

Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI)

NOTE SUR LES CONTRATS DE LICENCE CREATIVE COMMONS

Janvier 2006

L'ALAI, en sa qualité d'organisation dédiée à la protection internationale effective du droit d'auteur, propose les observations suivantes sur le programme d'octroi de licences Creative Commons. Ces observations sont présentées en deux parties : une réflexion initiale, qui s'adresse à un public général d'auteurs et de non spécialistes en droit d'auteur, suivie d'une analyse juridique plus détaillée.

L'ALAI est favorable aux innovations techniques et juridiques qui permettent à l'auteur de diffuser ses œuvres, d'en être reconnu comme l'auteur et d'en conserver le contrôle de l'intégrité et de l'exploitation. L'ALAI encourage également la mise en place de mécanismes destinés à assurer à l'auteur une rémunération lors de l'utilisation de ses œuvres. Parallèlement, l'ALAI estime que la promotion d'un large accès aux œuvres de l'esprit favorise un équilibre souhaitable entre les intérêts des auteurs dont les œuvres sont diffusées et les intérêts du public en général, y compris ceux d'autres auteurs qui peuvent souhaiter s'inspirer de ces œuvres. Les contrats de licence Creative Commons peuvent servir certains de ces objectifs mais pas tous. C'est pourquoi l'ALAI estime indispensable que les auteurs et leurs représentants comprennent à la fois les avantages et les inconvénients de ces licences afin de pouvoir décider en connaissance de cause si, et si oui dans quelle mesure, ils souhaitent diffuser leurs œuvres sous licence Creative Commons.

I Observations générales

Certes les licences Creative Commons (CC) visent à améliorer l'accessibilité et à promouvoir le partage des œuvres de l'esprit, mais le mécanisme CC ne constitue pas pour autant un rejet du droit d'auteur. L'auteur qui place son œuvre sous licence CC a la possibilité de réserver divers droits. Ainsi, la licence CC permet à l'auteur de conserver son droit d'auteur tout en autorisant le bénéficiaire de la licence – c'est-à-dire le public en général – à effectuer certains types indiqués d'utilisations de l'œuvre, comme réaliser et diffuser des copies ou adaptations de l'œuvre, qui, sans cela, porteraient atteinte au droit d'auteur. (Pour le contenu des différentes licences, voir l'analyse sous II.)

Les caractéristiques essentielles des licences CC sont :

- 1) La simplicité des conditions types (avec, parallèlement, la simplicité de sélection des droits que l'auteur va accorder et des droits qu'il va réserver sur une œuvre donnée).
- 2) L'autorisation instantanée des utilisations permises dont bénéficie tout membre du public qui accède à l'œuvre, objet de la licence.
- 3) Des possibilités accrues pour l'auteur d'obtenir une large diffusion de l'œuvre, notamment du fait que les œuvres sous licence CC peuvent facilement être trouvées à l'aide de certains moteurs de recherche.

Toutefois, il importe que l'auteur, avant de faire un choix entre autoriser l'utilisation de son œuvre sous une licence traditionnelle et l'autoriser sous une licence CC, soit conscient de certaines conséquences des licences CC, à savoir :

- **Vous ne serez pas rémunéré**

Les licences CC ne prévoient pas de rémunération directe au titre des utilisations de l'œuvre effectuées en vertu d'une licence CC. Il s'ensuit que les licences CC sont appropriées lorsque l'auteur souhaite une large diffusion de son œuvre mais ne cherche pas à percevoir des droits d'auteur ou une autre forme de rétribution en contrepartie des utilisations autorisées.

- **Vous ne pouvez pas à la fois conclure des contrats exclusifs et concéder des licences CC**

Les licences CC non exclusives et les contrats d'exclusivité sont incompatibles. Autrement dit, à partir du moment où une licence exclusive pour une œuvre donnée a été octroyée à un tiers (par exemple, à un éditeur traditionnel ou, dans certains pays, à une société de gestion collective), l'auteur ne peut plus placer la même œuvre sous une licence CC non exclusive. Inversement, lorsqu'une œuvre a été placée sous une licence CC non exclusive, l'auteur n'a plus la possibilité de concéder à un tiers une licence exclusive. Cette impossibilité de proposer un contrat exclusif risque de rendre l'œuvre moins intéressante aux yeux des exploitants commerciaux avec qui l'auteur souhaite peut-être dès à présent ou par la suite conclure un contrat.

- **Vous ne pouvez pas changer d'avis**

Il doit être souligné qu'une licence CC, une fois accordée par l'auteur, ne peut pas être retirée. Cela signifie que l'auteur ne peut pas revenir sur sa décision : dès lors que des copies sous licence CC ont été mises à disposition, elles généreront d'autres copies sous licence et il sera trop tard pour les rappeler.

- **Vous ne recevrez aucune aide de la part de Creative Commons si les droits que vous avez réservés ne sont pas respectés**

Creative Commons ne prévoit aucun moyen de faire respecter les droits de l'auteur si l'utilisateur de son œuvre placée sous licence CC méconnaît l'un des droits qu'il a réservés, tel que le droit à la paternité et/ou le droit d'exploitation commerciale. Il s'ensuit que, pour la plupart des auteurs, il est peu probable dans la pratique qu'une violation des conditions d'une licence CC puisse être réparée.

Ces différents aspects de la licence CC amènent l'ALAI à souligner : **Caveat auctor ! Que l'auteur soit bien conscient des risques avant de choisir !** Une licence CC peut être appropriée et souhaitable pour certains auteurs, en particulier les universitaires, mais, compte tenu des risques que comportent ces licences en matière de rémunération et de contrôle des œuvres, la décision d'accorder une licence CC doit être prise en pleine connaissance des éventuelles conséquences de cette décision¹.

II Analyse détaillée

Les contrats de licence Creative Commons (CC) (comme d'autres formes de licitation telles que l'« open source ») promeuvent le partage des œuvres de l'esprit. Le moyen le plus absolu de partager les œuvres consiste à les mettre à la disposition du public sans aucune

¹ Voir également, en ce qui concerne les points auxquels il convient de réfléchir avant d'appliquer à une œuvre une licence CC, la rubrique « Things to think about before you apply a Creative Commons license to your work » sur le site <http://creativecommons.org/about/think>

restriction quant à l'usage qui en sera fait par la suite. Toutefois, les licences CC ne sont pas dépourvues de toute restriction. Creative Commons propose en effet six formules de licences applicables aux œuvres diffusées sur les réseaux numériques ; dans la plupart des cas, le droit d'auteur continue à appartenir à l'auteur et un choix est proposé entre diverses formes de licences plus ou moins restrictives. Ainsi, l'auteur conserve son droit d'auteur mais consent à ce que le bénéficiaire de la licence soit libre d'effectuer certains types indiqués d'utilisations de l'œuvre qui, sans cela, porteraient atteinte au droit d'auteur.

Les six principales licences visent les types d'utilisations ci-après énumérés de l'œuvre, lesquels correspondent aux actes traditionnellement soumis à restrictions ou aux prérogatives réservées au titulaire du droit d'auteur². Les licences, de la plus restrictive à la moins restrictive, sont les suivantes :

a) Paternité, Pas d'utilisation commerciale, Pas d'œuvres dérivées
L'utilisateur peut reproduire et communiquer l'œuvre mais doit citer le nom de l'auteur ; il n'a pas le droit de l'utiliser à des fins commerciales ni le droit de créer des œuvres dérivées (adaptations, traductions, autres transformations ou modifications). L'œuvre peut être attribuée non seulement à un auteur personne physique mais également à une personne morale.

b) Paternité, Pas d'œuvres dérivées
Comme sous a) mais les utilisations commerciales sont également permises.

c) Paternité, Pas d'utilisation commerciale, Partage à l'identique
Il n'y a aucune restriction quant à la création d'œuvres dérivées, mais toute licence accordée par le bénéficiaire de la licence précédente doit l'être aux mêmes conditions que la licence d'origine.

d) Paternité, Pas d'utilisation commerciale
Comme sous c) mais aucune obligation n'est imposée aux licenciés successifs le long de la chaîne.

e) Paternité, Partage à l'identique
Comme sous d) mais les utilisations commerciales sont permises.

f) Paternité
Aucune restriction sauf l'obligation de citer le nom de l'auteur.

En plus des six principales licences ci-dessus, CC propose *d'autres licences* pour des utilisations variées, allant du sampling aux utilisations par les pays en développement, ou dédiées au domaine public.

Les licences CC sont désormais disponibles dans une quarantaine de pays. Mais compte tenu des différences qui peuvent exister entre les législations nationales, on ne sait pas avec certitude si et dans quelle mesure les différentes applications nationales s'écartent des licences mères afin de se conformer au droit national applicable.

Comme on l'a déjà indiqué, les licences CC ne semblent pas faire de distinction entre les différents types d'ayants droit. Les auteurs individuels peuvent proposer des licences CC, comme le peuvent les employeurs ou d'autres personnes investies à titre originaire des droits d'auteur, ainsi que ceux qui détiennent des droits en vertu d'une cession consentie par le titulaire originaire des droits. Le statut social et/ou juridique du concédant peut influencer sur

² Voir également « Creative Commons Licenses », à l'adresse : <http://creativecommons.org/about/licenses/meet-the-licenses>

le type de licence choisi. Par exemple, on peut penser qu'un auteur indépendant souhaitera conserver davantage de contrôle qu'un universitaire salarié.

Les licences CC ne disent rien au sujet de la capacité de l'auteur ou de l'ayant droit à concéder une licence CC, mais il convient de rappeler que, selon le droit national de la plupart des pays, le titulaire du droit d'auteur ne peut accorder des licences CC que dans la mesure où il n'a pas déjà octroyé à un tiers l'ensemble ou une partie des droits exclusifs d'exploitation reconnus au titre du droit d'auteur (règle *nemo plus iuris*). Surtout, parmi ces « tiers » figurent les sociétés de gestion collective. Si la société de gestion exige de l'auteur qu'il lui fasse apport des droits exclusifs de communication, celui-ci ne pourra plus concéder une licence CC. (Cela semble être le cas même si la société de perception ne gère que les droits de communication puisque les licences CC ne distinguent pas les droits de reproduction des droits de communication.) Par ailleurs, il est à noter qu'au moins dans certains pays, les sociétés de gestion collective prévoient dans leurs statuts que l'auteur doit confier à la société la gestion de *l'ensemble* de ses œuvres. Si tel est le cas, l'auteur ne peut pas faire gérer certaines de ses œuvres par la société de perception tout en plaçant d'autres œuvres sous licence CC. Au contraire, le seul choix qui lui est laissé est soit de confier la gestion de l'ensemble de ses œuvres à la société de perception, soit de placer l'ensemble de ses œuvres sous licence CC.

Puisqu'une licence est un instrument contractuel, la formation de celle-ci, pour être valable, doit être conforme au droit national applicable. Les règles qui existent déjà en matière d'offre et d'acceptation, de représentation, de résiliation, etc. doivent donc être respectées. Le contenu des licences CC doit également respecter le droit d'auteur positif national applicable. Dans la mesure où les législations nationales sur le droit d'auteur peuvent différer les unes des autres notamment quant au respect du droit moral en général ou des différentes prérogatives de ce droit telles que le droit à la paternité ou le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre en particulier, mais également quant à l'étendue et à la mention des droits patrimoniaux pouvant être cédés par l'auteur, il pourrait en résulter d'importantes différences dans la portée et l'efficacité des licences CC. Par exemple, selon la loi nationale applicable, le concédant qui cherche à faire respecter ses droits de paternité et d'intégrité pourra, dans certains pays, invoquer à la fois le contrat et la loi nationale, tandis que, dans d'autres, seul le contrat pourra être invoqué pour faire respecter ces intérêts. Quant à l'efficacité d'une licence CC dans la pratique, voir ci-dessous.

Appréciation et évaluation

Pour procéder à une appréciation et évaluation adéquates des licences CC, il semble opportun d'aborder les différents points pertinents énumérés ci-dessous. Dans ce but, il sera fait référence, le cas échéant, à la question correspondante dans la rubrique FAQ (foire aux questions) du site Internet de Creative Commons : <http://creativecommons.org/faq>

1. Capacité juridique du concédant de la licence CC à conclure des contrats non CC par la suite

1.1 L'ayant droit peut-il, pendant la durée de validité d'une licence CC, accorder des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre pour un mode d'exploitation déjà autorisé dans le cadre de la licence CC ?

Il résulte de la règle *nemo plus iuris* que l'ayant droit qui s'est servi d'une licence CC pour la diffusion de son œuvre ne peut pas accorder de droits exclusifs au titre d'un quelconque mode d'exploitation déjà autorisé dans le cadre de la licence CC. En l'occurrence, l'ayant droit a uniquement la faculté, s'agissant de contrats non CC, de concéder des licences non exclusives qui sont sans incidence sur les licences CC déjà en place.

2. Paiement ou autre rémunération

2.1 Les licences CC prévoient-elles un paiement à l'ayant droit ?

Les licences CC ne disent rien au sujet de la rémunération de l'ayant droit. Le fait que la licence ne comporte aucun mécanisme de rémunération (ou autre paiement) ne veut pas forcément dire que l'auteur doit renoncer à toute rémunération. Par exemple, un auteur qui met à disposition son œuvre sur sa page web dans le cadre d'une licence CC peut, sur cette page web, demander un paiement en contrepartie des utilisations qu'il a autorisées. Mais il importe de souligner que cette demande ne sera pas intégrée dans les conditions de la licence ou dans les métadonnées y afférentes. Par conséquent, les utilisateurs ultérieurs risqueront de ne pas être au courant de cette demande de paiement. D'autre part, les utilisateurs, dès lors qu'ils ont la possibilité d'obtenir l'œuvre soit directement auprès de l'auteur contre paiement, soit auprès d'un tiers détenteur d'une licence CC sans paiement, risquent de préférer l'option non payante. Ainsi il serait souhaitable, lorsque l'auteur cherche à être rémunéré, que les licences CC prévoient un mécanisme de renvoi qui dirige l'utilisateur vers la page web de l'ayant droit, ou vers une société de gestion collective ou un autre destinataire pour obtenir la licence concernée contre paiement. A l'heure actuelle, toutefois, les licences CC ne prévoient pas de mécanisme de ce genre et il faut que les auteurs qui souhaitent être rémunérés en soient bien conscients.

L'analyse qui précède laisse à penser que la réponse donnée par Creative Commons à la question FAQ relative à la rémunération des auteurs (voir sous ³) risque d'être trop optimiste. Même si, d'un point de vue juridique, les auteurs conservent des droits non exclusifs qu'ils peuvent exploiter contre paiement, on peut penser que des tiers seraient peu enclins à payer s'ils savaient que d'autres avaient obtenu gratuitement la même licence.

3. Modalités et conditions

3.1 Que faut-il entendre par « non commercial » ?

Les différentes versions des licences CC n'indiquent pas ce qu'il faut entendre par utilisation (non) commerciale. Nous présumons qu'il en va de même pour toutes les versions

³ FAQ 1.11 Est-ce que je peux toujours gagner de l'argent avec mon œuvre mise à disposition sous licence(s) Creative Commons ?

Oui absolument. D'une part, le caractère non exclusif de nos licences fait que vous n'êtes pas obligé de mettre à disposition votre contenu uniquement dans le cadre d'une licence Creative Commons ; vous pouvez également conclure d'autres contrats d'exploitation de votre œuvre générateurs de revenus. L'un de nos principaux buts consiste à encourager les gens à expérimenter de nouveaux moyens de promouvoir et de commercialiser leurs œuvres.

D'autre part, l'option de la licence non commerciale est un outil innovant destiné à permettre aux gens d'optimiser la diffusion de leurs œuvres tout en conservant le contrôle des aspects commerciaux de leurs droits d'auteur. Il convient à cet égard de préciser un point qui est parfois mal compris : la condition de « l'utilisation non commerciale » ne s'applique pas à vous-même (concedant) mais uniquement à ceux qui utilisent votre œuvre. Si vous choisissez donc d'autoriser l'utilisation de votre œuvre dans le cadre d'une licence Creative Commons qui comporte l'option « pas d'utilisation commerciale », cette condition est imposée aux utilisateurs (licenciés). Mais vous-même, en votre qualité de créateur de l'œuvre et/ou de concedant de la licence, vous pouvez décider à tout moment de la commercialiser. Ceux qui souhaitent reproduire ou adapter votre œuvre « principalement pour obtenir un avantage pécuniaire ou dans un but lucratif » doivent obtenir au préalable une autorisation distincte de votre part.

nationales. Ainsi, en admettant même que la signification assez diffuse de la notion de (non) commerciale en langage courant soit peut-être voulue, cela n'aide pas à préciser la portée de la licence. Or, ce manque de précision risque de conduire, selon le cas, à de nombreux différends sur la question de savoir si tel ou tel utilisateur (potentiel) remplit les conditions pour obtenir une licence. Par exemple, le terme « non commercial » est-il synonyme de « non lucratif » ; ou encore d'utilisation par une administration ou entreprise publique financée par l'Etat ? Dans l'affirmative, les principaux utilisateurs non privés de nombreux types d'œuvres risquent en définitive de pouvoir exploiter les œuvres sous licence CC sans rémunérer leurs auteurs. Etant donné que l'organisme Creative Commons ne prévoit aucun organe de règlement de différends ni aucun mécanisme pour faire respecter les licences, il appartiendra aux juridictions nationales d'interpréter les licences pour déterminer le sens à donner à la notion d'utilisation « non commerciale ». Cela mènera indubitablement à des décisions divergentes et à des incertitudes quant à savoir ce qui peut rentrer dans le cadre de la licence. Plus important encore : si un auteur qui n'a autorisé que l'utilisation non commerciale de son œuvre dans le cadre d'une licence CC estime que tel ou tel utilisateur en a fait une utilisation commerciale, c'est à l'auteur qu'incombera la charge, en temps et en argent, de chercher réparation devant les tribunaux en cas d'utilisation contestée. Certes cette charge incomberait également à l'auteur dans le cas d'une licence traditionnelle, mais le fait est qu'une licence CC, si elle facilite la concession des droits, ne permet pas pour autant à l'auteur de mieux faire respecter ses droits.

3.2 Quelles sont les conséquences juridiques de l'absence de distinction faite par les licences CC entre le droit de reproduction et le droit de communication ?

Le fait que les licences CC ne font aucune distinction entre le droit de reproduction et le droit de communication risque de mettre l'auteur dans l'impossibilité de concéder l'un sans l'autre. Les options de licence ne prévoient pas, en tout cas, une telle distinction et il est peu probable qu'une réserve supplémentaire imposée par l'auteur puisse lier un utilisateur qui n'a pas obtenu l'œuvre directement de l'auteur. La difficulté de dissocier pratiquement ces deux droits risque d'entraîner des conséquences non voulues telles que l'impossibilité pour l'ayant droit d'autoriser la diffusion audio ou vidéo en continu sans permettre par la même occasion le téléchargement.

3.3 L'auteur peut-il protéger l'intégrité de l'œuvre ?

S'agissant d'une licence CC qui n'autorise pas la réalisation d'œuvres dérivées, toute violation de l'intégrité de l'œuvre de l'auteur constituera une utilisation abusive. Il n'est pas certain en revanche qu'un concédant qui, lui, a autorisé la création d'œuvres dérivées conservera la possibilité de faire valoir son droit au respect de l'œuvre. Toute violation de la licence entraînerait sa résiliation à l'égard du contrevenant, du moins théoriquement. Quant à savoir toutefois si cette résiliation serait efficace dans la pratique, on peut avoir des doutes⁴. Voir, pour une analyse plus détaillée, sous 4 – Résiliation et efficacité.

4. Résiliation et efficacité

4.1 L'auteur peut-il mettre fin à une licence CC ?

⁴ FAQ 1.23 Que se passe-t-il si quelqu'un fait un usage abusif de mon œuvre mise à disposition sous licence Creative Commons ?

Plusieurs options pour faire respecter [la résiliation de la licence en cas d'abus] vous sont ouvertes ; vous pouvez envisager de contacter l'intéressé et de lui demander de rectifier la situation et/ou vous pouvez envisager de faire appel à un avocat afin qu'il agisse en votre nom.

Une licence CC peut, du moins théoriquement, être résiliée, mais seulement dans certains cas comme celui de l'utilisation abusive de la licence par le licencié. Serait considérée comme une utilisation abusive, la diffusion de l'œuvre sans mention du nom de l'auteur ou la création non autorisée d'œuvres dérivées. Ce qui n'est pas clair c'est si la diffusion répétée par des utilisateurs de bonne foi dans le cadre de licences CC transmises par l'utilisateur contrevenant constituerait également un motif de résiliation. Par ailleurs, reste à savoir comment se ferait la résiliation dans un tel cas : de quel recours ou de quelles sanctions disposerait-on et comment les mettrait-on à exécution ? On peut douter de l'opportunité pour l'auteur de poursuivre chacun des utilisateurs tout au long de la chaîne.

Qu'en serait-il de l'auteur qui ne souhaitait plus mettre son œuvre à disposition dans le cadre d'une licence CC ou qui souhaitait en modifier les conditions, par exemple en excluant désormais du champ de la licence les œuvres dérivées après en avoir autorisé la création par le passé ? L'auteur peut certes cesser lui-même de mettre à disposition son œuvre sous licence CC ou proposer directement sur son site Internet une licence CC plus restreinte, mais il ne pourra probablement pas arrêter la diffusion de copies assorties des anciennes conditions de licence. Dans ce cas, on peut imaginer que soient simultanément applicables à une même œuvre des versions différentes de la licence CC.

Ces conséquences ont effectivement été envisagées : le site Internet de Creative Commons précise que les licences CC sont irrévocables⁵. Il en résulte que si l'auteur change d'avis et veut autoriser l'utilisation de l'œuvre sous d'autres conditions par la suite (ou s'il ne veut plus l'exploiter sous licence CC), les licences déjà accordées ne sont pas affectées. Pour les mêmes raisons, il ne semble guère possible que l'auteur puisse limiter la durée de la licence CC à une période plus courte que la durée du droit d'auteur.

⁵ FAQ 1.6 Et si je change d'avis ?

Les licences Creative Commons sont irrévocables. Par conséquent, vous ne pouvez pas empêcher quelqu'un qui a obtenu votre œuvre sous licence Creative Commons de l'utiliser dans les limites de cette licence. Vous pouvez cesser de diffuser votre œuvre sous licence Creative Commons à tout moment si vous le souhaitez, mais cette décision n'aura pas pour effet de retirer de la circulation les copies de votre œuvre qui existent déjà sous licence Creative Commons, qu'il s'agisse de copies inchangées, de copies incorporées dans des œuvres collectives et/ou d'adaptations de votre œuvre. Il importe donc de bien réfléchir lorsque vous choisissez une licence Creative Commons pour être sûr que vous voulez bien que les gens utilisent votre œuvre en respectant les conditions de la licence même si vous cessez par la suite de diffuser votre œuvre.