : une réactualisation de la philosophie du droit de Hegel*, Paris : La Découverte, 2008.

Höppner, J. P., “The GPL prevails : An analysis of the first-ever Court decision on the validity and effectivity of the GPL”, *SCRIPT-ed* 1.4 (2004), p. 629–635.

Hugenholtz, B., “No Title”, *Communications of the ACM* 56.5 (2013), p. 228.

— *Open Letter concerning European Commission’s "Intellectual Property Package"*, 2008.

Hugenholtz, B. & Senftleben, M., "Fair Use in Europe : In Search of Flexibilities", *Amsterdam Law School Research Paper, Institute for Information Law* (2011).

Hugenholtz, B. P. & Senftleben, M., "Fair Use in Europe : In Search of Flexibilities", 2011, url : http://ssrn.com/paper=1959554.

Hugenholtz, P., "Copyright and freedom of expression in Europe", in : *The Commodification of Information : Social, Political and Cultural Ramifications*, sous la dir. de N. Elkin-Koren & N. Netanel, La Haye : Kluwer, 2002.

Hughes, J., "Recoding Intellectual Property and Overlooked Audience Interests", *Texas Law Review* 77 (1998), p. 923.

— "The Philosophy of Intellectual Property", *Georgetown Law Journal* 77 (1988), p. 287.

Hugo, V., *Actes et paroles, vol. 3, Depuis l'exil*, Paris : Hetzel, 1880.

Hui, K.-L. & Png, I. P. L., "On the Supply of Creative Work : Evidence from the Movies", *Law and Economics* 92.2 (2002).

Hume, D., *A treatise of human nature*, Londres : Thomas et Joseph Allman, 1817.

Hurt, R. & Schuchman, R., "The economic rationale of copyright", *The American Economic Review* 56.1-2 (1966), p. 421.

Intellectual Property and the Arts, 2014, url : http://www.collegeart.org (visité le 03/09/2014).

International Telecommunication Union, *Measuring the Information Society*, 2012, p. 230.

Irish Copyright Review Committee, *Consultation Paper,* 2012, url : http://www.djei.ie/science/ipr/.

Jaeger, T., "Enforcement of the GNU GPL in Germany and Europe", *Jipitec* 34.1 (2010), p. 34–39.

Janssens, M.-C., "The issue of exceptions : Reshaping the keys to the gates in the territory of literary, musical and artistic creation", in : *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, sous la dir. d'E. Derclaye, Cheltenham : Edward Elgar Publishing, 2009, p. 317–348.

Jenkins, H., *Confronting the Challenges of Participatory Culture : Media Education for the 21st Century*, Massachusetts Institute of Technology, 2009.

— *Convergence culture : where old and new media collide*, New York : New York University Press, 2006.

John Stuart Mill, *The Collected Works of John Stuart Mill, vol 28 - Public and Parliamentary Speeches, Part I*, sous la dir. de J. M. Robson & B. L. Kinzer, Londres : Routledge, 1988.

Jones, P., *The GPL is a License, Not a Contract, Which is Why the Sky Isn't Falling*, 2003, url : http://www.groklaw.net/article.php?story=20031214210634851.

Jones, R., *The Myth of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law*, 1990.

Judge, E. F., "Kidnapped and Counterfeit Characters : Eighteenth-Century Fan Fiction, Copyright Law and the Custody of Fictional Characters", in : *Originality and intellectual property in the french and english enlightenment*, sous la dir. de R. McGinnis, 2009, p. 22–68.

Kaesmacher, D, "Les principaux actes juridiques et contrats relatifs aux droits intellectuels", *Répertoire Notarial* t.II, l.5 (2007).

Kant, I., "De l'illégitimité de la contrefaçon des livres", in : *Qu'est-ce qu'un livre ? Textes de Kant et de Fichte*, sous la dir. de J. Benoist, Paris : PUF, 1995.

Kaplow, L. & Shavell, S., "Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income", *Journal of Legal Studies* 24 (1995).

Katyal, N., "Architecture as crime control", *Yale Law Journal* 111.5 (2002), p. 1039.

— "Digital architecture as crime control", *Yale Law Journal* 112 (2003), p. 2261.

Katz, A., "Fair Use 2.0 : The Rebirth of Fair Dealing in Canada", in : *The Copyright Pentalogy*, Ottawa : Ottawa University Press, 2012, p. 93–159.

— "Fair Use 2.0 : The Rebirth of Fair Dealing in Canada", in : *The Copyright Pentalogy - How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, sous la dir. de M. Geist, Ottawa : University of Ottawa Press, 2013, p. 93–156.

Katz, Z, "Pitfalls of Open Licensing : An Analysis of Creative Commons Licensing", *Idea* 46.3 (2006), p. 391 –414.

Keller, P., Nederland, C. C. & Zondervan, A., "Evaluation of the Creative Commons Buma/Stemra pilot" (2010).

Kieff, F., Kramer, R. & Kunstadt, R., "It's Your Turn, But It's My Move : Intellectual Property Protection for Sports Moves", *Santa Clara Computer & High Tech. Law Journal* 25 (2008), p. 765.

Kinsella, S., *Against intellectual property*, Ludwig von Mises Institute, 2008, p. 70.

— *Defending Argumentation Ethics : Reply to Murphy & Callahan*, 2002, URL : http://www.anti-state.com/article.php?article_id=312 (visité le 02/09/2014).

KIRCHNER, L., "The Obama administartion's pursuit of whistleblowers is taking a toll", *Columbia Journalism Review* (2014).

KLEINER, D., *Copyfarleft and Copyjustright*, 2007, URL : http://www.metamute.org/editorial/articles/copyfarleft-and-copyjustright.

KOBOLDT, C., "Intellectual Property and Optimal Copyright Protection", *Journal of Cultural Economics* 19 (1995), p. 131–155.

KOELMAN, K, "Copyright in the Courts : Perfume as Artistic Expression", *WIPO Magazine* (2006).

KOELMAN, K. J., "Fixing the Three-Step Test", *European Intellectual Property Review* 8 (2006), p. 407–412.

KOSTER, A., *The Emerging Music Business Model : Back to the Future ?*, 2008, URL : http://www.journals.cluteonline.com/index.php/JBCS/article/view/4812.

KRAUS, D., "The Phantom Edit", *Salon* (2001).

KREIMER, S., "Censorship by proxy : the first amendment, Internet intermediaries, and the problem of the weakest link", *University of Pennsylvania Law Review* 155.1 (2006).

KRUEGER, A. B., *The Economics of Real Superstars : The Market for Rock Concerts in the Material World*, 2005.

KU, R. S. R., "The Creative Destruction of Copyright : Napster and the New Economics of Digital Technology", *Berkeley Technology Law Journal* 18 (2003), p. 539.

KUMPARAK, G., "How Dropbox Knows When You're Sharing Copyrighted Stuff (Without Actually Looking At Your Stuff)", *TechCrunch* (2014).

KUR, A., "Limitations and Exceptions Under the Three-Step-Test How Much Room to Walk the Middle Ground ?", in : *Intellectual Property Rights In A Fair World Trade System*, 200421, 2008.

— "Of oceans, islands, and inland water - how much room for exceptions and limitations under the three-step test", *Richmond Journal of Global Law and Business* 1 (2009), p. 287.

KYMLICKA, W., "Dworkin on Freedom and Culture", in : *Dworkin and his critics : with replies by Dworkin*, sous la dir. de J. BURLEY, Malden, MA : Blackwell, 2004, chap. 7, p. 113.

LA RUE, F., *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/HRC/17/27*, rapp. tech., Conseil des Droits de l'Homme des Nations Unies, 2011.

Lakhani, K. & Wolf, R., "Why Hackers Do What They Do : Understanding Motivation and Effort in Free/Open Source Software Projects.", in : *Perspectives on Free and Open Source Software*, sous la dir. de J. Feller et al., Cambridge : MIT Press, 2005.

Lambrecht, M., "Première décision Creative Commons : contrats de licence et modèles économiques du libre accès", *Revue du Droit des Technologies de l'Information* 42 (2011), p. 70.

Landes, W. M. & Posner, R. A., "An economic analysis of copyright law", *The Journal of Legal Studies* 18.2 (1989), p. 325–263.

— "Indefinitely renewable copyright", *The University of Chicago Law Review* 70 (2003), p. 471–518.

— *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge Mass. : Harvard University Press, 2003.

Lange, D, "Recognizing the public domain", *Law and Contemporary Problems* 44.4 (1981), p. 147–178.

Lange, P. G., "Publicly private and privately public : Social networking on YouTube", *Journal of Computer-Mediated Communication* 13 (2007), p. 361–380.

Larmore, C., "What is Political Philosophy", *Journal of Moral Philosophy* 10.3 (2013).

Latil, A., "Création et droits fondamentaux", thèse de doct., Université Jean Moulain-Lyon 3, 2011, p. 460.

Laurent, P., "Premières réactions des juges face aux licences Creative Commons", *R.D.T.I.* 26 (2007), p. 329–336.

— "The GPLv3 and Compatibility Issues", *European Open source Lawyers Event* (2008).

Lave, J. & Wenger, E., *Situated Learning : Legitimate Peripheral Participation*, Cambridge University Press, 1991, p. 138.

Lee, T. B., "The Durable Internet - Preserving Network Neutrality without Regulation", 2008.

Lemley, M. A., "A Cautious Defense of Intellectual Oligopoly with Fringe Competition", *Review of Law & Economics* 5.3 (2009).

— "Is the sky falling on the content industries ?", *Journal of Telecommunications and High Technology Law* 9 (2011), p. 125–313.

— "Lemley Ex Ante versus Ex Post Justifications for Intellectual Property", *University of Chicago Law Review* 71.1 (2009), p. 129–149.

— "Place and Cyberspace", *California Law Review* 91.2 (2003).

— “Property, Intellectual Property, and Free Riding”, *Texas Law Review* 83 (2005), p. 1031–1104.

— “What’s Different About Intellectual Property”, *Texas Law Review Rev.* 83 (2004), p. 1097.

Lemley, M. A. & Lessig, L., “The End of End-to-End : Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era”, *UCLA Law Review* 48.4 (oct. 2001).

Léonard, T., “Mulholland Drive chute sur l’épine du droit subjectif”, *RDTI* 29 (2007).

Léonard, T. & Wery, E., “Arrêt Google : la Cour de justice a-t-elle condamné à mort les moteurs de recherche ?”, *Droit & Technologies* (2014).

Lerner, J. & Tirole, J., “Some simple economics of open source”, *The Journal of Industrial Economics* 50 (2002), p. 197–234.

Lescure, P., *Mission "Acte II de l’exception culturelle" - Contribution aux politiques culturelles à l’ère numérique*, rapp. tech., 2013.

Lessig, L., *Code v2.0*, New York : Basic Books, 2006.

— “Copyright’s First Amendment”, *UCLA Law Review* 48 (2000).

— *Free culture*, New York : Penguin Books, 2005.

— “Re-Crafting a Public Domain”, *Yale Journal of Law & the Humanities* 18 (2006), p. 56.

— *Remix : making art and commerce thrive in the hybrid economy*, New York : Penguin Press, 2008.

— *Republic, Lost : How Money Corrupts Congress–and a Plan to Stop It*, Twelve, 2011, p. 400.

— “The Architecture of Innovation”, *Duke Law Journal* 51.6 (2011), p. 1783–1801.

— “The Creative Commons”, *Mont. L. Rev.* 1 (2004), p. 0–14.

— *The future of ideas : The fate of the commons in a connected world*, New York : Random House LLC, 2002.

— “The role of "fair use" in a time of change”, in : Kyoto, 2009, url : http://blip.tv/lessig/the-role-of-fair-use-in-a-time-of-change-2711830.

— “The Zones of Cyberspace”, *Stanford Law Review* 48.5 (1996), p. 1403 – 1412.

Lev Aretz, Y., “Copyright Lawmaking and the Public Choice : From Legislative Battles to Private Ordering”, *SSRN Electronic Journal* (août 2012).

Leval, P. N., “Toward a Fair Use Standard”, *Harvard Law Review* 103.5 (1990), p. 1105–1136.

Leveque, F, Ménière, Y & Issues, C., "Copyright versus patents : the open source software legal battle", *Review Literature And Arts Of The Americas* 4.1 (2007), p. 27–46.

Lévêque, F. & Menière, Y., *Économie de la propriété intellectuelle*, Paris : La Découverte, 2003.

Lewkowicz, G. & Hennebel, L., "Corégulation et responsabilité sociale des entreprises", in : *Responsabilités des entreprises et corégulation*, January, 2007, chap. 4, p. 150–226.

Liebowitz, S. J., "Alternative Copyright Systems : The Problems with a Compulsory License", 2003, url : http://www.utdallas.edu/~liebowit/intprop/complpff.pdf.

— *How Reliable is the Oberholzer-Gee and Strumpf Paper on File-Sharing ?*, 2007, url : http://papers.ssrn.com/abstract=1014399.

Lionel Bently et al., *Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson*, European Copyright Society, 2014.

Litman, J., "Breakfast with Batman : The public interest in the advertising age", *Yale LJ* 108 (1998), p. 1717.

— "Copyright Legislation and Technological Change", *Oregon Law Review* 68.2 (1989), p. 275–362.

— *Digital copyright*, Amherst N.Y. : Prometheus Books, 2006.

— "The public domain", *Emory Law Journal* 39.4 (1990), p. 965.

Locke, J., *Second Treatise of Government*, Project Gutenberg e-book, 1690.

— *Second Treatise of Government*, sous la dir. de C. B. Macpherson, t. 8, Hackett Publishing, 1980.

Loren, L. P., "Building a reliable semicommons of creative works : enforcement of creative commons licences and limited abandonment of copyright", *George Mason Law Review* 1 (2012).

Lorenzo, L., "Une nouvelle juridiction internationale : le système de règlement des différends interétatiques de l'O.M.C.", thèse de doct., Université Lumière Lyon 2, 2003, p. 511.

Lucas, A., "Droit d'auteur et liberté d'expression dans la société de l'information", in : *Conférence de la présidence grecque de l'Union européenne sur le thème de la "Culture, propriété intellectuelle et société de l'information"*, 2003.

— *Droit d'auteur et numérique*, Paris : Litec, 1998.

— "Droit d'auteur, liberté d'expression et "droit du public à l'information"", *Auteurs & Media* 1 (2005), p. 13.

— “L’intérêt général dans l’évolution du droit d’auteur”, in : *L’intérêt général et l’accès à l’information en propriété intellectuelle*, sous la dir. de M. Buydens & S. Dusollier, 2008, p. 79–91.

— “Pour une interprétation raisonnable du triple test, ou pourquoi il faut éviter d’ajouter le flou au flou”, *Auteurs & Media* 3 (2009), p. 227.

Lucas, A. & Lucas, H.-J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2e éd., Paris : Litec, 2001.

Lucas, A., Lucas, H.-J. & Lucas-Schloetter, A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2012, p. 1570.

Lucas, A. & Sirinelli, P., “Droit d’auteur et droits voisins”, *Propriétés Intellectuelles* 10 (2004).

Lucas, A., Sirinelli, P. & Bensamoun, A., *Les exceptions au droit d’auteur - État des lieux et perspectives dans l’Union européenne*, Paris : Dalloz, 2012.

Lunney, G. S., “Copyright’s Mercantilist Turn : Do We Need More Copyright or Less ?”, *SSRN Electronic Journal* (oct. 2012).

— “Copyright’s Price Discrimination Panacea”, *Harvard Journal of Law and Technology* 21 (2008), p. 387–456.

— “Fair Use and Market Failure : Sony Revisited”, *Boston University Law Review* 82 (2002), p. 975 –1030.

— “Reexamining Copyright’s IncentivesAccess Paradigm”, *Vanderbilt Law Review* 49 (1996), p. 483.

Machlup, F., *An economic review of the patent system*, Subcommittee on Patents, Trademarks & Copyrights of the Senate Committee on the Judiciary, 85e Cong., 2e Sess., 1958.

MacKinnon, R., *Consent of the Networked : The World-wide Struggle for Internet Freedom*, 2012.

Madden, M., “Artists, musicians and the internet”, *Pew Internet and American Life Project* (2004).

Madow, M, “Private ownership of public image : Popular culture and publicity rights”, *California Law Review* 81.1 (1993), p. 125.

Masnick, M., “Larry Lessig Threatened With Copyright Infringement Over Clear Fair Use ; Decides To Fight Back”, *techdirt* (2013).

Massey, C., *Property : keyed to Dukeminier Krier Alexander Schill*, 6e éd., New York : Aspen Publishers, 2006.

Maurel (Calimaq), L., “Défense et illustration de la clause non-commerciale”, *blog S.I.Lex* (oct. 2012).

— “Houellebecq : extension du domaine de l’effet viral ?”, *blog S.I.Lex* (2010).

Maurel (Calimaq), L., “Peut-on échapper à la ’télévisionnisation’ de YouTube ?”, *blog S.I.Lex* (déc. 2013).

Mazzone, J, “Administering Fair Use”, *William and Mary Law Review* 51.2 (2009), p. 395.

Mcbride, S. & Smith, E., “Music Industry to Abandon Mass Suits”, *Wall Street Journal* (déc. 2008).

McDonagh, L., “Copyright, Contract and FOSS”, in : *Free and Open Source Software : Policy, Law and Practice*, sous la dir. de N. Shemtov & I. Walden, Oxford : Oxford University Press, 2013.

McElroy, W., “Contra Copyright, Again”, *Libertarian Papers* 3.12 (2011).

— “Intellectual Property : The Late Nineteenth Century Libertarian Debate”, *Libertarian Heritage* 14 (1995).

— *The Debates of Liberty : An Overview of Individualist Anarchism, 1881-1908*, Oxford : Lexington Books, 2003.

McGowan, D., “Copyright Nonconsequentialism”, *Missouri Law Review* 69.1 (2004).

— “Legal aspects of free and open source software”, in : *Perspectives on Free and Open Source Software*, sous la dir. de J. J. Feller et al., Cambridge, MA : MIT Press, 2005, p. 361–392.

McLeod, O., “Desert”, in : *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, mai 2002.

Meeker, H. J., “Open Source and the Age of Enforcement”, *Hastings Science & Technology Law Journal* 27.2008 (2012), p. 267–292.

Mell, P., *The NIST definition of cloud computing*, Gaithersburg, MD : 2011, url : http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-145/SP800-145.pdf.

Mell, P. & Grance, T., “The NIST Definition of Cloud Computing”, *National Institute of Standards and Technology* 53 (2009), p. 50.

Menon, Y., “Jacobsen Revisited : conditions, covenants and the future of open-source software licences”, *Washington Journal of Law, Technology & Arts* 6.4 (2011), p. 311–357.

Merges, R. P., “A New Dynamism in the Public Domain”, 2187 (2001), p. 1–20.

— *Justifying intellectual property*, Cambridge, Mass. : 2011.

— “The economic impact of intellectual property rights : An overview and guide”, *Journal of Cultural Economics* 19 (1995), p. 103–117.

— “The End of Friction ? Property Rights and Contract in the ’Newtonian’ World of On-Line Commerce”, *Berkeley Technology Law Journal* 12.1 (1997).

Merryman, J., "On the convergence (and divergence) of the civil law and the common law", *Stanford Journal of International Law* 17 (1981), p. 357.

Mill, J. S., "Law of Libel and Liberty of the Press", *Westminster Review* III (1825).

Miller, E & Feigenbaum, J., "Taking the Copy Out of Copyright", *Lecture notes in computer science.* 2320 (2002), p. 233 –244.

Modica, S., "Open Source without Free-Riding", it, *Economia politica* 2 (2012), p. 247–260.

Moglen, E., *Free Software Matters : Enforcing the GPL, I*, 2001, url : http://emoglen.law.columbia.edu/publications/lu-12.pdf.

Möller, E., "The Case for Free Use : Reasons Not to Use a Creative Commons -NC License", C (2006).

Montero, E., "Contrats informatiques", *Répertoire Notarial* t. IX, l.9.livre 9 (2010), n33–37.

— "Réflexions de synthèse - licences de logiciel libre : du neuf avec du vieux ?", in : *Les logiciels libres face au droit*, Cahiers du CRID, Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 263–274.

Moore, A. D., "A Lockean Theory of Intellectual Property", *Hamline Law Review* 21 (1997), p. 65.

— *Intellectual Property and Information Control : Philosophic Foundations and Contemporary Issues*, New Brunswick, NJ : Transaction Publishing, 2004.

— "Personality-Based, Rule-Utilitarian, and Lockean Justifications of Intellectual Property", *The Handbook of Information and Computer Ethics* 21 (2008), sous la dir. de K. E. Himma & H. T. Tavani, p. 105.

Morrison, E., "In the beginning, there was fan fiction : from the four gospels to Fifty Shades", *The Guardian* (2012).

Morsink, J., *The Universal Declaration of Human Rights : Origins, Drafting, and Intent*, University of Pennsylvania Press, 1999, p. 378.

— *The Universal Declaration of Human Rights : Origins, Drafting, and Intent*, University of Pennsylvania Press, 2011, p. 396.

Motion Picture Association of America, *Theatrical Market Statistics*, 2013, url : http://www.mpaa.org (visité le 02/09/2014).

Mouffe, C, *Le politique et ses enjeux : pour une democratie plurielle*, Paris : La Découverte/MAUSS, 1994.

Mulligan, C., "Perfect Enforcement of Law : When to Limit and When to Use Technology", *Rich. JL & Tech.* XIV.4 (2007).

Murray, G. F., “Categorization of Open Source Licenses : More than Just Semantics”, *Computer & Internet Lawyer* 26.1 (2009), p. 1–11.

Musiani, F., *Le peer-to-peer, clé de voûte pour les économies futures ?*, 2011, url : http://adam.hypotheses.org/1143.

“Mystery of Star Wars phantom edit”, *BBC News* (2001).

Nagel, T., *Concealment and Exposure : And Other Essays*, Oxford University Press, 2002, p. 240.

Navas, E., “Regressive and Reflexive Mashups in Sampling Culture”, in : *Mashup Cultures*, sous la dir. de S. Sonvilla-Weiss, 2010.

Néron, P.-Y., “Toward A Political Theory of the Business Firm ? A Comment on "Political CSR"”, *Bus Ethics J Rev* 3.1 (2013), p. 14–21.

Netanel, N. W., “Copyright Alienability Restrictions and the Enhancement of Author Autonomy : A Normative Evaluation”, *Rutgers Law Journal* 24 (1992).

— “Copyright and a democratic civil society”, *The Yale Law Journal* 106 (1996), p. 283–387.

— *Copyright's Paradox*, t. 9, Oxford University Press, 2008.

— “Impose a noncommercial use levy to allow free peer-to-peer file sharing”, *Harv. JL & Tech.* 17.1 (2003).

— “The Next Round : The Impact of the WIPO Copyright Treaty on TRIPS Dispute Settlement”, *Virginia Journal of International Law* 37 (1997), p. 441.

Newby, T. G., “What's Fair Here Is Not Fair Everywhere : Does the American Fair Use Doctrine Violate International Copyright Law ?”, *Stanford Law Review* 51 (1999), p. 1633.

Nimmer, D., “Aus Der Neuen Welt”, *Northwestern University Law Review* 93.1 (1998).

— “"Fairest of them All" and Other Fairy Tales of Fair Use”, *Law and Contemporary Problems* 66.1 (2003), p. 263 –288.

Nordhaus, W. D., *Invention growth, and welfare : a theoretical treatment of technological change*, Cambridge, MA : M.I.T. Press, 1969, p. 168.

Nozick, R., *Anarchy, state and utopia*, New York : Basic Books, 1974.

Nunziato, D., *Virtual freedom : net neutrality and free speech in the Internet age*, Stanford : Stanford Law Books, 2009.

Oberholzer-Gee, F, “The Effect of File Sharing on Record Sales : An Empirical Analysis”, *Journal of Political Economy* 115.1 (2007), p. 1–42.

Ogburn, W. F. & Thomas, D., “Are Inventions Inevitable ? A Note on Social Evolution”, *Political Science Quarterly* 37 (1922), p. 83.

Okediji, R., "Toward an International Fair Use Doctrine", *Colombia Journal of Transnational Law* 39 (2000), p. 75.

O'Mahony, S., "Guarding the commons : how community managed software projects protect their work", *Research Policy* 32.7 (2003), p. 1179–1198.

O'Mahony, S. & West, J., "Contrasting Community Building in Sponsored and Community Founded Open Source Projects", *System Sciences* (2005), p. 196c.

OMPI, *Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins*, CRNR/DC/102, Genève, 20 décembre 1996.

Open Handset Alliance, *Licenses*, url : http://source.android.com/source/licenses.html.

Open Source Initiative, *The Open Source Definition*, url : http://opensource.org/osd.

Orland, K., "Dropbox clarifies its policy on reviewing shared files for DMCA issues", *arstechnica* (2014).

Ost, F., *Droit et intérêt : Entre droit et non-droit, l'intérêt, vol. 2*, sous la dir. de P. Gérard, F. Ost & M. van de Kerchove, Publications des FUSL, 1990, p. 201.

Ost, F. & Kerchove, M. van de, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, p. 596.

Ost, F. & Van De Kerchove, M., *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris : PUF, 1992.

Ostrom, E., *Governing the Commons : The Evolution of Institutions for Collective Action*, t. 30, Cambridge University Press, 1990, p. 280.

Ostrom, E. & Hess, C., "Ideas, Artifacts, and Facilities : Information as a Common-Pool Resource", *Law and Contemporary Problems* 66.1-2 (2003).

Oxford Dictionary of Law, Oxford : Oxford University Press, 2003, 590 p.

Palmer, T. G., "Are patents and copyrights morally justified ?", *Harvard journal law & public policy* 13.3 (2002).

— "Harvard journal law & public policy", *Intellectual Property* 13.3 (1990).

Paranagua, P., *Copyright Reforms in Brazil and the United States*, Cambridge, MA : conférence à la Harvard Law School, avr. 2014.

Parchomovsky, G & Goldman, K., "Fair Use Harbors", *Virginia Law Review* 93.6 (2007).

Parchomovsky, G., "Fair Use, Efficiency, and Corrective Justice", *Legal Theory* 3.4 (1997), p. 347–378.

Participative Web and User-Created Content : Web 2.0, Wikis and Social Networking, Paris, 2007.

Patry, W., "Barton Beebe's Fair Use Study", *The Patry Copyright Blog* (2007).

— "Copyright and the Legislative Process : A Personal Perspective", *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 14 (1996).

— "Fair Use, the Three-Step Test, and the Counter-Reformation", *The Patry Copyright Blog* (2008).

— *How to Fix Copyright*, Oxford University Press, 2011, p. 336.

— *Moral Panics and the Copyright Wars*, Oxford University Press, 2009, p. 292.

Pawlo, M., "What is the meaning of non-commercial ?", in : *International Commons at the Digital Age - La création en partage*, sous la dir. de D. Bourcier & M. Dulong de Rosnay, Paris : Romillat, 2004, p. 69.

Perez, Y. V. & Ben-David, Y., "Internet as freedom - does the internet enhance the freedoms people enjoy ?", *Information Technology for Development* 18.4 (2012), p. 293–310.

Pessach, G., "Reverse Exclusion in Copyright Law - Reconfiguring Users' Rights", in : *Fifth Advanced Research Forum on Intellectual Property Rights*, Genève : OMPI, WIPO/IPR/GE/11, avr. 2011, url : http://papers.ssrn.com/abstract=1813082.

Peukert, A., "The Fundamental Right to (Intellectual) Property and the Discretion of the Legislature", 2013, url : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2324132.

Pfister, L., "La proprieté Litteraire est-elle une propriété ? Controverses sur la Nature du Droit d'Auteur au XIXe Siècle", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review* 72 (2004).

Picard, E., "Embryologie juridique", *J. D. I.* 10 (1883), p. 564.

Plancke, V. van der & Van Leuven, N., "La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'Homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ?", in : *50 Ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Belgique : entre ombres et lumières*, Bruxelles : Bruylant, 2008.

Plant, A, "The economic aspects of copyright in books", *Economica* 1.2 (1934), p. 167–195.

Pogge, T. W. M., *Realizing Rawls*, 1989.

Pollaud-Dulian, F., *Le droit de destination. Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, Paris : LGDJ, 1988, p. 552.

Pollock, R., "Forever minus a day ? calculating optimal copyright term", *Review Literature And Arts Of The Americas* 6.1 (2009), p. 35–60.

— "Removing the NC : Why license restrictions on commercial use are problematic and (frequently) unnecessary", *Open Knowledge Foundation Blog* (2006).

Posner, R. A., "The Value of Wealth : A Comment on Dworkin and Kronman", *The Journal of Legal Studies* 9.2 (1980), p. 243–252.

— "Wealth Maximisation Revisited", *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy* 2 (1985).

Post, D. G. & Johnson, D., "Law and borders : the rise of law in cyberspace", *Stanford law review Stanford law review* (1996).

Power, A., "The Mouse that Roared : Addressing the Post-Modern Quandary of Mash-ups through Traditional Fair Use Analysis", *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 8 (2006), p. 531.

Poynder, R., *Reclaiming the Digital Commons*, url : http://richardpoynder.co.uk.

Quong, J., *Liberalism without perfection*, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2011.

Radin, M. J., "Humans, computers, and binding commitment", *Indiana Law Journal* 75.4 (2000).

Rand, A., *Capitalism, the unknown ideal*, New York : New American Library, 1966.

Randal, A., "GPLv3, Linux and GPLv2 Compatibility", *O'Reilly Radar* (2007).

Rawls, J., *A theory of justice*, Revised ed, Cambridge MA : Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

— *A Theory of Justice*, Revised ed, Cambridge MA : Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

— *La justice comme équité*, Paris : La Découverte, 2003.

— *Leçons sur l'histoire de la philosophie morale*, Paris : La Découverte, 2008.

— *Lectures on the history of political philosophy*, Cambridge Mass. : Belknap Press of Harvard University Press, 2007.

— *Libéralisme Politique*, trad. par C. Audard, Paris : P.U.F, 1995.

— *Political liberalism*, New York : Columbia University Press, 1996.

Ray, A. & Gallois, L., éds., *Réimpression de l'ancien Moniteur : depuis la réunion des États-généraux jusqu'au Consulat, Volume 7*, Au Bureau central, 1841.

Raymond, E. S., “Homesteading the Noosphere”, *First Monday* 3.10 (1998).

— *The cathedral and the bazaar*, Cambridge, MA : O’Reilly, 2001.

Reinbothe, J. & Lewinski, S. von, *The WIPO Treaties 1996 : The WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms Treaty : Commentary and Legal Analysis*, 2002, p. 581.

“Réseau informatique”, *Wikipedia* (2014).

Reynolds, G., “A Stroke of Genius or Copyright Infringement ? Mashups and Copyright in Canada”, *SCRIPTed* 6.3 (2009), p. 534.

— “All the Game’s a Stage : Machinima and Copyright in Canada”, *The Journal of World Intellectual Property* 13.6 (2010).

— “Of Reasonableness, Fairness and the Public Interest : Judicial Review of Copyright Board Decisions in Canada’s Copyright Pentalogy”, in : *The Copyright Pentalogy*, Ottawa : University of Ottawa Press, 2013, p. 1–45.

Ricketson, S., *Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, OMPI, 2003.

— *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986*, 1987.

Ricketson, S. & Barrister, V., *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, Sydney : Centre for Copyright Studies, 2002.

Ringelheim, J., “The Evolution of Cultural Rights in International Human Rights Law”, *CRIDHO Working Paper* 3 (2013), p. 20.

Robbins, M., “Cameron’s internet filter goes far beyond porn - and that was always the plan”, *New Statesman* (déc. 2013).

Roberts, J., “The Development of Free Speech in Modern Britain”, *Speakers’ Corner Trust* (2011), p. 18.

Roland, M.-C., “Publish and perish. Hedging and fraud in scientific discourse.”, *EMBO reports* 8.5 (mai 2007), p. 424–8.

Ronacher, A., *Licensing in a Post Copyright World*, 2013, url : http://lucumr.pocoo.org/2013/7/23/licensing/ (visité le 23/09/2014).

Rosati, E., “Illusions Perdues. The Idea/Expression Dichotomy at Crossroads”, in : *Annual Conference of the Society for Economic Research on Copyright Issues (SERCI), Berkeley (CA)*, 2009.

Rose, M, “Nine-tenths of the law : The English copyright debates and the rhetoric of the public domain”, *Law and Contemporary Problems* 66.1 (2003), p. 75.

— “The author as proprietor : Donaldson v. Becket and the genealogy of modern authorship”, *Representations* 23.1 (1988).

Rose, M., *Authors and Owners : The Invention of Copyright*, Harvard University Press, 1993, p. 176.

Rosen, L., *Open Source Licensing Software Freedom and Intellectual Property Law*, Prentice Hall, 2004.

Rosenberg, A, "Virtual world research ethics and the private/public distinction", *Journal of Internet Research Ethics* 3.1 (2010), p. 23.

Rothbard, M., *Man, Economy, and State*, 2e éd., Auburn, ALA : L. von Mises Institute, Auburn University, 2009.

— *The Ethics of Liberty*, New York : New York University Press, 1998.

Rousseau, J.-J., *Du Contrat Social*, UQAC, Les classiques des sciences sociales, 1762.

Ruggie, J, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, t. 29, Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, A/HRC/17/31, 2011.

Ruwet, C., *Des filetages à la RSE : normalisation et démocratie : sociologie du processus d'élaboration d'ISO 26000*, fre, 2009.

Ryn, J. & Heenen, J., *Principes de droit commercial*, 2e éd., Bruxelles : Bruylant, 1976.

Sag, M., "Beyond Abstraction : the Law and Economics of Copyright Scope and Doctrinal Efficiency", *Tulane law review* 81.1 (2006).

— "Copyright and Copy-Reliant Technology", *Northwestern University Law Review* 107 (2009), p. 1607.

— "The Imaginary Conflict Between Fair Use and International Copyright Law", *Matthew Sag Blog* (2013).

— "The Pre-History of Fair Use", *Brooklyn Law Review* 76.4 (juin 2011).

Sagot-Duvauroux, D., éd., *La propriété intellectuelle c'est le vol ! les majorats littéraires et un choix de contributions au débat sur le droit d'auteur au XIXe siècle*, Dijon : les Presses du réel, 2002.

Saltzer, J, Reed, D. P. & Clark, D. D., "End-to-end arguments in system design", *ACM Transactions on Computer Systems* 2.4 (1984), p. 277 –288.

Samuelson, P., "Challenges for the World Intellectual Property Organization and the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Council in Regulating Intellectual Property Rights in the Information Age", *European Intellectual Property Review* 578 (1999).

— "Unbundling fair uses", *Fordham Law Review* 77 (2009), p. 2537–2621.

Samuelson, P. & CPP, members of the, "The Copyright Principles Project : Directions for Reform", *Berkeley Technology Law Journal* 25 (2010), p. 309.

Samuelson, P., "The pure theory of public expenditure", *The Review of Economics and Statistics* (1954).

Sandel, M. J., "The procedural republic and the unencumbered self", *Political theory* 12.1 (1984), p. 81–96.

Sauter, W., "Proportionality in EU law : a balancing act ?", *TILEC Discussion Paper* 003 (2013), p. 31.

Savola, P., "Hyperlinks, making available and the 'new public' – or just a dead end ?", *The 1709 Blog* (2014).

Scassa, T, "Recalibrating Copyright Law ? : A Comment on the Supreme Court of Canada's Decision in CCH Canadian Limited et al. v. Law Society of Upper Canada", *Canadian journal of Law and Technology* 3.2 (2004), p. 89–100.

Scassa, T., "Acknowledging Copyrights Illegitimate Offspring : User-Generated Content and Canadian Copyright Law", in : *The Copyright Pentalogy - How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, sous la dir. de M. Geist, Ottawa : University of Ottawa Press, 2013, p. 431–454.

Schroeder, J. L. L., "Unnatural rights : Hegel and intellectual property", *U. Miami L. Rev.* 60.80 (2005), p. 453.

Schutter, O. D., "Civiliser le marché par les règles. L'analytique des droits de WN Hohfeld", in : *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles : Larcier, 2007.

— *International human rights law : cases, materials, commentary*, Cambridge : Cambridge University Press, 2010.

Seltzer, L. E., *Exemptions and Fair Use in Copyright : The Exclusive Rights Tensions in the 1976 Copyright Act.* Cambridge, MA : Harvard Business Press, 1978.

Senftleben, M, "Comparative Approaches to Fair Use : An Important Impulse for Reforms in EU Copyright Law", in : *Methods and Perspectives in Intellectual Property*, sous la dir. de G. Dinwoodie, Cheltenham, UK ; Northampton, MA, 2014, p. 30.

Senftleben, M., "Bridging the differences between copyrights legal traditions the emerging EC fair use doctrine", *Journal of the Copyright Society of the USA* 57 (2009), p. 521.

— *Copyright, Limitations, and the Three-step Test : An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International, 2004, p. 340.

Shavell, S & Van Ypersele, T, "Rewards versus Intellectual Property Rights"(2001)", *Journal of Law and Economics* 44 (2001), p. 425.

Shiffrin, S. V., "Intellectual Property", in : *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, sous la dir. de R. E. Goodin, P. Pettit & T. Pogge, Malden : Blackwell, 2009, p. 952.

— "Lockean arguements for private intellectual property", in : *New essays in the legal and political theory of property*, sous la dir. de S. R. Munzer, Cambridge : Cambridge University Press, 2001, p. 138–167.

— "The incentives argument for intellectual property", in : *Intellectual Property and Theories of Justice*, sous la dir. d'A. Strowel, Axel Gosseries & A. Marciano.

Shirky, C., *Cognitive surplus : creativity and generosity in a connected age*, New York : Penguin Press, 2010.

— *Here comes everybody : the power of organizing without organizations*, New York : Penguin Press, 2008.

— *Power Laws, Weblogs, and Inequality*, 2003, url : http://www.shirky.com.

Simmons, A. J., "Maker's Right", *The Journal of Ethics* 2.3 (1998), p. 1–23.

— *The Lockean Theory of Rights*, Princeton University Press, 1992.

Sinnreich, A, Latonero, M & Gluck, M, "Ethics reconfigured : How today's media consumers evaluate the role of creative reappropriation", *Information, Communication & ...* 12.8 (2009).

Sirinelli, P., "Exceptions et limites aux droit d'auteur et droits voisins", in : *Atelier sur la mise en œuvre du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, Genève, 1999, url : http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=1266.

Sklar-Heyn, S, "Battling Clearance Culture Shock : Comparing US Fair Use and Canadian Fair Dealing in Advancing Freedom of Expression in Non-Diction Film", *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 20.1 (2011), p. 233.

Smith, B., "GPL Enforcement in Apple's App Store", *Free Software Foundation* (2010).

Smith, G., *Svensson - free to link or link at your risk ?*, 2014, url : http://cyberleagle.blogspot.be/2014/02/ (visité le 31/08/2014).

Smith, M. D., "Porn filters block sex education websites", *BBC News* (déc. 2013).

Sonvilla-Weiss, S., "Introduction : Mashups, Remix Practices and the Recombination of Existing Digital Content", in : *Mashup Cultures*, sous la dir. de S. Sonvilla-Weiss, Vienna : Springer Vienna, 2010, p. 8–23.

Spence, M., "Justifying Copyright", in : *Dear Images : Art, Copyright and Culture*, sous la dir. de K. Schubert & D. McClean, London : Ridinghouse, 1999, p. 300.

Spencer, H., *Principles of Ethics*, Indianapolis : Liberty Fund, 1978.

Spencer, K. N. N., "Using Copyright Remedies to Promote Efficiency in the Open Source Regime in Wake of Jacobsen v. Katzer", *JL Econ. & Pol'y* 63.6 (2009), p. 63–85.

S.P.F. Economie, *Indicateurs T.I.C. auprès des ménages et individus (2005-2012)*, 2013, url : http://statbel.fgov.be.

Spitz, B., "France : no copyright protection for perfume", *Kluwer Copyright Blog* (2014).

Spooner, L., *The Law of Intellectual Property ; or An Essay on the Right of Authors and Inventors to a Perpetual Property in their Ideas*, Boston : Bela Marsh, 1855.

St. Laurent, A. M., *Understanding Open Source and Free Software Licensing*, Sebastopol CA : O'Reilly Media, 2004, p. 224.

Stallman, R., "Copyleft : Pragmatic Idealism", in : *Free Software, Free Society : Selected Essays of Richard M. Stallman*, Boston : GNU Press, 2002.

— *Copyright et mondialisation à l'âge des réseaux informatiques*, 2001, url : http://www.gnu.org/philosophy/copyright-and-globalization.fr.html (visité le 23/09/2014).

— *How the Swedish Pirate Party Platform Backfires on Free Software*, 2009, url : https://www.gnu.org/philosophy/pirate-party.html.

— *Let's Share !*, 2002, url : http://opendemocracy.net.

— *Why Software Should Not Have Owners*, url : http://www.gnu.org/philosophy/why-free.en.html.

Statement of Marybeth Peters The Register of Copyrights before the Subcommittee on Courts and Intellectual Property Committee on the Judiciary, United States House of Representatives, 105th Congress, 1st Session, 1997.

Stevens, A. J. & Effort, A. E., "Using academic license agreements to promote global social responsibility", *Nouvelles-Journal of the Licensing Executives Society* 43.2 (2008), p. 85.

Stiglitz, J., Walsh, C. E. & Lafay, J.-D., *Principes d'économie moderne*, 3e éd., De Boeck, 2007.

Stoltz, M. L., "The Penguin Paradox : How the Scope of Derivative Works in Copyright Affects the Effectiveness of the GNU GPL", *BUL Rev.* 1 (2005), p. 1439–1477.

Strowel, A., "Droit d'auteur et copyright", in : *Droit d'auteur et copyright : divergences et convergences*, Bruxelles : Bruylant, 1993, p. 722.

— "La loi du 31 août 1998 concernant la protection des bases de données", *J.T.* 5924.16 (1999), p. 297.

— "Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia", *Cahiers du CRID* 11.91 (1997).

— "Le droit d'auteur et le copyright entre histoire et nature", in : *Images et usages de la nature en droit*, sous la dir. de F Ost, M van de Kerchove & P Gérard, Bruxelles : Publications Fac St Louis, 1993.

Strowel, A. & Tulkens, F., "Equilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur", in : *Droit d'auteur et liberté d'expression : regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, sous la dir. d'A. Strowel & F. Tulkens, Bruxelles : Larcier, 2006, p. 160.

Strowel, A. & Vanbrabant, B., "Belgium", in : *Balancing Copyright - A Survey of National Approaches : A Survey of National Approaches*, sous la dir. de R. Hilty & S. Nérisson, Springer Science & Business Media, 2012, p. 119–162.

Su, E., "The Winners and the Losers : The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights and Its Effects on Developing Countries", *European Intellectual Property Review* 23 (2000), p. 169.

Sudre, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7e éd., Paris : P.U.F., 2005, p. 574.

Suellentrop, C., "Why we hate the Mouse but not the cartoon copycat.", *Slate* (2004).

Sunstein, C., *Infotopia : How Many Minds Produce Knowledge*, t. 13, Oxford : Oxford University Press, 2006, p. 273.

— "The Daily We", *Boston Review* 26.3 (2001).

Swift, A., *Political philosophy : a beginner's guide for students and politicians*, Cambridge : Politiy Press, 2012.

Syrpis, P., *The Judiciary, the Legislature and the EU Internal Market*, Cambridge University Press, 2012, p. 373.

Ten Years of Creative Commons : An Interview with Co-Founder Lawrence Lessig, 2012, url : http://governancexborders.com/2012/12/18/10-years-of-creative-commons-an-interview-with-co-founder-lawrence-lessig/.

The Future of Creative Commons : Examining defenses of the NC and ND clauses, 2012, url : http://freeculture.org/blog/2012/09/19/the-future-of-creative-commons-examining-defenses-of-the-nc-and-nd-clauses/ (visité le 26/09/2014).

The Walt Disney Company et al., *Principles for User Generated Content Services*, 2007, url : http://www.ugcprinciples.com/.

Thierer, A., *Permissionless Innovation*, Fairfax : Mercatus Center, George Mason University, 2014, 106 p.

— "Technopanics, Threat Inflation, and the Danger of an Information Technology Precautionary Principle", *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* 14.1 (2013).

Thirion, N., "Les activités économiques sont-elles solubles dans la piscine du curé ?", *Rev. Prat. Soc.* 1-2 (2010), p. 149.

Thorpe, J., "Some challenges for copyright-related quantification", *Review of Economic Research on Copyright Issues* 1.1 (2004), p. 41–50.

Tor, A. & Oliar, D., "Incentives to Create Under a Lifetime-Plus-Years Copyright Duration : Lessons from a Behavioral Economic Analysis for Eldered v. Ashcroft - viewcontent.cgi", *Loyola of Los Angeles Law Review* 36 (2002), p. 437.

Trésor de la Langue Française Informatisé, Paris : C.N.R.S., 2012.

Triaille, J.-P., "L'application de la loi aux logiciels", *Auteurs & Media* 5-6 (2004), p. 432–438.

— "Licences "open source" et contrats avec les auteurs et les distributeurs", *R.D.T.I.* 2 (2005), p. 58.

Tronco, T., "Principles of Internet Architecture", in : *New network architectures*, sous la dir. de T. Tronco, Berlin : Springer-Verlag, 2010.

Tsingos, T. K., "Enforceability of free/open source software licensing terms : A critical review of the global Case-Law," in : *3rd International Seminar on Information Law*, Corfu : Ionian University, 2010, url : http://conferences.ionio.gr/isil2010/.

Tulkens, F., "La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer", *R.I.E.J.* 24 (1990), p. 25–42.

Tushnet, R, "Power without responsibility : Intermediaries and the First Amendment", *Geo. Wash. L. Rev.* 76 (2007).

Tyerman, B. W., "Economic Rationale for Copyright Protection for Published Books : A Reply to Professor Breyer, The", *Copyright Law Symposium (ASCAP)* 21 (1974).

Union des Photographes Professionnels, *Manifeste pour les auteurs*, 2012, url : http://www.upp-auteurs.fr/actualites.php?actualite=689.

University of California Berkeley, *Socially Responsible Licensing & IP Management | IPIRA-Intellectual Property and Industry Research Alliances (Technology Transfer)*, url : http://ipira.berkeley.edu/socially-responsible-licensing-ip-management.

Vallentyne, P., "Nozick's libertarian theory of justice", in : *The Cambridge Companion to Nozick's Anarchy, State, and Utopia*, sous la dir. de R.

M. Bader & J. Meadowcroft, Cambridge, MA : Cambridge University Press, 2011, p. 145–167.

Van Enis, Q., "L'opposabilité des conditions générales off-line et on-line : de la suite dans les idées ?", in : *Les conditions générales. Questions spéciales : Actes du colloque organisé par le Jeune Barreau de Mons le 26 mars 2009*, Bruxelles : Anthemis, 2009, p. 9–34.

Van Noorden, R., "Researchers opt to limit uses of open-access publications", *Nature* (fév. 2013).

Van Parijs, P., *Qu'est-ce qu'une société juste ?*, Paris : Éditions du Seuil, 1991.

— *Real freedom for all*, Oxford : Oxford University Press, 1995.

"Scientific Fraud : How it is done, why it is done, and what can be done about it", in : *11e Ethical Forum*, sous la dir. de P. Van Parijs, Bruxelles : Fondation Universitaire, 2012.

Van Parijs, P. & Arnsperger, C., *Éthique économique et sociale*, Nouv. éd., Paris : La Découverte, 2003.

Vaver, D., "Copyright Defenses as User Right", *Journal of the Copyright Society of the U.S.A* 60.4 (2013), p. 661.

Vetter, G. R., "Infectious open source software : spreading incentives or promoting resistance ?", *Rutgers Law Journal* 36.1 (2004), p. 53.

Vivant, M. & Vercken, G., "Copie privée et mesures techniques : un équilibre encore à trouver", *Légipresse* 227 (2005), p. 233.

— "Mesures techniques de protection sur des DVD : le test des trois étapes met en échec l'exception de copie privée", *Légipresse* 214 (2004), p. 148.

Vollmer, T., "Ongoing discussions : NonCommercial and NoDerivatives", *blog Creative Commons* (2012).

Von Willebrand, M., "A look at EDU 4 v. AFPA, also known as the 'Paris GPL-case'", *International Free and Open Source Software Law Review* 1.2 (2010), p. 123–126.

Voorhoof, D., "La liberté d'expression est-elle un argument légitime en faveur du non-respect du droit d'auteur ?", in : *Droit d'auteur et liberté d'expression : regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, sous la dir. d'A. Strowel & F. Tulkens, Bruxelles : Larcier, 2006, p. 39.

Voorhoof, D. & Hoedt-Rasmussen, I., "Copyright vs. freedom of expression ECtHR (5th section), 10 January 2013, case of Ashby Donald and others v. France, Appl. No. 36769/08", *Auteurs & Media* 2 (2013), p. 53.

Wacha, J. B. B., "Taking the Case : Is the GPL Enforceable ?", *Santa Clara Computer & High Tech. LJ* 1 (2004), p. 451–492.

Waldfogel, J., *The Marquee Result of the "Reel Piracy" Study*, 2012, url : http://www.digitopoly.org/2012/02/15/the-marquee-result-of-the-reel-piracy-study/ (visité le 02/09/2014).

Waldron, J., "Enough and as Good Left for Others", 29.117 (2012), p. 319–328.

— "From Authors to Copiers : Individual Rights and Social Values in Intellectual Property", *Chi.-Kent L. Rev.* 68 (1992), p. 841.

— *The right to private property*, Clarendon Press, 1988, p. 470.

— *The right to private property*, t. 45, 109, Oxford : Clarendon Press, 1988.

— "Two Worries About Mixing One's Labour", 33.130 (2010), p. 37–44.

Waters, D., "Rowling backs Potter fan fiction", *BBC News* (2004).

Webb, R. L., "The Online Game Modding Community : A Connectivist Instructional Design for Online Learning ?", thèse de doct., Capella Univeristy, 2009.

Weber, M., *Économie et société*, Paris : Plon, coll. Pocket, 1995, 411 p.

Weinreb, L., "Fair's Fair : A Comment on the Fair Use Doctrine", *Harvard Law Review* 103.5 (1990).

Wenar, L., "Rights", *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (déc. 2005).

Wenger, E., McDermott, R. A. & Snyder, W., *Cultivating Communities of Practice : A Guide to Managing Knowledge*, Harvard Business Press, 2002, p. 284.

Wéry, E., *La copie privée au centre de toutes les attentions : la cour d'appel et le Parlement sur la question*, 2005, url : http://www.droit.be/actuality-904/ (visité le 22/09/2014).

Wéry, P., "Les obligations", *Répertoire Notarial* t. IV, l.1 (2007).

— "Théorie générale du contrat", in : *Répertoire Notarial*, t. t. IV, l.1, Bruxelles : Larcier, 2010, p. 163–996.

West, J. & Gallagher, S., "Challenges of open innovation : the paradox of firm investment in open-source software", *R&D Management,* 36.3 (2006), p. 319–331.

Wikipedia, *Licensing update*, url : http://meta.wikimedia.org/wiki/Licensing_update.

Willey, D., *Openness, Radicalism, and Tolerance*, 2010, url : http://opencontent.org/blog/archives/1511 (visité le 23/09/2014).

— *The SA Fallacy : Open Knowledge Foundation Gets It Wrong*, 2010, url : http://opencontent.org/blog/archives/1498 (visité le 23/09/2014).

Williams, S., *Free as in freedom : Richard Stallman's crusade for free software*, Sebastopol, CA : O'Reilly, 2002.

Williamson, A., "Licensing of Software on Github : A Quantitative Analysis", in : *Linux Collaboration Summit*, San Francisco, 2013, url : http://www.softwarefreedom.org/resources/2013/lcs-slides-aaronw/.

Wittem Group, *European Copyright Code*, 2010, url : http://www.copyrightcode.eu.

Wu, T., "Network Neutrality, Broadband Discrimination", *Journal on Telecommunications and High Technology Law* 2 (2003), p. 141.

— *The Master Switch : The Rise and Fall of Information Empires*, t. 1, Atlantic Books, Limited, 2010, p. 300.

— "Tolerated Use", *Colum. JL & Arts* 31 (2007).

Xalabarder, R. & Catalunya, U. O. D., "Spanish Supreme Court Rules in Favour of Google Search Engine... and a Flexible Reading of Copyright Statutes ?" (2012).

Yu, P., "Reconceptualizing intellectual property interests in a human rights framework", *UC Davis Law Review* 40 (2006), p. 1039.

Zemer, L., *The idea of authorship in copyright*, Burlington, VT : Ashgate, 2007.

— "The making of a new copyright Lockean", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 29 (2006), p. 891.

Zittrain, J., "Is the EU compelling Google to become about.me ?", *The Future of the Internet and how to stop it* (2014).

— *The Future of the Internet–And How to Stop It*, Yale University Press, 2009, p. 352.

Zollinger, A, *Droit d'auteur et droits de l'Homme*, Paris : LGDJ, 2008.

Jurisprudence

Cass., 19 janv. 1973, R.C.J.B., 1974, p. 321, note J. Van Ryn et J. Heenen.

— *Biblo c. Index*, 25 septembre 2003, Pas., I, 2003, p. 1471.

Cass. fr., *UFC Que Choisir et. al. c. Universal*, 28 février 2008, *R.D.T.I.* 44 (2011), note S. Dusollier.

— *X. c. Lancôme, Modefine, et al.* 10 décembre 2013.

C.E.D.H., *Anheuser-Busch c. Portugal*, 11 janvier 2007, n°73049/01.

— *Anheuser-Busch c. Portugal*, 11 janvier 2007, n°73049/01.

C.E.D.H., *Appleby c. Royaume-Uni*, 6 mai 2003, n°44306/98.

— *Ashby Donald c. France*, 10 janvier 2013, n°36769/08.

— *Association Ekin c. France*, 17 juillet 2001, n°39288/98.

— *Autronic c. Suisse*, 22 mai 1990, n°12726/87.

— *Melnychuk c. Ukraine*, 5 juillet 2005, n°28743/03.

— *Neij et Sunde c. Suède*, 19 février 2013, n°40397/12.

— *Yildirim c. Turquie*, 18 décembre 2012, n°3111/10.

Civ. Nivelles, *Lichôdmapwa c. ASBL Théâtre de Spa*, 26 octobre 2010, *R.D.T.I.*, n°42, mars 2011, p. 70, note M. Lambrecht.

C.J.U.E., *ACI Adam*, C-435/12, 10 avril 2014.

— *BestWater*, C-348/13, 21 octobre 2014.

— *BSA*, C-393/09, 22 décembre 2010.

— *Butterfly*, C-60/98, 29 juin 1999.

— *Deckmyn*, C-201/13, 3 septembre 2014.

— *Eva-Maria Painer v Standard VerlagsGmbH*, C-145/10, 1e décembre 2011.

— *Georg von Deetzen c. Hauptzollamt Oldenburg*, 22 octobre 1991, C44/89.

— *Google c. Gonzalez*, C-131/12, 13 mai 2014.

— *Infopaq c. Danske Dagblades Forening ("Infopaq I")*, C-5/08, 16 juillet 2009.

— *Infopaq c. Danske Dagblades Forening ("Infopaq II")*, C-302/10, 17 janvier 2012.

— *L'Oreal*, 14 juin 2009, C487/07.

— *Nintendo*, C-355-12, 23 janvier 2014.

— *Premier League c. QC Leisure*, C-403/08, 4 octobre 2011.

— *Promusicae c. Telefónica de España*, C-275/06, 29 janvier 2008.

— *Public Relations Consultants Association c. Newspaper Licensing Agency*, C-360/13, 5 juin 2014.

— *Sabam c. Netlog*, C-360/10, 16 février 2012.

— *Sabam c. Scarlet*, C-70/10, 24 novembre 2011.

— *Svensson*, C-466/12, 13 février 2014.

— *Technische Universität Darmstadt*, C-117/13, 11 septembre 2014.

— *UPC Telekabel*, C-314/12, 11 mai 2012.

— *VG Wört*, C-457/11 et C-460/11, 27 juin 2013.

Comité des ministres du Conseil de l'Europe, *Gouvernance de l'Internet - Stratégie du Conseil de l'Europe 2012-2015*, CM(2011)175 final, 15 mars 2012.

Cour d'appel de Bruxelles, *Google c. Copiepresse*, 5 mai 2011, *A&M.* 2 (2006), note A. de Francken.

Cour Suprême du Canada, *Alberta (Education) c. Access Copyright*, 12 juillet 2012, 2 RCS 345.

— *CCH Canadienne c. Barreau du Haut-Canada*, 4 mars 2004, 1 R.C.S. 339.

— *SOCAN c. Bell*, 12 juillet 2012, 2 RCS 326.

— *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain*, 28 mars 2002, 2 RCS 336.

District Court for the Northern District of California, *Jacobsen v. Katzer*, 17 août 2007.

Hoge Raad, *Kefoca c. Lancôme*, 16 juin 2006, LJN AU8940.

Landgericht Berlin, *AVM Computersysteme Vertriebs GmbH/Cybits AG*, 8 novembre 2011, nÂ° 16 O 255/10.

Landgericht Bochum, 20 janvier 2011, No. I-8 O 293/09.

Landgericht Frankfurt am Main, *Welte c. D-Link Germany GmbH*, 6 sept. 2006, No. 2-6 O 224/06.

Landgericht Munchen, *Welte c. Fortinet UK*, 12 avril 2005.

— *Welte c. Sitecom*, 19 mai 2004, No. 21 0 6123/04.

— *Welte c. Skype Technologies S.A.* 12 juillet 2007.

Organisation Mondiale du Commerce, *Canada - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques - Rapport du Groupe Spécial*, WT/DS114/R, 17 mars 2000.

— *Etats-Unis - Article 110(5) de la loi sur le droit d'auteur - Rapport du Groupe Spécial*, WT/DS160/R, 15 juin 2000.

— *United States - Section 110(5) of the US Copyright Act - Report of the Panel*, WT/DS160/R, 15 juin 2000.

Rechtbank Amsterdam (ref.), *Curry v. Audax*, 9 mars 2006, R.D.T.I., 2007, p. 330 et s.

Rechtbank Den Haag, *Uitgevers v Staat*, 2 mars 2005, LJN AS8778, *Computerrecht*, 2005, p. 143, note K. Koelman.

Rechtbank Rotterdam, *Netwise c. NTS Computers*, 5 décembre 2002.

US Court of Appeals for the Federal Circuit, *Jacobsen v. Katzer*, 13 août 2008.

US Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Lewis Galoob Toys, Inc. v. Nintendo of America, Inc.* 21 mai 1992.

— *Micro Star v. FormGen Inc.* 11 sept. 1998.

US Court of Appeals for the Seventh Circuit, *Klinger v. Conan Doyle Estate*, 12 juin 2014.

— *ProCD v. Zeidenberg*, 20 juin 1996.

US District Court for the Northern District of California, *Lenz v. Universal Music*, 20 août 2008.

US Supreme Court, *Abrams v. United States*, 10 novembre 1919, 250 U.S. 616.

— *Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza*, 14 mars 1968, 391 U.S. 308.

— *Davis v. Massachusetts*, 10 mai 1897, 167 U.S. 43.

— *Eldred v. Ashcroft*, 15 janvier 2003, 537 U.S. 186.

— *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 5 juin 1939, 307 U.S. 496.

— *Hudgens v. NLRB*, 3 mars 1976, 447 U.S. 74.

— *Lloyd Corp. v. Tanner*, 22 juin 1972, 407 U.S. 551.

— *Marsh v. Alabama*, 7 janvier 1946, 326 U.S. 501.

— *Pruneyard v. Robbins*, 9 juin 1980, 326 U.S. 501.

— *Schneider v. State of New Jersey*, 22 novembre 1939, 308 U.S. 147, 22 novembre 1939, 308 U.S. 147.

Table des matières

Abbréviations **5**

Introduction générale **7**

I Critique des justifications classiques du droit d'auteur **23**

Introduction **25**

Chapitre I Les justifications propriétariennes **33**
1 Justifications positives de l'appropriation 37
1.1 L'appropriation d'une ressource en y mêlant son travail 37
1.2 L'appropriation en récompense du travail du créateur 39
1.2.1 L'argument de la valeur ajoutée 39
1.2.2 L'argument du mérite 41
1.3 L'extension de la propriété de soi dans son œuvre 44
1.4 La propriété dérivée de la première occupation . 49
1.4.1 L'occupation par la création, ou « creators, keepers » 50
1.4.2 L'occupation par la possession 52
1.5 Un droit dérivé de la propriété du support original de l'œuvre 56
1.5.1 La réservation par clause contractuelle . 56
1.5.2 La réservation par un démembrement de la propriété matérielle 60

2 Justifications négatives de l'appropriation 61
2.1 Deux interprétations de la clause lockéenne . . . 63
2.2 La version littérale de la clause lockéenne 65
2.2.1 L'argument de la rivière inépuisable . . 66
2.2.2 L'argument des sources magiques . . . 71
2.2.3 Objections possibles 77
2.3 La version révisée de la clause lockéenne 79
Conclusion du chapitre I 82

Chapitre II Les justifications utilitaristes 85
1 Le droit d'auteur pour inciter à la création 87
1.1 Le droit d'auteur comme solution à un problème de biens publics 87
1.2 Les couts d'un régime de droits d'auteur 89
1.3 Facteurs économiques permettant de relativiser les difficultés d'appropriabilité 92
1.3.1 L'effet « premier sur le marché » 92
1.3.2 L'exclusion par des mesures techniques 93
1.3.3 Modèles économiques hybrides 94
1.3.4 La diminution des couts de création dans l'environnement numérique 95
1.3.5 Motivations non marchandes 96
1.4 Le niveau optimal de création intellectuelle . . . 97
1.5 L'étendue optimale de protection du droit d'auteur 98
1.5.1 Étendue matérielle 99
1.5.2 Étendue temporelle 99
1.6 Autres régimes juridiques envisageables pour inciter à la création 102
1.7 Lacunes empiriques sur l'efficacité du droit d'auteur 103
2 Le droit d'auteur pour une exploitation optimale des œuvres existantes 107
2.1 Des droits de propriété intellectuelle illimités dans le temps 110
2.1.1 Prévenir la sous-exploitation des œuvres 110
2.1.2 Prévenir la sur-exploitation des œuvres 113
2.2 Des droits propriété intellectuelle limités seulement par les défaillances de marché 116
Conclusion du chapitre II 120

Chapitre III Les justifications personnalistes 125
1 Hegel : la propriété nécessaire à l'auto-réalisation de l'individu 127
2 Kant : un droit de la personnalité pour attribuer les discours à leurs auteurs 131

Conclusion du chapitre III 134

Conclusion de la partie I **137**

II Défense de l'ouverture de l'environnement numérique **143**

Introduction **145**

Chapitre I Prémisses éthiques fondamentales **147**
1 L'exigence de justification publique 147
2 Une approche réal-libérale de la justice 150
2.1 Protéger les libertés de base 150
2.2 Garantir la liberté réelle 152
2.2.1 Égaliser les opportunités de participer au débat public 152
2.2.2 Maximiser la valeur des libertés pour tous 154
Conclusion du chapitre I 155

Chapitre II Contexte : l'impact ambivalent de l'environnement numérique sur la liberté réelle **157**
1 Nouvelles opportunités 158
1.1 Les opportunités dues aux nouvelles possibilités d'accéder à l'information 158
1.2 Les opportunités dues aux nouvelles possibilités de participer à la production d'information . . . 159
2 De vieux problèmes en voie de résolution ? 164
2.1 L'accès aux moyens d'expression et de participation politique 164
2.2 Les partenariats public-privé de la censure 168
3 Des difficultés nouvelles 169
3.1 La tendance à la privatisation des espaces d'expression 171
3.1.1 La protection des espaces d'expression en droit 172
3.1.2 Le cas des villes privées et centres commerciaux 175
3.1.3 Le déplacement du débat public vers un environnement numérique privatisé . . 180
3.2 Les dangers d'une application parfaite de la loi par le code 182

3.3 L'inadaptation du droit d'auteur aux nouvelles conditions d'utilisation des œuvres 188
3.3.1 Le droit de reproduction et les actes de copies dans l'environnement numérique 189
3.3.2 Le droit de communication au public et les hyperliens 193
3.3.3 Le droit de réaliser des œuvres dérivées et les nouvelles pratiques de création amateur 196
Conclusion du chapitre II 199

Chapitre III Guider la régulation par une présomption en faveur de l'ouverture 201
1 Lignes directrices pour une régulation respectant l'ouverture 202
1.1 La liberté d'usage de l'information doit être la règle, et les restrictions l'exception 203
1.2 Limiter le pouvoir des *gatekeepers* du réseau . . . 206
1.3 Encadrer strictement l'utilisation du code pour l'application de la loi 208
2 Exceptions envisageables 209
2.1 Le droit à la vie privée 210
2.2 Un droit d'auteur modéré pour préserver une certaine diversité culturelle 211
Conclusion du chapitre III 214

Conclusion de la partie II 217

III Promouvoir l'ouverture : la voie de la responsabilité sociale 221

Introduction 223

Chapitre I Licences ouvertes et responsabilité sociale 225
1 Origine des licences ouvertes 225
2 Licences ouvertes versus licences privatives 226
3 Typologie des licences ouvertes 228
3.1 Licences permissives 229
3.2 Licences réciproques 231
3.3 Licences asymétriques 232
4 Les licences ouvertes comme exercice d'une responsabilité sociale pour l'environnement numérique 233
4.1 La notion de responsabilité sociale 233

4.2 Une responsabilité sociale pour l'environnement numérique 235
4.3 Mécanismes d'exercice de la responsabilité sociale 237
4.3.1 Normes ou standards pour l'exercice socialement responsable des droits d'auteur 237
4.3.2 Labels pour une consommation socialement responsable d'œuvres intellectuelles 239
4.4 Plaider pour une réforme législative ou suppléer à l'action du législateur ? 241
4.5 Concurrence entre régimes normatifs 244
Conclusion du chapitre I 245

Chapitre II Efficacité juridique des licences ouvertes 247
1 Nature juridique des licences ouvertes 247
1.1 En common law : controverse sur la qualification de simple licence ou de contrat 248
1.1.1 Description du problème 248
1.1.2 Réception par la jurisprudence 252
1.2 En droit civil : consensus sur la nature contractuelle 256
1.2.1 Type de contrat 256
1.2.2 Consentement du licencié 258
1.2.3 Nature des clauses des licences ouvertes 263
1.2.4 Interaction entre droit des contrats et droit d'auteur 264
1.2.5 Réception par la jurisprudence 265
2 Caractéristiques des licences ouvertes 269
2.1 Une licence volontaire 269
2.2 Une licence non exclusive 269
2.3 Une licence illimitée dans le temps 270
2.4 Une licence à titre gratuit 271
3 Questions spécifiques aux différentes familles de licences ouvertes 273
3.1 Licences permissives 274
3.1.1 Clauses visant le respect du droit moral 274
3.1.2 Licences permissives et domaine public 275
3.2 Licences réciproques 276
3.2.1 Comment déterminer le champ d'application de la clause de réciprocité ? . . . 276
3.2.2 Les licences réciproques sont-elles opposables par les tiers ? 284
3.3 Licences asymétriques 287
3.3.1 Comment définir la clause « pas d'usage dérivé » ? 287

3.3.2 Comment définir la clause « pas d'usage commercial » ? 288
Conclusion du chapitre II 302

Chapitre III Évaluation des licences ouvertes pour promouvoir l'ouverture 305
1 Trois approches du compromis incitation - liberté d'usage 305
1.1 Les licences permissives : une incitation sans limiter les libertés d'usage 307
1.2 Les licences réciproques : une incitation en limitant les possibilités d'appropriation privative . . 312
1.3 Les licences asymétriques : une incitation par la réservation de certains droits d'usage 315
2 Trois risques pour l'ouverture 324
2.1 Le risque du pillage 324
2.2 Le risque de la mise en quarantaine 325
2.3 Le risque de la fragmentation 327
Conclusion du chapitre III 331

Conclusion de la partie III 335

IV Promouvoir l'ouverture : la voie législative 341

Introduction 343

Chapitre I Déverrouiller le contexte juridique international et européen 347
1 La contrainte du test en trois étapes 348
1.1 Remettre à sa juste place l'interprétation du panel de l'OMC 351
1.2 L'interprétation restrictive de l'admissibilité des exceptions 354
1.2.1 Première étape : « certains cas spéciaux »355
1.2.2 Deuxième étape : « ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre » . 358
1.2.3 Troisième étape : « ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit » 361
1.3 Pour une interprétation modérée du test en trois étapes 362
1.3.1 Première étape 367
1.3.2 Deuxième étape 368
1.3.3 Troisième étape 372

2 Les rigidités du cadre européen 374
2.1 L'objectif d'un « niveau élevé de protection » . . 374
2.2 Un système fermé d'exceptions 376
2.2.1 Une liste exhaustive d'exceptions facultatives 377
2.2.2 La doctrine de l'interprétation stricte des exceptions 379
2.2.3 L'interprétation stricte des dérogations à un principe général 381
2.2.4 L'interprétation stricte requise par le test en trois étapes 383
3 Le recours aux droits fondamentaux 386
3.1 Les droits fondamentaux en présence 387
3.1.1 Liberté d'expression 387
3.1.2 Le droit d'auteur, un droit fondamental ? 388
3.2 Objections au recours aux droits fondamentaux comme limite externe au droit d'auteur 396
3.3 Une tendance émergente à la prise en compte des droits fondamentaux dans la jurisprudence européenne 400
3.3.1 Cour de justice de l'Union européenne . 402
3.3.2 Cour européenne des droits de l'homme 405
Conclusion du chapitre I 409

Chapitre II Trois propositions pour promouvoir l'ouverture 413
1 Une exception pour les contenus générés par les utilisateurs 413
1.1 Présentation 413
1.2 Compatibilité avec le droit en vigueur 417
1.2.1 Droit international 417
1.2.2 Droit belge et européen 420
1.3 Opportunité 422
2 Une exception ouverte de *fair use* 425
2.1 Présentation 426
2.2 Compatibilité avec le droit en vigueur 428
2.2.1 Droit international 428
2.2.2 Droit belge et européen 437
2.3 Opportunité 438
2.3.1 Le *fair use*, source d'insécurité juridique ? 439
2.3.2 Le *fair use*, incompatible avec la tradition civiliste ? 447
2.3.3 Resituer la controverse sur le *fair use* dans le débat américain 450
3 Une exception semi-ouverte de *fair dealing* 453

3.1 Présentation 453
3.2 Compatibilité avec le droit en vigueur 460
3.2.1 Droit international 460
3.2.2 Droit belge et européen 462
3.3 Opportunité 475
Conclusion du chapitre II 484

Conclusion de la partie IV **489**

Conclusion générale **497**

Bibliographie **509**
Doctrine 509
Jurisprudence 549

Table des matières **553**