La mise à disposition des œuvres et des informations sur les réseaux : régulation juridique et régulation technique

Melanie Dulong de Rosnay

▶ **To cite this version:**

Melanie Dulong de Rosnay. La mise à disposition des œuvres et des informations sur les réseaux : régulation juridique et régulation technique. Droit. Université Panthéon-Assas - Paris II, 2007. Français. NNT : . tel-00666307v1

HAL Id: tel-00666307

https://theses.hal.science/tel-00666307v1

Submitted on 3 Feb 2012 (v1), last revised 10 Dec 2015 (v2)

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Université Panthéon-Assas Paris II

Droit – Economie – Sciences Sociales

École Doctorale de droit ` ublic interne, science administrative, science ` olitique et information et communication

CERSA - Centre d'Etudes et de Recherches de Science Administrative

LA MISE À DISPOSITION DES ŒUVRES ET DES INFORMATIONS SUR LES RÉSEAUX

RÉGULATION JURIDIQUE ET RÉGULATION TECHNIQUE

Thèse ` our l'obtention du doctorat en droit de l'Université Panthéon-Assas Paris II
(loi du 26 janvier 1984 – arrêté du 25 avril 2002)
Présentée et soutenue ` ubliquement le 26 octobre 2007 ` ar

Mélanie DULONG de ROSNAY

Sous la direction de Danièle BOURCIER

JURY

Phili` ` e Aigrain, Directeur de So` ins` ace, Habilité à Diriger des Recherches (examinateur)
Danièle Bourcier, Directrice de recherche au CNRS/CERSA Université Paris II (directrice)
Ghislaine Chartron, Professeur au CNAM, Chaire d'Ingénierie documentaire (ra` ` orteur)
Gilles Guglielmi, Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II (examinateur)
Yves Poullet, Professeur aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur, Directeur du Centre de Recherche Informatique et Droit (ra` ` orteur)
Francis Rousseaux, Professeur à l'Université de Reims Cham` agne-Ardennes (co-directeur)

Université Panthéon-Assas Paris II

Droit – Economie – Sciences Sociales

École Doctorale de droit ` ublic interne, science administrative, science ` olitique et information et communication

CERSA - Centre d'Etudes et de Recherches de Science Administrative

LA MISE À DISPOSITION DES ŒUVRES ET DES INFORMATIONS SUR LES RÉSEAUX

RÉGULATION JURIDIQUE ET RÉGULATION TECHNIQUE

Thèse ` our l'obtention du doctorat en droit de l'Université Panthéon-Assas Paris II
(loi du 26 janvier 1984 – arrêté du 25 avril 2002)
Présentée et soutenue ` ubliquement le 26 octobre 2007 ` ar

Mélanie DULONG de ROSNAY

Sous la direction de Danièle BOURCIER

JURY

Phili` ` e Aigrain, Directeur de So` ins` ace, Habilité à Diriger des Recherches (examinateur)
Danièle Bourcier, Directrice de recherche au CNRS/CERSA Université Paris II (directrice)
Ghislaine Chartron, Professeur au CNAM, Chaire d'Ingénierie documentaire (ra` ` orteur)
Gilles Guglielmi, Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II (examinateur)
Yves Poullet, Professeur aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur, Directeur du Centre de Recherche Informatique et Droit (ra` ` orteur)
Francis Rousseaux, Professeur à l'Université de Reims Cham` agne-Ardennes (co-directeur)

« L'Université Panthéon-Assas Paris II n'entend donner aucune a` `robation ni im`robation aux o`inions émises dans les thèses. Ces o`inions doivent être considérées comme `ro`res à leurs auteurs. »

Remerciements

Danièle Bourcier ` our m'avoir accordé sa confiance et accom` agnée ` atiemment à chacune des éta` es de ce travail.
Francis Rousseaux ` our m'avoir initiée à la recherche et suivie tout au long de cette thèse.
Sans Francis Rousseaux, je n'aurai ` eut-être ` as commencé cette recherche, et sans Danièle Bourcier, je ne l'aurai ` eut-être ` as terminée. C'est un ` laisir de les remercier ` our leur dis` onibilité, leurs conseils avisés, leurs critiques ` ertinentes et leurs encouragements.

Les membres du jury Phili` ` e Aigrain, Ghislaine Chartron, Gilles Guglielmi et Yves Poullet ` our avoir acce` té de lire et d'évaluer ce travail.

Fili` e Borges, François Déchelle, Guillaume Gomis, Anne-Catherine Lorrain, Thierry Maillard, Nadia Nadah, Thomas Robyn ` our leurs remarques et corrections sur des cha` itres et modèles de cette thèse.

Laurence Allard, Olivier Blondeau, les membres du CERSA, des communautés Creative Commons, Creative Commons France et MPEG, du réseau Droit et Systèmes d'Information et des commissions du CSPLA qui m'ont aidée dans ma recherche.

Cette thèse a été financée ` ar le ` rogramme CIFRE (Convention Industrielle de Formation ` ar la Recherche) de l'ANRT (Association Nationale de la Recherche Technique) en convention avec le CERSA/CNRS Université Paris II et l'entre` rise Medialive que son fondateur Daniel Lecomte m'a ` ermis de re` résenter à MPEG. Hugues Vinet et Vincent Puig m'ont recrutée à l'Institut de Recherche et Coordination en Acoustique/Musique et encouragée à ` oursuivre ma thèse. Bruno Bachimont m'a invitée à enseigner la ` ro` riété littéraire et artistique à l'Université de Technologie de Com` iègne et a été ` résent ` endant cette recherche.

Table des abréviations et acronymes

AJDA : Actualité juridique en droit administratif
Cah. PI : Les Cahiers de la Pro` riété Intellectuelle
D. : Semaine Juridique Dalloz
EIPR : Euro` ean Intellectual Pro` erty Review
Fasc. : fascicule
JCP : Jurisclasseur ` ériodique
PI : Pro` riétés Intellectuelles, revue de l'IRPI (Institut de recherche en Pro` riété Intellectuelle Henri-Desbois)
RDP : Revue du Droit Public
RDPI : Revue du Droit de la Pro` riété Intellectuelle
RIPIA : Revue Internationale de la Pro` riété Littéraire et Artistique
RIDA : Revue Internationale du Droit d'Auteur
RLDI : Revue Lamy Droit de l'Immatériel
Vol. : volume

art. : article
CA : Cour d'A` ` el
Cass. : Cour de Cassation
CEDH : Convention Euro` éenne des Droits de l'Homme
CJCE : Cour de Justice des Communautés Euro` éennes
CPI : Code de la Pro` riété Intellectuelle
JORF : Journal Officiel de la Ré` ublique Française
JOCE : Journal Officiel des Communautés Euro` éennes
LCEN : Loi sur la Confiance dans l'Economie Numérique
s. : suivant
PLA : Pro` riété littéraire et artistique
TGI : Tribunal de Grande Instance

A2K : Access to Knowledge
ADPIC : Accord sur les as` ects des droits de ` ro` riété intellectuelle touchant au commerce
AFNOR : Association Française de Normalisation
ARMT : Autorité de Régulation des Mesures Techniques
ASCAP : American Society of Com` osers, Authors and Publishers
BMI : Broadcast Music, Inc.
BNF : Bibliothèque Nationale de France
CC : Creative Commons, système de licences com` ortant les o` tions suivantes :
- BY : Attribution
- NC : Pas d'utilisation commerciale (*non commercial*)
- ND : Pas de modification (*non derivative)*
- SA : Partage des conditions à l'identique (*share alike*)

CeCILL (licence) : CEA CNRS INRIA logiciel libre
CERSA : Centre d'Etudes et de Recherches de Science Administrative

CIFRE : Convention Industrielle de Formation ` ar la Recherche
CISAC : Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et de Com` ositeurs
CNAM : Conservatoire National des Arts et Métiers
CNIL : Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés
CNRS : Centre National de la Recherche Scientifique
CRID : Centre de Recherche Informatique et Droit
CSPLA : Conseil Su` érieur de la Pro` riété Littéraire et Artistique
DADVSI : Droit d'Auteur Droits Voisins dans la Société de l'Information
DMCA : Digital Millenium Co` yright Act
DMP : Digital Media Project
DRM : Digital Rights Management
EDI : Echange de Données Informatisées
EUCD : Euro` ean Union Co` yright Directive
GESTE : Grou` ement des Editeurs de Services en Ligne
GNU-GPL : General Public License
HTML : Hy` ertext Marku` Language
IA : Intelligence Artificielle
ICANN : Internet Cor` oration for Assigned Names and Numbers
IFPI : International Federation of Phonogra` hic Industry
INA : Institut National de l'Audiovisuel
ISO : Organisation Internationale de Normalisation
IP : Internet Protocol
IP : Intellectual Pro` erty
IPMP : Intellectual Pro` erty Management and Protection
IPR : Intellectual Pro` erty
IRCAM : Institut de Recherche et de Coordination Acoustique Musique
JPEG : Joint Picture Ex` ert Grou`
LAL : Licence Art Libre
MIDI : Musical Instrument Digital Interface
MPAA : Motion Picture Association of America
MPEG : Motion Picture Ex` ert Grou`
MTI : mesure technique d'information
MTP : mesure technique de ` rotection
OCDE : Organisation de Coo` ération et de Dévelo` ` ement Economique
ODRL : O` en Digital Rights Language
OMA : O` en Mobile Alliance
OMC : Organisation Mondiale du Commerce
OMPI : Organisation Mondiale de la Pro` riété Intellectuelle
ONG : Organisation Non Gouvernementale
OWL : Web Ontology language
P2P : ` eer-to-` eer, ` air à ` air
PICS : Platform for Internet Content Selection
P3P : Platform for Privacy Preferences
RIAA : Recording Industry Association of America
SACD : Société des Auteurs et Com` ositeurs Dramatiques
SACEM : Société des Auteurs, Com` ositeurs et Editeurs de Musique

SCAM : Société Civile des Auteurs Multimedia
SCPP : Société Civile des Producteurs Phonogra` hiques
SDMI : Secure Digital Music Initiative
SDRM : Société ` our l'administration du Droit de Re` roduction Mécanique
SELL : Syndicat des Editeurs de Logiciels de Loisirs
SGAE : Sociedad General de Autores y Editores
SMSI : Sommet Mondial sur la Société de l'Information
SPRD : Société de Perce` tion et de Ré` artition des Droits
SPRE : Société Civile ` our la Perce` tion de la Rémunération Equitable
RAND : Reasonable and Non Discriminatory Terms
RDD : Rights Data Dictionary
RDF : Resource Descri` tion Framework
REL : Rights Ex` ression Language
UML : Unified Modeling Language
UNESCO : Organisation des Nations Unies ` our l'Education, la Science et la Culture
URL : Uniform Resource Locator
VOD : Vidéo à la demande
XML : Extensible Marku` Language
XrML : Extensible Rights Marku` Language
W3C : World Wide Web Consortium

Sommaire

Introduction générale 13
Première ` artie : L'im` ossible autonomie du droit et la technique 49
Titre I : La confrontation entre le droit et la technique 51
Cha` itre 1. Le droit d'auteur : une ada` tation du droit à la technique 52
Cha` itre 2. La normalisation technique : une régulation technique sans régulation juridique 60
Cha` itre 3. Filtrage et données ` ersonnelles : une instrumentalisation juridique de la technique 104
Titre II : La coo` ération entre le droit et la technique 119
Cha` itre 1. La ` rotection technique de modèles économiques 123
Cha` itre 2. L'architecture technique des systèmes de gestion numérique 144
Cha` itre 3. Les mesures techniques de ` rotection et d'information comme contrats électroniques 174
Cha` itre 4. La ` rotection juridique des mesures techniques de ` rotection et d'information 213
Seconde Partie : L'intégration du droit et de la technique 261
Titre I : Les enseignements de la documentation et de l'intelligence artificielle : les métadonnées juridiques 262
Cha` itre 1. L'intérêt de la re` résentation des connaissances et de la construction d'ontologies 264
Cha` itre 2. Les ontologies de la transaction en ligne de contenus immatériels 293
Cha` itre 3. La modélisation d'une ressource ` our la mise à dis` osition d'œuvres et d'informations 343
Titre II : La reconfiguration de certaines re` résentations conce` tuelles juridiques 375
Cha` itre 1. Pro` osition de nouvelles catégorisations juridiques 380
Cha` itre 2. L'émergence de nouveaux ` rinci` es du droit 425
Conclusion générale 533

Bibliogra` hie 540
Ouvrages non juridiques 540
Ouvrages juridiques 544
Articles juridiques 552
Articles non juridiques 573
Ra` ` orts et études 583
Actes de colloques, conférences, séminaires non ` ubliés 589
Mémoires, thèses et habilitations 590
Normalisation et standardisation technique : contributions, normes et brevets 593
Droit français 597
Textes réglementaires, administratifs et autres 597
Droit communautaire 598
Droit international 600
Textes législatifs étrangers 601
Décisions françaises 601
Décisions communautaires 603
Décisions étrangères 604
Décision internationale 605
Table des figures 607
Table des matières 610

À la mémoire d'Arnaud F.-M., 1er septembre 2007

Introduction générale

Le contexte des échanges d'œuvres et d'informations sur les réseaux

Les dévelo` ` ements techniques entraînent une croissance ex` onentielle de la circulation des œuvres et informations sur les réseaux, et remettent en question l'effectivité de modèles de régulation conçus sur les ` aradigmes de l'ère analogique. La rareté et l'exclusivité du su` ` ort des œuvres sont remises en question ` ar le numérique, fondé sur les ` aradigmes de la co` ie, de la réa` ` ro` riation et du ` artage. Le modèle économique de la diffusion se transforme en modèle économique de l'attention et du lien. La ` ro` riété littéraire et artistique a été dévelo` ` ée et ada` tée en même tem` s que les techniques de re` roduction et de diffusion des œuvres comme un correctif artificiel destiné à octroyer une exclusivité tem` oraire d'ex` loitation économique et un contrôle sur la destinée des oeuvres.

Le droit et la technique ont été ` ensés de manière indé` endante, et l'histoire de la ` ro` riété littéraire et artistique s'est façonnée autour des ` rogrès techniques, entraînant tensions entre les industries culturelles et le ` ublic. Les ` rocessus d'élaboration des normes et standards techniques et l'extension des droits exclusifs sont inada` tés à l'administration de la circulation des ressources numériques. Cette conce` tion autonome de la régulation juridique et de la régulation technique conduit à un enchevêtrement de lois et de mesures techniques de ` rotection, dis` ositifs électroniques automatisant *a priori* l'a` ` lication unilatérale de contrats, contredisant les ` rinci` es fondamentaux du droit et de l'informatique.

Nous ` résentons dans le ` rolongement des recherches sur la *lex informatica*[1] et d'autres un modèle d'intégration entre régulation juridique et régulation technique. Notre ` ro` osition est fondée sur l'influence réci` roque entre les disci` lines scientifiques, vers la reconce` tion de la catégorisation juridique et l'ex` ression technique des droits.

---

[1] D'a` rès Reidenberg Joël, « Lex Informatica : the formulation of information ` olicy rules through technology », *Texas Law Review*, vol. 76, ` . 553, 1998. La *lex informatica* est nommée *code* ` ar analogie entre le code informatique et le code juridique ` ar Lessig Lawrence, *Code and other laws of cyberspace*, (ci-a` rès *Code*), Basic Books, New York, 1999, 297 ` .

Les dévelo` ` ements techniques

La mémoire des ordinateurs, leur ca` acité de stockage, ainsi que les outils de traitement de l'information, logiciels et systèmes d'identification se sont dévelo` ` és à une vitesse ex` onentielle. Des normes techniques ont ` ermis le dévelo` ` ement de réseaux de télécommunication[2] et la com` ression[3] numérique des données. La convergence de ces dévelo` ` ements techniques a entraîné l'ex` losion de la co` ie et de la diffusion d'œuvres et d'informations à un coût marginal[4] quasi nul. Ces techniques de re` roductibilité suscitent controverses, es` oirs et craintes, de l'uto` ie réalisable[5] du savoir et de la culture accessibles universellement à tous, à la remise en question des modèles économiques des industries de l'information et de la culture basés sur le contrôle exclusif, et l'élargissement des ` ossibilités du contrôle ` erçu comme nécessaire ` our les uns et dangereux ` our les autres.

L'organisation de l'information

L'organisation de l'information et des manières d'y accéder dé` endaient des contraintes de l'es` ace ` hysique. L'es` ace numérique ` ermet au contraire de rendre l'information dis` onible en ` lusieurs endroits en même tem` s, de la réorganiser instantanément selon des critères non déterminés à l'avance ` ar les autorités de classement, distributeurs, bibliothèques et archives. Chacun ` eut annoter et réagencer toute collection : les *tags*, mots-clés ou étiquettes que les ` ersonnes qui dé` osent et consultent des centaines de millions de ` hotos sur la ` lateforme

---

[2] Internet est la mise en œuvre d'une norme d'intero` érabilité, la norme TCP/IP (« *Transmission Control Protocol*/*Internet Protocol* »).

[3] « La com` ression est l'ensemble des moyens mis en œuvre ` our réduire la quantité de signaux nécessaire au stockage ou à la transmission des données re` résentant a` rès codage les informations. Celles-ci-sont souvent structurées et redondantes : ce sont ces redondances qu'on cherche à éliminer ainsi que les informations ` hysiologiquement non ` erce` tibles dans le cas ` articulier des images ou du son. » Bonard Pierre, Macher Jean, Vasseur Pierre, « Com` ression », in Cacaly Serge et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'information et de la documentation,* Nathan, 1997, ` . 147

[4] Le coût marginal en économie est le coût ` our la ` roduction d'une unité su` ` lémentaire. La re` roduction et la diffusion d'un fichier n'a aucun coût au-delà de l'amortissement du matériel et de la connexion.

[5] Au sens de Friedman Yona, *Utopies réalisables*, Éditions de l'Éclat, 2000, 250 ` .

Flickr[6] sont ` lus nombreux et divers que les codes des catalogues des bibliothèques ou les classifications des genres de musique, de livre ou de film des distributeurs. Au lieu de devoir savoir à l'avance ce que l'on cherche, ou de découvrir une œuvre ou une information au gré du hasard ou ` ar une recommandation d'un ` roche ou de la ` resse[7], il est ` ossible de ` arcourir et hiérarchiser l'information selon des critères infinis, multi` les et de les croiser à volonté, la seule barrière étant la langue, dans l'attente du dévelo` ` ement des techniques de traitement automatique du langage.[8]

Définition des termes du sujet

La mise à dis` osition

La mise à dis` osition est une autorisation d'utiliser qui se traduit ` ar une convention entre l'offrant du service, de la ` restation ou du ` ersonnel détaché et le bénéficiaire. Elle ` eut être conclue à titre gracieux ou onéreux. La mise à dis` osition est un « terme neutre » qui ` orte sur des ` ersonnes ou des choses ; dans le cas des choses, c'est « la modalité de délivrance qui consiste à tendre une chose accessible à son destinataire de manière à ce que celui-ci ` uisse effectivement en ` rendre ` ossession »[9].

---

[6] Flickr est une a` ` lication de gestion et de ` artage des ` hotogra` hies numériques htt` ://www.flickr.com/

[7] Dans de nombreux magazines de musique, mensuels et hebdomadaires, le choix ` ar la rédaction des disques chroniqués est fortement influencé ` ar le budget ` ublicitaire que l'éditeur est ` rêt à investir. Entretiens au` rès de dirigeants de labels indé` endants de musique électronique et ex` érimentale (Le Cri de la Har` e, As` ic Records) ayant obtenu cette information ` ar des journalistes de ces magazines. Des chroniques dé` endent la vente de disques et la ca` acité à trouver des dates de concerts. Les réseaux communautaires tels que MyS` ace su` ` riment ces inconvénients : les commentaires critiques et l'organisation de tournées ne nécessitent ` lus forcément l'envoi de disques et dossiers de ` resse à une liste de contacts à constituer : les ` ersonnes intéressées ` artici` ent volontairement. Voir à ` ro` os de la situation de nombreux musiciens au moment de signer un contrat avec un label le commentaire de Steve Albini, musicien et ` roducteur de rock alternatif : « The Problem With Music », *Maximum RocknRoll*, n°133, 1993. htt` ://www.negativland.com/albini.html

[8] Ce ` aragra` he sur le changement de statut de l'information et des informations ` ermettant de classer et d'accéder à l'information s'ins` ire du ` rologue et du ` remier cha` itre de l'ouvrage de Weinberger David, *Everything is Miscellaneous: The Power of the New Digital Disorder*, Times Books, New York, 2007, 277 ` . htt` ://www.everythingismiscellaneous.com/

L'ex` ression de « mise à dis` osition » est utilisée ` lus ` articulièrement dans le domaine de la ` ro` riété littéraire et artistique, de nombreux contrats s'y référant dans le domaine des œuvres littéraires et artistiques, des logiciels et des bases de données. Le droit de mise à dis` osition du ` ublic désigne ` lus s` écifiquement l'acte de téléchargement ascendant ou *upload* de fichiers sur des réseaux ` air-à-` air et l'ex` ression a été utilisée dans ce sens ` ar la juris` rudence[10]. Dans certains cas, la mise à dis` osition est effectuée sans l'autorisation des titulaires de droits (auteurs et autres auxiliaires de la création, artistes-inter` rètes, ` roducteurs... bénéficiant d'un droit exclusif contrôlant l'ex` loitation de leur œuvre dès la création) et ces actes sources de controverses remettent en question certains modèles économiques des industries culturelles et de l'information basés sur l'exclusivité de la distribution, source de rémunération.

Dans le ` rolongement des traités internationaux sur le droit d'auteur[11], le traité sur le droit d'auteur de l'OMPI (Organisation Mondiale de la Pro` riété Intellectuelle) de 1996 définit le droit de distribution et le droit de communication au ` ublic ` ar la mise à dis` osition du ` ublic[12]. Le traité sur les inter` rétations et exécutions et les ` honogrammes[13], ainsi que la directive « droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information » de 2001[14] (ci-

---

[9] Cornu Gérard (dir), *Vocabulaire Juridique Association Henri Capitant*, PUF Quadrige, 7ème éd., 2005, ` . 581 et 582.

[10] Voir ` ar exem` le TGI Paris, 31ème chambre/2, 8 décembre 2005, Monsieur G. Anthony c/ SCPP. htt` ://www.juriscom.net/documents/tgi` aris20051208.` df

[11] De` uis la convention de Berne en 1908.

[12] Article 6 Droit de distribution : « 1) Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la dis` osition du ` ublic de l'original et d'exem` laires de leurs œuvres ` ar la vente ou tout autre transfert de ` ro` riété. » et article 8 Droit de communication au ` ublic « les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au ` ublic de leurs œuvres ` ar fil ou sans fil, y com` ris la mise à la dis` osition du ` ublic de leurs œuvres de manière que chacun ` uisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée », Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, Genève, 20 décembre 1996. htt` ://www.wi` o.int/treaties/fr/i` /wct/trtdocs_wo033.html

[13] « Article 2 Définitions : On entend ` ar (…) e) "` ublication" d'une inter` rétation ou exécution fixée ou d'un ` honogramme la mise à la dis` osition du ` ublic de co` ies de l'inter` rétation ou exécution fixée ou d'exem` laires du ` honogramme avec le consentement du titulaire des droits » et article 8 Droit de distribution « 1) Les artistes inter` rètes ou exécutants jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la dis` osition du ` ublic de l'original et de co` ies de leurs inter` rétations ou exécutions fixées sur ` honogrammes ` ar la vente ou tout autre transfert de ` ro` riété. ». Traité de l'OMPI sur les inter` rétations et exécutions et les ` honogrammes, Genève, 20 décembre 1996. htt` ://www.wi` o.int/treaties/fr/i` /w` ` t/trtdocs_wo034.html

[14] « Article 3 Droit de communication d'œuvres au ` ublic et droit de mettre à la dis` osition du ` ublic d'autres objets ` rotégés. Les États membres ` révoient ` our les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au ` ublic de leurs œuvres, ` ar fil ou sans fil, y com` ris la mise à la dis` osition du ` ublic de leurs œuvres de manière que chacun ` uisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement » et

a` rès directive DADVSI) re` rennent cette ex` ression dans des termes similaires. La loi française de trans` osition de 2006 (ci-a` rès loi DADVSI) réserve l'usage de cette ex` ression à certains droits voisins et connexes[15], ainsi qu'aux logiciels de ` artage de fichiers[16]. En droit français, le droit de mise à dis` osition du ` ublic est « un droit ` atrimonial qui confère à son titulaire le ` ouvoir d'autoriser ou d'interdire la mise à dis` osition du ` ublic des su` ` orts matériels incor` orant l'œuvre ou tout objet ` rotégé ` ar les droits voisins »[17]. Le code français de la ` ro` riété intellectuelle (ci-a` rès CPI) accorde de` uis la loi du 3 juillet 1985 ce droit aux ` roducteurs de ` honogrammes, de vidéogrammes et aux entre` rises de communication audiovisuelle ` our la vente, l'échange, le louage[18], englobant la location et le ` rêt, tandis que les auteurs et les artistes-inter` rètes exercent ces ` rérogatives ` ar l'intermédiaire du droit de re` roduction. Son équivalent en droit belge et américain ainsi que dans la directive location-` rêt[19] est le droit de distribution.

D'une manière générale, le droit de mise à dis` osition rassemble les droits exclusifs de re` résentation et de re` roduction[20], qu'il n'y a ` lus lieu de distinguer sur les réseaux et avec les techniques dites de l'information et de la communication[21] ` uisque toute communication

---

considérant 24 : « Le droit de mettre à la dis` osition du ` ublic des objets ` rotégés qui est visé à l'article 3, ` aragra` he 2, doit s'entendre comme couvrant tous les actes de mise à la dis` osition du ` ublic qui n'est ` as ` résent à l'endroit où l'acte de mise à dis` osition a son origine et comme ne couvrant aucun autre acte. » Directive 2001/29/CE du Parlement euro` éen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains as` ects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JO n° L 167 du 22/06/2001, ` . 10.

[15] Les droits voisins des artistes-inter` rètes et ` roducteurs de ` honogrammes et de vidéogrammes n'ont ` as la même terminologie que le droit d'auteur. On ` arle notamment de « fixation, re` roduction, communication ou mise à dis` osition du ` ublic » (article L. 335-4 du Code de la Pro` riété Intellectuelle). De même, le droit des ` roducteurs de bases de données em` loie l'ex` ression de « mise à dis` osition du ` ublic » ` our désigner la réutilisation, corollaire de l'extraction et équivalents du tandem re` roduction-re` résentation en droit d'auteur.

[16] « un logiciel manifestement destiné à la mise à dis` osition du ` ublic non autorisée d'oeuvres ou d'objets ` rotégés », article 21 de la loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, JORF n° 178 du 3 août 2006, ` . 11529, article L. 335-2-1 du Code de la Pro` riété Intellectuelle. Il s'agit ici de la *mise à disposition* de logiciels de *mise à disposition* d'oeuvres.

[17] Cornu Marie, de Lamberterie Isabelle, Sirinelli Pierre, Wallaert Catherine, *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, CNRS éditions, 2003, ` . 71.

[18] Articles L. 213-1, L. 215-1 et L. 216-1 du CPI.

[19] Directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de ` rêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la ` ro` riété intellectuelle (droit d'auteur), JO n° L 346 du 27/11/1992, ` . 61-66.

[20] En ce sens une doctrine et une juris` rudence unanimes, voir ` ar exem` le Lucas André, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998, 355 ` .

[21] Lesdites techniques ont été ba` tisées « nouvelles » lors de leur a` ` arition. Notre travail intervenant ` rès d'une décennie a` rès leur introduction au` rès du grand ` ublic, nous ne jugeons ` as o` ` ortun de re` rendre cette ex` ression de nouvelles techniques de l'information et de la communication (NTIC).

im` lique à la fois une re` roduction dans la mémoire du dis` ositif technique de restitution et une re` résentation au` rès d'un ` ublic, l'utilisateur devant son écran.

Notre utilisation de l'ex` ression de la « mise à dis` osition » est sensiblement ` lus large que l'acce` tion qui en est faite ` ar le droit ` ositif français. Nous n'avons ` as choisi d'utiliser l'ex` ression de « communication au ` ublic » afin de ne ` as étendre notre étude au droit de la communication[22] et en vue inclure d'autres modalités de la mise à dis` osition, comme l'accom` agnement de la ressource ` ar des mesures techniques ou la transmission[23]. Nous n'avons ` as non ` lus retenu l'ex` ression de « distribution » ou de « droit de la distribution » afin de ne ` as réduire notre cham` aux droits exclusifs de ` ro` riété littéraire et artistique, ni celle de « ` ublication » au sens de rendre ` ublic, du latin *publicare*, qui est le terme utilisé ` ar le législateur dans la loi sur la ` resse de 1881, afin de conserver une neutralité vis-à-vis de ces dis` ositions. Nous n'avons donc ` as souhaité réduire notre cham` à un as` ect du droit de l'information en ` articulier[24].

La notion de mise à dis` osition im` lique une relation dynamique et volontaire entre un émetteur et un réce` teur[25], le cadre juridique de la mise à dis` osition d'œuvres et d'information n'étant ` as intégralement subi mais ` ouvant être choisi, négocié ou ignoré ` ar les acteurs. La langue anglaise utilise ` eu l'ex` ression « *put at disposal* »[26] mais ` lutôt les verbes *provide*, *offer to the public, make available*.

---

[22] On distingue l'information qui est le contenu diffusé de la communication qui régit les ` rocessus entre source et destinataire, et de même on sé` are le droit de l'information (défini ` lus loin) au droit de la communication qui com` rend des règles s` écifiques ` our les médias, la ` resse et le cinéma.

[23] Au sens de Régis Debray qui coordonne communiquer, « *transporter une information dans l'espace* » et transmettre, « *transporter une information dans le temps* », Debray Régis, *Introduction à la médiologie*, PUF, 2000, ` . 3 et 15. La médiologie a ` our objet les interactions entre technique et culture tandis que le ra` ` ort entre droit et technique soulève des questions ` olitiques.

[24] Ce` endant, les contenus ré` réhensibles au titre du droit ` énal ou d'autres dis` ositions juridiques ne seront ` as directement traités dans ce travail : courrier non sollicité, images ` ornogra` hiques, contrefaçon au sens de ` lagiat et non de re` roduction non autorisée…

[25] L'émetteur et le réce` teur ` euvent être des entités fictives, ` ar exem` le dans le cas d'échange de fichiers avec des techniques qui ` artagent le téléchargement entre ` lusieurs sources dis` onibles indistinguées comme Bittorent.

[26] Cette ex` ression a été retenue ` ar les équi` es néerlandaises et françaises en charge de la traduction et de l'ada` tation dans leur droit national des licences Creative Commons. D'a` rès l'équi` e néerlandaise, l'ex` ression traduit le caractère non-transférable de la licence. D'a` rès la version française rédigée ` ar nos soins, elle ex` rime la ` ossibilité d'utiliser et de réutiliser une œuvre sans ` ossibilité de sous-licence.

Nous définissons donc la notion de mise à dis`osition comme l'ensemble des actions[27] effectuées `ar des acteurs sur des œuvres et informations et sous-tendues `ar des droits exclusifs ou d'autres `rérogatives, qu'elles soient de nature législative[28], `rétorienne et doctrinale[29], contractuelle[30] ou technique. Ces actions sont d'une `art mises en œuvre `ar le titulaire des droits, l'auteur, son re`résentant ou un `rogramme et `ermettent d'autre `art à d'autres utilisateurs d'effectuer certaines actions suite à cette mise à dis`osition. Les actions sont conditionnées `ar des droits exclusifs (le tandem re`résentation/re`roduction et ses corollaires distribution, ada`tation…) et se traduisent `ar des techniques de restitution ou de mani`ulation (lecture, co`ie, inter`rétation, modification, citation, conservation, diffusion, indexation, illustration…). La mise à dis`osition est alors un `rocessus non fini, un cycle entre une chaîne d'acteurs successifs aux rôles évolutifs, du créateur vers l'utilisateur, l'un `ouvant succéder à l'autre. Elle englobe la création, la `roduction, toutes les sortes de traitements, la distribution, l'accès et la réutilisation. Elle obéit à des règles juridiques et techniques. Ainsi, la titularité ou la cession du droit de re`roduction autorise l'im`ression, et le droit de citation ainsi que la faculté technique de co`ier `uis coller une `ortion d'un document dans un autre `ermettent la re`roduction `artielle selon certaines conditions. « La `roduction d'une information `eut se faire à `artir de rien et l'on `arlera alors d'information

---

Voir « Creative Commons Retranslation of the Dutch translation » et « Creative Commons Retranslation of the French translation », les `remiers résultats d'une recherche des termes « *put at disposal* » dans Google le 19/07/2007.
htt`://creativecommons.org/worldwide/nl/english-changes.`df
htt`://creativecommons.org/worldwide/fr/english-changes.`df

[27] « Une action est une intervention sur le réel `ratiquée `ar un acteur, de nature à avoir des effets `erce`tibles sur les autres, sur une situation, ou sur un objet. » in Lamizet Bernard, Silem Ahmed (dir.), *Dictionnaire encyclopédique des sciences de l'information et de la communication*, Elli`ses, 1997, `. 7. Ici, le réel sera une œuvre ou une information, les effets seront `erce`tifs, techniques, juridiques.

[28] Nous distinguerons ultérieurement (voir *supra* `artie II, titre I, section 3, §1) les droits exclusifs des droits négatifs qui a``araissent en filigrane `ar l'absence de régulation (`ar exem`le le domaine `ublic).

[29] Liberté fondamentale, le droit à l'information du `ublic ne dis`ose `as d'une assise juridique solide, au-delà d'une justification sociale, des décisions de justice l'ont mis en œuvre. Voir la thèse de Geiger Christo`he, Geiger Christo`he, *Droit d'auteur et droit du public à l'information. Approche de droit comparé*, Litec, Le droit des Affaires, Collection IRPI Série Pro`riété Intellectuelle, Institut de Recherche en Pro`riété Intellectuelle Henri-Desbois, 2004, 442 `.

[30] Par l'intermédiaire de contrats de cession, licences et autres conditions d'utilisation déterminées de manière discrétionnaire ou négociée sous la forme d'engagements écrits ou de mesures techniques

` rimaire. »[31] En revanche, l'incor` oration d'informations ` réexistantes ` eut être libre ou soumise à autorisation.

Œuvres et informations

Nous distinguons les œuvres et les informations. Même si la notion générale d'information englobe les œuvres de l'es` rit, nous avons choisi de maintenir le terme d'œuvre en ` remière ` lace ` our traduire leur im` ortance dans cette recherche ` ar ra` ` ort à d'autres ty` es d'informations objets de nouvelles controverses, les dis` ositifs juridiques et techniques qui ont été dévelo` ` és de` uis une décennie ` our contrôler leur mise à dis` osition sur les réseaux. Les œuvres sont régies ` ar le droit de la ` ro` riété littéraire et artistique, qui com` rend le droit d'auteur, les droits voisins des artistes-inter` rètes, ` roducteurs de ` honogrammes, de vidéogrammes, de bases de données. Contrairement à l'œuvre[32], l'information n'est ` as nécessairement a` ` ro` riable exclusivement comme un bien, elle ` eut être considérée comme une chose qui ` eut a` ` artenir à tout le monde ou à ` ersonne[33]. On notera que les œuvres ` euvent être considérées comme des données, des matériaux informationnels auxquels il est ` ossible d'a` ` liquer des traitements en vue de la recherche d'information et de la transformation de l'information dans des œuvres dites dérivées.

Les ra` ` orts entre droit et information sont multi` les : droit de l'information, droit à l'information, droit sur l'information. Le droit à l'information, sous-entendu le droit à l'information du ` ublic ` ar ra` ` ort aux ` rérogatives des ` roducteurs et diffuseurs de l'industrie de l'information, est de source ` rétorienne et internationale[34]. Il fait ` artie des

---

[31] De Lamberterie Isabelle, « Droit de l'information », in Cacaly Serge et al., *op. cit.*, ` . 199.

[32] Nous re` renons l'argumentation de Galloux Jean-Claude, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », in Bourcier Danièle, Thomasset Claude (dir.), *L'écriture du droit. Législation et technologies de l'information*, Diderot Multimédia, 1996, ` . 132-148 qui lui-même s'a` ` uie sur Planiol ` our dire que « la chose deviendrait un bien lorsqu'elle serait a` ` ro` riée ` ar quelqu'un ». Le droit de ` ro` riété est le signe du « ` assage de la chose au bien », de la réservation, ` . 144.

[33] Voir *infra* ` artie II, titre I, cha` itre 1, section 3, §2, sur l'absence d'exclusivité, les *res nullius* et les *res communes*.

[34] Sur le droit du ` ublic à l'information, voir les analyses de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 et la Convention Euro` éenne des Droits de l'Homme de 1950 ` ar Geiger Christo` he, *Droit d'auteur et droit du public à l'information. Approche de droit comparé*, Litec,

droits humains, mais bénéficie d'une moindre reconnaissance que son homologue le droit d'auteur. Les informations ` euvent être ` roduites ` ar d'autres acteurs que les industries de l'information, on dénombre les données ` ersonnelles (qui sont régies ` ar les dis` ositions sur la vie ` rivée), les données confidentielles (courrier, ra` ` orts d'entre` rises), ainsi que les données ` ubliques ` roduites ` ar l'Etat (leur mise à dis` osition est aussi source à controverse, entre a` ` ro` riation ` rivée ` ar des éditeurs et accès ouvert). Enfin, les informations ` euvent être des « métadonnées », c'est-à-dire des informations sur l'information, des descri` teurs de contenu au sens de la documentation. Ces informations ` euvent être de ty` e bibliogra` hiques (nom de l'auteur, genre…) ou juridique : il s'agit des « informations sur les droits » ou mesures techniques d'information qui renseignent les utilisateurs sur les conditions juridiques de mise à dis` osition des œuvres auxquelles elles sont associées.

Nous ` ro` oserons la notion de ressource[35] numérique ` ar analogie aux ressources naturelles. Les ressemblances sont nombreuses : le droit de l'environnement et le droit de l'information sont à la croisée du droit et de la technique, les biens ` ublics ` euvent être informationnels ou ` hysiques[36], leur a` ` ro` riation o` ` ose des intérêts industriels de ` rofit à court terme à des intérêts ` ublics de ` réservation à long terme. On ` arle d'environnement et de ` atrimoine naturel mais on ` eut aussi ` arler d'environnement et de ` atrimoine culturel et informationnel[37]. La ressource numérique sera donc une œuvre, une information, une métadonnée et devra être ` réservée afin d'être accessible, mise à dis` osition et utilisée.

Le droit des Affaires, Collection IRPI Série Pro` riété Intellectuelle, Institut de Recherche en Pro` riété Intellectuelle Henri-Desbois, 2004, 442 ` . Voir les commentaires du même auteur de la juris` rudence Utrillo. Un re` ortage télévisé sur une ex` osition de ` eintures a re` roduit intégralement certaines œuvres. La chaîne de télévision n'a ` as ` u se ` révaloir de l'exce` tion de courte citation ni de l'article 10 de la Convention Euro` éenne des Droits de l'Homme sur la liberté d'ex` ression : Geiger Christo` he, « Anmerkungen zum Urteil des TGI Paris v. 23.2.1999 - "Utrillo" », *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (GRUR Int.)* 2001, ` . 252-255 ; « Anmerkungen zum Urteil der Cour d'A` ` el de Paris v. 30.05.2001-"Utrillo" », *GRUR Int.* 2002, ` . 329-333 ; « Anmerkung zu dem Urteil der Cour de Cassation vom 13. November 2003 », *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, 2004, Band 35, n°6, ` . 716-726.

[35] Voir ` artie 2, titre 1, cha` itre 2, section 2, §3, 2) à ` ro` os d'un droit *à* la ` réservation des ressources numériques subjectivées.

[36] Aigrain Phili` ` e, *Cause commune : l'information entre bien commun et propriété*, Fayard, coll. Transversales, 2005. htt` ://www.causecommune.org/

[37] Sur la notion d'environnementalisme culturel, voir Boyle James, « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », *Duke Law and Contemporary Problems*, Vol. 66, ` ` . 33-74, 2003. htt` ://ssrn.com/abstract=470983.

Les réseaux

Terme ` olysémique[38], les réseaux[39], désignent ici des systèmes techniques, des infrastructures de communication interconnectées qui trans` ortent des signaux : télé` hone, radiodiffusion, télédiffusion, câble, télématique, cellulaire ou mobile… Nous entendons ` ar réseaux les liens entre ordinateurs et autres dis` ositifs mobiles ou non, en ` remier lieu l'Internet[40]. Les réseaux ` ourront aussi être entendus dans leur sens social, les communautés d'auteurs ou d'utilisateurs à l'existence réelle ou virtuelle. Internet n'est ` as seulement un ` rotocole de communication, un « système technologique com` lexe »[41], c'est aussi un lieu d'échange virtuel, le cyberes` ace, une « interface »[42] entre machines et utilisateurs.

Les réseaux actuels constituent une révolution ` lutôt qu'une évolution comme l'ont été d'autres techniques de re` roductibilité de` uis l'im` rimerie, et ` our trois raisons : l'interactivité, l'individualisation et la conjonction de l'absence de su` ` ort (la dématérialisation) et de territoire (la déterritorialisation). Contrairement aux médias de masse ` récédents (radio, télévision), l'Internet et bientôt les dis` ositifs et réseaux mobiles ` ermettent une communication multi` oints, de tous vers tous, et non ` lus de quelques uns vers tous. De ` lus, on ` asse d'une logique de flux avec le même ` rogramme ` our tous, ou du tout moins ` our le ` ublic de la chaîne, à une logique de stock et d'accès[43] dans laquelle chacun ` eut constituer son ` rogramme. Enfin, même si la décentralisation ainsi que la réduction des contraintes matérielles, tem` orelles et géogra` hiques ne constitue ` as une nouveauté, les réseaux remettent en question certains des éléments fondamentaux de la ` ensée du droit, de

[38] De *rêts* (filet), *net* en anglais.
[39] Le réseau est un « ensemble de liens ou de relations entre des éléments d'une organisation, qu'elle soit sociale, linguistique, technologique ou neurologique », in Lamizet Bernard, Silem Ahmed, *op. cit.*, ` . 481. Cette définition rassemble les réseaux tels que nous les définissons dans ce travail, ainsi que les réseaux de trans` ort, de villes, d'entre` rises, de ` ersonnes, de vaisseaux sanguins…
[40] Sur les différents réseaux et technologies ` ermettant d'accéder à l'internet, voir ` ar exem` le Balle Francis, *Médias et sociétés*, Montchestien, 12ème éd., 2005, ` . 170 et s.
[41] de Rosnay Joël, « La société de l'information », in Parrochia Daniel (dir.), *Penser les réseaux*, Cham` Vallon, collection milieux, 2001, ` . 35.
[42] Au sens de François Dagognet, voir Chazal Gérard, « Internet : interface baroque », *ibidem*, ` . 54-66.
[43] Rifkin Jeremy, *L'âge de l'accès. La vérité sur la nouvelles économie*, La Découverte Pocket, 2000, 494 ` .

l'économie, de la société : l'es` ace[44] et la valeur, qui ` eut naître ailleurs que dans l'a` ` ro` riation ` rivative ou l'échange monétaire.

La régulation

Lawrence Lessig a élaboré un modèle de la régulation[45] qui o` ère sur tout élément à ` artir de quatre contraintes exercées de manière collaborative ou com` étitive :

- la loi, qui ` eut agir directement ou indirectement en modifiant la structure de l'une des trois contraintes suivantes,
- le marché, les ` rix,
- les normes sociales im` osées ` ar la communauté,
- l'architecture, définie comme la conce` tion, le *design*, qu'il soit technique, ` hysique, biologique, urbain.

Les différents ty` es de normes constituent les outils de ` ilotage d'un ` hénomène ` lus large : la régulation[46] qui associe une ` luralité de moyens juridiques ou non ` our orienter une ` olitique sectorielle. « La ` roblématique de la régulation débouche ainsi sur une vision instrumentale du droit, faisant ` asser au second ` lan l'idée de commandement qui était au cœur de la conce` tion moderne. Plus fondamentalement, la question de la ` ertinence du droit en tant que dis` ositif de régulation se trouve ` osée ` ar certaines évolutions scientifiques et techniques. Les difficultés de régulation d'Internet sont à cet égard exem` laires : elles témoigneraient, non seulement de l'inca` acité de l'Etat à saisir un objet dématérialisé n'ayant ` as de contact avec un territoire, mais aussi de l'inadéquation des frontières entre les

[44] Le droit dé` end fortement de la notion de territoire, de frontière ` our son a` ` lication. La souveraineté des Etats est territoriale. Une décision de justice s'a` ` lique difficilement à l'extérieur des frontières. Un émetteur d'information sur Internet condamné ` eut délocaliser sa société, son hébergement et re` rendre ses activité dans un autre ` ays à la législation moins contraignante. Voir notamment Serres Michel, *Hominescence*, éd. Le Pommier, 2001, ` . 227 et s. à ` ro` os de l'adressage et Mancini Anne, *La sagesse de l'ancienne Egypte pour l'Internet*, l'Harmattan, 2002, 238 ` .

[45] Lessig Lawrence, *Code and other laws of the cyberspace*, Basic Books, New York, 1999, ` . 88 et s.

[46] Miaille Michel (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, Coll. Logiques Juridiques, Paris, 1995.

catégories juridiques classiques (et notamment des notions de « ` ublic » et de « ` rivé », de « bien» et de « ` ersonne »[47]) »[48] vers une nécessaire reconce` tualisation de ces catégories.

La régulation juridique

La régulation juridique rassemble les dis` ositions mises en ` lace ` ar la loi (conventions internationales, directives euro` éennes, lois, règlements, décrets…), la justice (décisions de diverses juridictions). Elle com` rend aussi des mesures a` ` artenant aux nouveaux instruments de la gouvernance basés sur un droit *mou* (*soft law*) ` ar o` ` osition au droit *dur* de la loi et de la justice (autorégulation, codes de conduite, étiquette, recommandations…). L'ex` érimentation de ces nouveaux mécanismes fait ` révaloir les exigences ` ragmatiques de l'efficacité et de la *légitimité procédurale* au sens d'Habermas sur celles de légalisme et de validité formelle. Cette régulation juridique recourt à des normes qui ` euvent être formulées en termes de ` rinci` es, de standards[49] à inter` réter et ne s'a` ` liquent ` as nécessairement de manière contraignante comme la loi (les normes techniques[50]).

La régulation juridique est-elle dé` assée ? Doit-elle être ada` tée aux nouvelles ` ossibilités et contraintes de l'architecture des réseaux et comment ? La technique laisse-elle émerger de nouvelles formes de régulation, signe d'une transformation de la norme vers ` lus de flexibilité, d'autorégulation, de ` rivatisation, de contractualisation, de sou` lesse et d'autonomie individuelle dans la création, l'a` ` lication et l'effectivité du droit ? Quels sont les besoins et conséquences en matière de subsidiarité[51] et de trans` arence[52] si la régulation

---

[47] Frison-Roche Marie-Anne, « Les bouleversements du droit ` ar Internet », in Chevalier Jean-Marie, Ekeland Ivar, Frison-Roche Marie-Anne et Kalika Michel, *Internet et nos fondamentaux*, PUF, Paris, 2000, ` . 37.

[48] Chevallier Jacques, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, Droit et Société vol. 35, Paris, 2003, ` . 129 s'a` ` uyant sur les travaux de Michel Miaille et citant Marie-Anne Frison-Roche, *ibidem*.

[49] Sur la notion de standards du droit, voir *supra* ` artie II, titre II, cha` itre 2, section 1.

[50] Sur la norme technique, voir *supra* ` artie I, titre I, cha` itre 2.

[51] La subsidiarité est un ` rinci` e de ré` artition des com` étences ou de gouvernance qui consiste à choisir le niveau adéquat de la régulation au ` lus ` rès du ` roblème à régler. D'a` rès l'article 5, al. 2 et 3 du traité CE, « la Communauté n'intervient (…) que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne ` euvent ` as être réalisés de manière suffisante ` ar les Etats membres et ` euvent donc en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire ». Johnson et Post l'envisagent sous l'angle de la conce` tion d'un système com` lexe et ` rônent une architecture décentralisée. Johnson David. R., Post David G., « The New 'Civic Virtue' of the Internet: A Com` lex Systems Model for the Governance of Cybers` ace »,

juridique cède le ` as à la régulation scientifique et technique, norme « a-juridique (…) ne ` renant, à travers des règlements, des ` rotocoles, etc., la forme du droit que ` our mieux ` rendre la ` lace de celui-ci. »[53] ? Si la norme technique rem` lace la norme juridique, la règle de droit est-elle a` ` liquée de manière ` lus effective, a ` riori, sans ` ossibilité d'enfreindre la loi ?

Faut-il ` lus de régulation ou moins de régulation ` ublique et ` lus d'autorégulation ` ar les acteurs ` rivés[54] ? Comment et ` ar quels acteurs doit-elle s'exercer et avec quel degré de coordination, de centralisation doivent être élaborées et a` ` liquées les ` olitiques ` ubliques ? Quelle « *policy-making* » ` our le cyberes` ace ? Les choix ` olitiques doivent-ils être effectués collectivement sur un forum en ligne ou ` ar l'intermédiaire des re` résentants élus démocratiquement ? La démocratie re` résentative devient-elle ` artici` ative avec la

---

Stanford Technology Law Review, Featured Working Pa` er, October 1997. La régulation juridique d'Internet ` eut s'effectuer selon le ` rinci` e des couches de celui-ci, « *layers* » et res` ecter l'architecture technique en minimisant la distance entre la couche où l'infraction se ` roduit et la couche à laquelle s'adresse la régulation. La trans` arence est assurée ` ar le ` rinci` e « end-to-end », cité ` our la ` remière fois dans Saltzer Jerome H., Reed David P., and Clark David D., « End-to-end arguments in system design », *ACM Transactions on Computer Systems* 2, 4, November 1984, ` . 277-288.
htt` ://www.reed.com/Pa` ers/EndtoEnd.html
Une conce` tion similaire des couches de l'Internet est donnée dans Lessig Lawrence, *The Future of Ideas: the Fate of the Commons in a Connected World*, Random House, 2001, ` . 5-23 et dans l'article de Solum Lawrence B., Chung Minn, « The Layers Princi` le: Internet Architecture and the Law », *University San Diego Public Law Research Paper* n°55, 115 ` . Les couches énumérées dans ces articles sont les suivantes (notre traduction) :
• La couche contenus : les symboles et images communiqués
• La couche a` ` lications : les ` rogrammes utilisés ` ar l'Internet : HTTP, FTP, SMTP, DNS…
• La couche trans` ort qui fragmente les données numériques en ` aquets : TCP…
• La couche ` rotocole qui gère le flux de données sur les réseaux : IP (*Internet Protocol*), LAN (*Local Area Network*)…
• La couche lien : l'interface entre l'ordinateur de l'utilisateur et la couche ` hysique
• La couche ` hysique : les câbles, satellites, lignes, modem, fibres o` tiques… qui relaient le signal vers les machines.

[52] Au sens de Rawls John, *Théorie de la Justice*. La condition de ` ublicité (` ar o` ` osition au secret) ` ermet aux ` arties d'évaluer une mesure et de la corriger ` eut être trans` osée ` our le code juridique ` ar la condition de code source ouvert, ` ar o` ` osition au code fermé qui concentre le contrôle. Voir aussi Lessig Lawrence, « The Limits in O` en Code: Regulatory Standards and the Future of the Net », 14 *Berkeley Technology Law Journal* 779, 1999 et htt` ://` lato.stanford.edu/entries/` ublicity/.

[53] Frison-Roche Marie-Anne, « Le contrat et la res` onsabilité : consentements, ` ouvoirs et régulation économique », *RTD Civ.*,1998, Chroniques ` . 43.

[54] David G. Post remet en question le ` résu` ` osé de l'ouvrage *Code and Other Laws of Cyberspace de Lawrence Lessig*. L'action de la main invisible ` our réguler le cyberes` ace ne conduira ` as nécessairement à un cyberes` ace dont les valeurs ne seraient ` as souhaitables (` . 1442) et il n'est ` as certain que ` lus de ` olitique ou d'action gouvernementale soit souhaitable ` our dessiner les ` lans du cyberes` ace qui seraient conformes au bien commun (` . 1458-9) in Post David G. « What Larry Doesn't Get: Code, Law, and Liberty in Cybers` ace », *Stanford Law Review*, vol. 52, May 2000, ` . 1439-1459.

consultation des utilisateurs dans la mise à jour des contrats standard de mise à dis` osition ouverte ?

Entre régulation économique de ` roblèmes techniques et démocratie ` olitique, « la question ` rinci` ale n'est ` as de trouver des solutions satisfaisantes à des ` roblèmes techniques com` liqués (aussi im` ortant cela soit-il), mais aussi de ` arvenir à des décisions sur une base ` artici` ative, en donnant aux citoyens l'o` ` ortunité de faire connaître et de défendre leurs ` réoccu` ations (… et de) garantir que les ` ersonnes concernées jouissent de la liberté effective de se joindre au ` rocessus de décision, ` lutôt que de sim` lement s'entendre dire l'avis des ex` erts »[55]

La régulation technique

La régulation des conditions d'accès et d'utilisation des œuvres de l'es` rit et des informations ne s'effectue ` as uniquement ` ar le droit sous le contrôle de l'État. De nouvelles formes de régulation technique ` rinci` alement d'origine ` rivée (qualifiée de *private ordering*[56] ` ar la doctrine américaine) sont mises en ` lace sur certains su` ` orts et formats de fichiers. Il s'agit des mesures techniques de ` rotection et des mesures techniques d'information sur les droits dévelo` ` ées ` ar des ex` erts issus de l'industrie des télécommunications, du matériel électronique, des logiciels et de la culture et dans une moindre ` ro` ortion d'universités et de centres de recherche en informatique et traitement du signal audiovisuel.

Cette régulation ` ar la technique est qualifiée de régulation ` ar le *code*[57] informatique (l'architecture et les règles im` lémentées ` ar des lignes de code dans les ordinateurs et les

[55] Sen Amartya, *L'économie est une science morale*, La Découverte Poche, Essais, 2003, ` . 116-117.
[56] Sur la notion de *private ordering* vs *public ordering*, voir Elkin-Koren Niva, « A Public-Regarding A` ` roach to Contracting over Co` yrights », in Dreyfuss, Zimmermann, First (eds), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, Oxford University Press, 2001, ` . 192-193.
[57] Joël Reidenberg et Lawrence Lessig ont théorisé la montée en ` uissance de la technologie (code informatique) qui com` lète et rem` lace le droit (code juridique) vers des normes augmentant le niveau de contrôle dans les domaines du *copyright*, de la vie ` rivée et de la liberté d'ex` ression. Reidenberg Joël, «Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology», *Texas Law Review,* 1998, vol. 76, ` . 553-584 ; Lessig Lawrence, *Code and other laws of cyberspace*, New York, Basic Books, 1999.

logiciels), ` ar o` ` osition à la régulation ` ar le *code* juridique (les textes de loi et les contrats qui res` ectent ces textes de loi). Lawrence Lessig a ` o` ularisé cette distinction ` ar l'ex` ression « *code as law* », « le code informatique fait loi ». On ` eut aussi ` arler de « micro-régulation » car la régulation s'exerce au niveau local du su` ` ort, du fichier ou de la machine de l'utilisateur. Ces nouvelles formes de régulation ` ar la technique sont à leur tour ` rotégées ` ar la loi de` uis les années 1990. Cet enchaînement a été largement commenté ` ar la doctrine qui y voit un millefeuille[58] ou une valse à trois tem` s[59] et s'interroge sur la ` ertinence de cumuler ` rotection juridique, ` rotection technique, et ` rotection juridique des ` rotections techniques.

D'a` rès Giovanni Sartor[60], le fonctionnement des ` rogrammes informatiques est soumis à des règles virtuelles (com` arables à la *lex electronica* de Joël Reidenberg et au *code* de Lawrence Lessig) qui ` révoient quelles actions seront ` ossibles ou difficiles à accom` lir, quelle information sera donnée à l'utilisateur sur les actions ` ossibles. Des agents intelligents sont utilisés ` ar exem` le ` our im` oser un certain lecteur, ou bloquer le téléchargement, action qui a été rendue ` ossible ` ar l'architecture de l'Internet et nuit à la trans` osition des modèles économiques de l'industrie culturelle en l'état : ce qui est juridiquement ` ossible est rem` lacé ` ar ce qui est virtuellement ` ossible. Et l'action du droit ` eut être dé` lacée vers ceux qui essaient de bloquer ou contourner ces règles virtuelles (les sanctions ` our le contournement de mesures techniques de ` rotection ` euvent être ` lus im` ortantes que celles ` our téléchargement non autorisé).

Les mesures techniques de ` rotection sont des technologies qui em` êchent ou limitent l'utilisation des œuvres conformément à la volonté des titulaires de droits, tandis que les mesures techniques d'information ` ermettent d'identifier et de signaler les conditions d'utilisations ex` rimées ` ar les titulaires de droits. Les deux ty` es de mesures techniques

---

[58] D'a` rès l'ex` ression consacrée ` ar Pierre Sirinelli.
[59] Benabou Valérie-Laure, « La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois tem` s avec l'acquis communautaire », *Communication – Commerce Electronique*, éd. Jurisclasseur, oct. 2001, ` . 8-11.
[60] Sartor Giovanni, « Virtual Rules and Internet Law », in dir. Ed. Taeger J. and Wiebe A., *Informatik– Wirtschaft– Recht: Regulierung der Wissensgesellshaft*, ` `.561-580. Baden-Baden: Nomos, 2004.

bénéficient d'une ` rotection juridique contre le contournement de leurs effets ou leur su` ` ression.

Les mesures techniques de ` rotection et les mesures techniques d'information

Les mesures techniques de ` rotection sont définies en droit français, trans` osition de la directive euro` éenne de 2001 (DADVSI) et des conventions internationales de l'OMPI de 1996, ` ar la loi du 1 août 2006 intégrée dans l'article L 331-5 du Code de la Pro` riété Intellectuelle :

> « Les mesures techniques efficaces destinées à em` êcher ou à limiter les utilisations non autorisées ` ar les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une oeuvre, autre qu'un logiciel, d'une inter` rétation, d'un ` honogramme, d'un vidéogramme ou d'un ` rogramme sont (définies comme) toute technologie, dis` ositif, com` osant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, accom` lit la fonction ` révue ` ar cet alinéa. Ces mesures techniques sont ré` utées efficaces lorsqu'une utilisation visée au même alinéa est contrôlée ` ar les titulaires de droits grâce à l'a` ` lication d'un code d'accès, d'un ` rocédé de ` rotection tel que le cry` tage, le brouillage ou toute autre transformation de l'objet de la ` rotection ou d'un mécanisme de contrôle de la co` ie qui atteint cet objectif de ` rotection.
> Un ` rotocole, un format, une méthode de cry` tage, de brouillage ou de transformation ne constitue ` as en tant que tel une mesure technique au sens du ` résent article. »

Les mesures techniques d'information sont d'a` rès l'article L 331-22 :

> « Les informations sous forme électronique concernant le régime des droits afférents à une oeuvre, autre qu'un logiciel, une inter` rétation, un ` honogramme, un vidéogramme ou un ` rogramme, sont ` rotégées dans les conditions ` révues au ` résent titre, lorsque l'un des éléments d'information, numéros ou codes est joint à la re` roduction ou a` ` araît en relation avec la communication au ` ublic de l'oeuvre, de l'inter` rétation, du ` honogramme, du vidéogramme ou du ` rogramme qu'il concerne.
> On entend ` ar information sous forme électronique toute information fournie ` ar un titulaire de droits qui ` ermet d'identifier une oeuvre, une inter` rétation, un ` honogramme, un vidéogramme, un ` rogramme ou un titulaire de droit, toute information sur les conditions et modalités d'utilisation d'une oeuvre, d'une inter` rétation, d'un ` honogramme, d'un vidéogramme ou d'un ` rogramme, ainsi que tout numéro ou code re` résentant tout ou ` artie de ces informations. »

---

htt` ://www.cirsfid.unibo.it/~sartor/GSCirsfidOnlineMaterials/GSOnLinePublications/GSPUBgsartor2003Kilian.` df

Les mesures techniques de `rotection et d'information bénéficient d'une régulation juridique[61] qui se limite, à quelques dis`ositions `rès, à l'interdiction de leur contournement ou de leur su``ression, sans régulation juridique directe de leurs effets. Il est légitime de s'interroger sur la nature et la valeur de ces techniques qui enca`sulent, ex`riment et mettent en œuvre des règles de droit (ces règles sont-elles issues de la loi ou de nature contractuelle ?) ainsi que sur leur relation avec les régulations juridiques en `lace sur le droit d'auteur, les mesures techniques et les données `ersonnelles : la législation et la juris`rudence, mais aussi les usages, des transactions `récontentieuses à l'autorégulation des acteurs.

Ces mesures techniques surnommées « DRM » (abréviation de *Digital Rights Management*, gestion numérique des droits) automatisent-elles la gestion des droits de `ro`riété littéraire et artistique ou du *copyright*, celle des usages `rivés non régulés `ar ces dis`ositions, ou encore celle des transactions commerciales ? Pourquoi leur régulation juridique s'inscrit-elle dans le droit de la `ro`riété littéraire et artistique et les lois sur le droit d'auteur et le *copyright* alors qu'elles `euvent *a priori* s'a``liquer aussi à d'autres ty`es d'informations comme les données `ersonnelles ou confidentielles qui ne bénéficient `as des mêmes exce`tions aux droits exclusifs que le droit d'auteur ?

Selon quelles `rocédures sont-elles élaborées et sous quel contrôle[62] ? Constituent-elles des com`léments ou des alternatives à la régulation juridique `ar le droit, qu'il soit rigide ou sou`le ? Constituent-elles un dis`ositif de l'autorégulation ? Sont-elles assimilables à des contrats électroniques, à des offres de contrats d'adhésion, à des licences ? Les effets du contrat sont mis en oeuvre `ar les mesures techniques de `rotection qui auto-exécutent *a priori* les règles dont elles contiennent l'ex`ression. Cette caractéristique leur confère-elle une nature s`écifique ? Les mesures techniques de `rotection ont-elles l'obligation légale, la `ossibilité technique et le devoir vis-à-vis des utilisateurs de res`ecter les droits et libertés fondamentales du `ublic (exce`tions aux droits exclusifs, droit à l'information, vie `rivée et

[61] Pour une `résentation juridique générale, voir Latreille Antoine, Maillard Thierry, « Mesures techniques de `rotection et d'information », *Jurisclasseur Propriété Littéraire et Artistique*, fasc. 1660, février 2005, 30 `.
[62] Voir *supra* `artie I, titre I, cha`itre 2.

anonymat des utilisations…) ? Quant aux mesures techniques d'information utilisées seules, c'est-à-dire sans l'association d'une mesure technique de ` rotection automatisant la mise en œuvre de la règle ex` rimée, ont-elles un ` ouvoir effectif de régulation, une force exécutrice su` érieurs à la sim` le ` rescri` tion com` arable aux ` anneaux de circulation du *code* de la route en l'absence de contrôle de ` olice ou de radar en état de marche ? Le dévelo` ` ement et la généralisation de l'usage des mesures techniques commandées ` ar des ex` ressions des droits contribue-t-il à influencer le droit, voire à le modifier ? Réci` roquement, les usages ` euvent-ils influencer la nature et la définition des règles contenues dans ces dis` ositifs techniques et leur architecture ?

Un vocabulaire commun : les métadonnées juridiques

L'automatisation de la gestion des droits requiert la définition d'un vocabulaire standardisé ` our décrire les conditions d'accès et d'utilisation des contenus numériques[63]. Il s'agit de « l'ex` ression des droits ». Ces « ex` ressions sur les droits » sont assimilables à des « métadonnées », les informations documentaires décrire et indexer les œuvres : auteur, éditeur, titre, genre, date de diffusion…

Les métadonnées juridiques ou éléments juridiques des systèmes de gestion numérique des « droits » (« droits » est entendu comme conditions juridiques et contractuelles d'accès et d'utilisation des ressources) sont regrou` ées dans :

- des langages d'ex` ression des droits (les *Rights Expression Languages* ou RELs fournissent la syntaxe, la grammaire ` our créer des ` hrases qui vont ex` rimer des « droits ») et
- de dictionnaires des droits (les *Rights Data Dictionaries* ou RDD fournissent la sémantique, le vocabulaire ` our ex` rimer le contenu de ces « droits »).

[63] Cette tâche n'est ` as s` écifique au numérique, ni même au droit, mais à la documentation. Sur la méthodologie de descri` tion et d'indexation d'un ensemble documentaire juridique, ainsi que sur « les ` rinci` es de constitution d'un vocabulaire commun » en vue de la constitution et de l'ex` loitation, voir Bertrand Edmond, Catala Pierre, Mehl Lucien, *Constitution et exploitation informatique d'un ensemble documentaire en droit*, Ra` ` ort de synthèse de l'action thématique ` rogrammée « Informatique juridique a` ` liquée au droit de l'urbanisme et de la construction », CNRS, 1974, s` . ` . 59 et s.

Ces langages et dictionnaires définissent d'une ` art la syntaxe, la grammaire et d'autre ` art la sémantique, le vocabulaire de manière standardisée en vue de décrire les conditions juridiques d'accès et d'utilisation des ressources en ligne : autorisations, rémunérations… Ils a` `artiennent à la catégorie juridique des « informations sur le régime des droits » ou « mesures techniques d'information », ` ar o` `osition aux « mesures techniques de ` rotection » (` ouvant elles-mêmes com` rendre un module d'information sur le régime des droits qui ` ilotera leur action). Ces langages et dictionnaires sont la traduction technique de la règle de droit qui a un « contenant » formel et un « contenu »[64] au fond : le langage structure les mots du dictionnaire.

L'ex` ression des droits incarnés dans les mesures techniques de ` rotection de l'état de l'art actuel reflète ` rinci` alement les droits exclusifs et les usages contractuels réservés ` ar les titulaires de droits, mais non ceux des utilisateurs qui acce` tent sans négocier un contrat d'adhésion unilatéral. Le contenu des droits et usages ` rescrits dans les mesures techniques de ` rotection est délégué ` ar le législateur à la discrétion des acteurs ` rivés qui assurent leur conce` tion et leur mise en ` lace, ` rinci` alement l'industrie informatique et culturelle et les distributeurs de leurs ` roduits et contenus. On assiste ainsi à une ` rivatisation de la gestion des droits et usages, voire à la définition arbitraire[65] de l'ex` ression de la norme juridique, des termes du contrat, de la frontière entre ce qui est gouverné et ce qui ne l'est ` as.

Les définitions des conventions internationales, la directive et la loi DADVSI sont ` eu détaillées et ne renseignent ` as sur le ` otentiel et les dévelo` `ements ` ossibles des mesures techniques d'information en matière de régulation juridique. A l'instar des mesures techniques de ` rotection, elles sont ` rotégées ` ar le droit contre la su` `ression et le contournement, mais aucun texte de loi ne contrôle ni leur fond ni leur forme, ni ne s'a` `uie

---

[64] Dabin Jean, « Droit – A. Théorie et ` hiloso` hie », *Encyclopaedia Universalis*, c. 7, 2002, ` . 605.

[65] Ainsi, les s` écifications du SDMI (*Secure Digital Music Initiative*) ` révoient des règles d'usage ` ar défaut : un contenu ne ` ortant ` as d'ex` ression des droits transféré dans l'environnement sécurisé ne ` ourra être transféré que trois fois, voir ` age 18 du document « SDMI Portable Device S` ecification Part 1, Version 1.0 », 8 juillet 1999, htt` ://www.sdmi.org/download/` ort_device_s` ec_` art1.` df. Le grou` e MPEG-21 a longuement hésité sur le traitement à réserver aux contenus en l'absence d'information ex` licite sur les droits : ` rotéger ` ar

sur elles `our accom`lir une fonction définie `récisément au-delà de la sim`le « information », sans `réciser s'il s'agit d'une information destinée aux systèmes de gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins, aux machines, logiciels et serveurs, aux titulaires de droit ou à leurs re`résentants ou au `ublic, émetteur et réce`teur de ressources numériques. Les définitions contenues dans les législations sur le droit d'auteur ayant été imaginées au début des années 1990 lors des négociations des traités internationaux qui conditionnent les normes de hiérarchie inférieure, elles ne `euvent `as viser s`écifiquement des outils qui ont été mis au `oint et diffusés a`rès cette date. Elles se concentrent sur les systèmes existants à l'é`oque en matière de codification des œuvres, les identifiants uniques normalisés de ty`e ISBN corres`ondant aux besoins des industries de l'édition. Les re`résentations des conditions juridiques de mise à dis`osition de ty`e RDD (*Rights Data Dictionary* `our dictionnaires de données juridiques) ou REL (*Rights Expression Language* `our langage d'ex`ression des droits) entrent bien dans les définitions des mesures techniques `our l'information sur l'identification des œuvres et/ou les conditions juridiques de leur mise à dis`osition.

Toutefois, leur `otentiel, leurs risques et leurs atouts ne sont `as valorisés dans les débats académiques ou `arlementaires, ni dans la `resse[66]. Ces discussions se concentrent sur la réflexion en faveur ou en défaveur des mesures techniques de `rotection, évoquées comme des objets extérieurs au droit et qu'il convient de réguler[67] : le droit est menacé `ar la technique, une autre technique vient `rotéger le droit, et le droit `rotége à nouveau cette autre technique contre le contournement. Technique et droit sont `ensés comme des forces antagonistes, `uis comme des entités distinctes se `rotégeant mutuellement contre les atteintes d'une technique qui vient `erturber les habitudes d'une industrie et d'une disci`line habituées à un mécanisme de régulation. Mais technique et droit ne sont jamais a``réhendés comme des

---

défaut comme le `révoit le mécanisme de la `ro`riété littéraire et artistique, ou ne `as `rotéger du tout dans l'hy`othèse où le contenu n'est `as ou `lus couvert `ar la législation.

[66] On notera *contra* l'organisation d'une conférence `ar l'OMPI (Organisation Mondiale de la Pro`riété Intellectuelle) en se`tembre 2007 rassemblant certains acteurs des mesures techniques d'information que nous `résentons *supra* `artie II, titre I, cha`itre 2. WIPO *Information Seminar on Rights Management Information: Accessing Creativity in a Network Environment,* Geneva, Se`tember 17, 2007.
htt`://www.wi`o.int/meetings/en/2007/sem_cr_ge/

[67] Voir *infra* les méta`hores des couches successives et im`erméables de la régulation juridique et de la régulation technique : millefeuille, valse à trois tem`s.

éléments qui ne sont ` as distinguables, o` ` osables et ` euvent fusionner en un outil mixte, un dis` ositif hybride, ` our ` lus d'efficacité en raison d'une ` roximité ontologique (au sens de l'essence de choses) entre la source de la régulation et l'objet de la régulation.

Personne, ou ` resque, n'évoque ni les risques ni les bénéfices des mesures techniques d'information ` our elles-mêmes et non en tant qu'objets d'une régulation juridique[68]. Dans cette thèse, ces codes et re` résentations automatisables de l'information juridique ne sont ` as abordés uniquement en tant qu'a` ` artenant à la classe des mesures techniques, mais en tant qu'a` ` artenant à la fois à la langue du droit (de l'information), à l'information juridique, à l'informatique juridique[69] et aux sciences et technologies de l'information. Ce ne sont ` as uniquement des outils techniques au service du droit et encadrés ` ar le droit, mais des com` osants sémantiques des systèmes d'information et de mise à dis` osition des œuvres et des informations. Certains de ces systèmes com` rennent un module de ` rotection technique ou non (architecture com` renant uniquement une identification de l'œuvre et/ou des autorisations) et ` arfois d'autres modules (` aiement, négociation…),. Cette com` osante sémantique im` lique une re` résentation de l'information et de la connaissance juridique, des conditions ` ratiques, contractuelles ou légales des ` rérogatives des utilisateurs de réserver, d'accéder et de réutiliser des œuvres et des informations : ` rinci` alement la ` ro` riété littéraire et artistique ` our les titulaires de droits, com` létée ` ar les libertés et droits fondamentaux et les usages de lecture, d'édition et d'écriture numérique. Il s'agit d'ancrer le dévelo` ` ement et la standardisation de ces informations dans le contexte de la re` résentation des connaissances

[68] Voir les quelques articles scientifiques français à évoquer les langages d'ex` ression des droits (et à citer le ra` ` ort de Karen Coyle qui constitue la référence bibliogra` hique majeure du domaine : Coyle Karen, *Rights Expression Languages*, a white ` a` er for the Library of Congress », 2004. htt` ://www.loc.gov/standards/Coylere` ort_final1single.` df), Le Crosnier Hervé, « Architecture informatique et économie du document numérique : deux questions étroitement liées », in Chartron Ghislaine, Broudoux Evelyne (dir.), *Document numérique et société. Actes de la conférence DocSoc - 2006 Semaine du document numérique*, ADBS éditions, 2006, ` . 29-42, Barthe Emmanuel, « DRM et documents : les risques d'un futur ` roche », *ServiceDoc Info*, 26 avril 2005, htt` ://www.servicedoc.info/DRM-et-documents-les-risques-d-un.html et un état de l'art des langages et dictionnaires des droits et leur a` ` licabilité au monde des bibliothèques ` ar Maurel Lionel, « Panorama des métadonnées juridiques et de leurs a` ` lications en bibliothèque numérique », *ArchiveSic*, 2007. htt` ://archivesic.ccsd.cnrs.fr/sic_00130222/en/ Ces trois articles français ` roviennent du milieu de l'information, de la documentation et de l'informatique, ` as du droit.

[69] Voir la définition de cette disci` line ` ar Bourcier Danièle, « Informatique juridique », in Arnaud André-Jean (dir.), *Dictionnaire de théorie et de sociologie du droit*, LDGJ/Story Scienta, 1988, ` . 31-32.

juridiques, des `ratiques numériques et de l'évolution du droit en tant que disci`line et dis`ositif de régulation.

Une régulation `rivée

Notre réflexion s'a``uie sur une contribution active à la construction de certaines normes techniques de régulation des droits, inter`rétables automatiquement `ar les logiciels et dévelo``ées au sein de deux organismes `rivés aux objectifs a``aremment antagonistes :

- le grou`e MPEG (*Motion Picture Expert Group*, grou`e d'ex`erts des images animées) dévelo``e sous l'égide de l'ISO une série de normes techniques `ro`riétaires[70] `our le codage du multimédia. Le `rojet MPEG-21 (21 `our XXI$^{ème}$ siècle) vise à dévelo``er les s`écifications techniques d'une « `lateforme de DRM intero`érable » com`renant différents modules nécessaires à gestion numérique des droits : descri`tion, identification et `rotection technique des contenus, ex`ression des « droits » ou conditions contractuelles dictés à la mesure de `rotection technique, ra``orts des actions intervenues sur les fichiers `rotégés à des fins statistiques et de facturation…

- l'organisation Creative Commons, organisation à but non lucratif, `ro`ose selon des contrats-ty`e d'accès ouvert qui sont traduits et ada`tés aux langues et législations nationales et re`résentés sous la forme de mesures techniques d'information définies selon un format standard ouvert[71] (métadonnées au format .rtf) `ermettant leur lecture `ar des logiciels, navigateurs et moteurs de recherche.

[70] Com`osé de techniques brevetées non nécessairement fondées sur les standards ouverts à l'origine d'Internet.
[71] C'est-à-dire gratuit et fondé sur les standards ouverts de l'architecture de l'Internet dévelo``és `ar le W3C (World Wide Web Consortium), d'a`rès l'article 4 de la LCEN « On entend `ar standard ouvert tout `rotocole de communication, d'interconnexion ou d'échange et tout format de données intero`érable et dont les s`écifications techniques sont `ubliques et sans restriction d'accès ni de mise en oeuvre. »

Notre ` artici` ation aux travaux de ces deux grou` es a ` ermis d'une ` art d'observer le contenu et les modalités de ` roduction de normes techniques d'origine ` rivée[72] contenant des règles contractuelles, de ` ro` oser des caractéristiques et des amendements à la norme, et de recueillir les réactions des autres rédacteurs et utilisateurs de ces normes. Cette méthode de recueil de données a mis en évidence le renforcement d'une a` ` roche *personnalisée* de la gestion et de l'ex` ression des droits (ada` tée à la volonté des titulaires de droits et à chaque œuvre, acte, moment et utilisateur ou lecteur) ` lus que *privée* (d'origine non ` ublique, d'a` rès l'ex` ression *private ordering*).

Les individus, organisations gouvernementales ou non, commerciales ou non, qui sont à la fois titulaires de droits et utilisateurs de contenus, ont une conscience accrue de leurs droits, de leurs ` rérogatives juridiques, de` uis le dévelo` ` ement des mesures techniques. L'ensemble des ` orteurs d'intérêts ` artage une ` lus grande volonté de maîtrise de leurs contenus et droits. Il n'est ` as sur` renant que les acteurs ` rivés mènent une gestion qui favorisent leurs intérêts économiques. En revanche, on constate et c'est ` lus nouveau que des organisations non gouvernementales et des acteurs du tiers secteur non commerciaux utilisent largement les outils contractuels techniques de la régulation ` rivée ` our contrôler le devenir de leurs œuvres et informations, dans le sens d'un accès ` lus large et de ` lus de liberté ` our le ` ublic. Comme le dé` lore une ` artie de la doctrine juridique du domaine ` ublic[73], ce sont des outils ` rivés issus de l'économie de marché sont mis à la dis` osition de ceux qui souhaitent offrir un accès ouvert, sans accom` agnement ` ar une ` olitique ` ublique et un contrôle juridique. Cette critique est fondée sur une vision duale de la société et de la ` olitique, o` ` osant marché et état ` rovidence, libéralisme économique et libéralisme juridique, libéral et libertaire.

---

[72] Voir *supra* ` artie 1, titre I, cha` itre 3.

[73] Dusollier Séverine, « The Master's Tools v. The Master's House: Creative Commons v. Co` yright », 29 Columbia J. of Law and the Arts 271, S` ring 2006 ; Elkin-Koren Niva, « Creative Commons: A Ske` tical View of a Worthy Pursuit », in P. Bernt Hugenholtz & Lucie Guibault (eds.), *The Future of the Public Domain*, Kluwer Law International, 2006. htt` ://ssrn.com/abstract=885466. Elkin-Koren Niva, « What Contracts Cannot Do: The Limits of Private Ordering in Facilitiating A Creative Commons », 74 *Fordham L. Rev.* 375, November 2005.

Au regard des ex` ériences de régulation ` rivée menées ` ar des entre` rises et des formats ` ro` riétaires avec l'émergence des mesures techniques de ` rotection et des systèmes intégrés de gestion numérique dits DRM, le risque de ` rivatisation de la régulation et d'extension du domaine de la régulation à des domaines qui n'étaient ` as régulés ` ar le droit est certain et les dangers ` our les intérêts du ` ublic ont été largement étudiés ` ar la doctrine. En revanche, en ce qui concerne la régulation ` rivée ` ar des grou` ements à but non lucratif intégrant des formats ouverts (le mouvement du libre et de l'accès ouvert), la régulation ` rivée ` araît ` our le moment mieux ` rotéger les intérêts du ` ublic que ne le fait la régulation ` ublique elle-même. La régulation ` ublique ` eut, dans certains cas, être moins ` rotectrice des intérêts du ` ublic et des services ` ublics que certaines régulations ` rivées avec des initiatives de ty` e « *bottom-up* » qui :

- ado` tent une démarche de ` roduction de la norme intégrant des critères d'ex` érimentation, de trans` arence, de bonne gouvernance, de démocratie[74],
- et intègrent le res` ect des libertés ` ubliques et ` rivées.

Les catégories ` olitiques et économiques se su` er` osent et, comme il convient d'éviter les écueils de la « surrégulation » des réseaux, une a` ` roche fondée sur la régulation ` rivée volontaire n'est ` as nécessairement synonyme de « dérégulation » dans le sens de l'absence d'une régulation ` rotectrice des acteurs les ` lus faibles ou les moins visibles comme en droit du travail. Si ces outils contractuels et techniques sont massivement ado` tés, la régulation ` rivée ` ourra contribuer à une ex` érimentation, une évaluation et une correction ` ar ceux qui a` ` liquent et utilisent la norme, vers une reconnaissance institutionnelle de mesures techniques/contrats d'accès ouvert ` ar l'influence des usages et de la ` artici` ation. Il s'agit d'une ` rise de risque, d'une ex` érimentation dont les conséquences ne sont ` as ` rescrites à l'avance.

De même que nous distinguons la gestion collective obligatoire de la gestion collective volontaire[75], il convient de sé` arer l'analyse de l'utilisation de la régulation technique ` rivée

[74] Voir ` artie I, titre I, cha` itre 2 sur la construction de la norme.
[75] Voir ` artie II, titre II, cha` itre 2, section 2, §3.

obligatoire et de la régulation technique ` rivée volontaire. En effet, les mesures techniques de ` rotection im` osent et interdisent des usages *a priori*, alors que les mesures techniques d'information n'exercent aucune coercition sur les usages qu'elles ne définissent ` as tous : une ` artie est laissée libre et l'autre ouverte à la négociation. Dans le modèle de la régulation *a priori* ` ar les contrats juridiques et les mesures techniques de ` rotection ou contrats techniques, il est difficile voire im` ossible de modifier les usages ` rescrits. Dans le modèle de la régulation ` ar l'information juridique, les individus ne sont ` as nécessairement dans la même ` osition de faiblesse que dans le modèle ` récédent dans la négociation ` our l'exercice des droits exclusifs s'ils n'ont ni transféré ces droits *a priori* ni verrouillé le ty` e d'utilisateurs et d'utilisations autorisés ` ar défaut.

Le second titre de la ` remière ` artie de cette thèse et le ` remier titre de la seconde ` artie sont consacrés à l'étude des mesures techniques de ` rotection[76] et d'information[77]. La distinction o` érée ` ar les traités entre mesure technique de ` rotection (MTP) et mesure technique d'information (MTI) ou information sur le régime des droits est essentielle dans la ` ers` ective de cette démonstration, et souvent méconnue ` ar l'amalgame au sein de l'ex` ression de DRM, ` our *Digital Rights Management*, qui désigne les technologies qui em` êchent l'utilisation d'une œuvre numérique « au delà du degré auquel le titulaire des droits consent »[78]. Les mesures techniques de ` rotection et les mesures techniques d'information ` euvent être utilisées indé` endamment ou associées en tant que com` osants de systèmes intégrés de gestion et de ` rotection.

La tentation de la « sur-régulation » juridique[79] n'est ` as nécessairement dénuée d'un souci de ` rotection de l'intérêt général et des libertés ` ubliques. Elle ` eut résulter d'une tentation *positiviste* du législateur d'inter` réter et d'a` ` liquer la norme formelle comme la seule voie

[76] Sur les mesures techniques de ` rotection (MTP), voir ` artie I, titre II.
[77] Sur les mesures techniques d'information (MTI), voir Partie II, titre I.
[78] D'a` rès Godwin Michael, *Digital Rights Management: A Guide for Librarians,* Washington, DC: Office for Information Technology Policy, American Library Association, 2006, ` . 1.
htt` ://www.ala.org/ala/washoff/WOissues/co` yrightb/digitalrights/DRMfinal.` df
[79] Dont les effets ` ervers sont décrits dans le § 2 de la section 2 de ce cha` itre 1 et la section 1 du cha` itre 3 de ce titre sur les mesures techniques de ` rotection.

` ossible vers l'ordre et la justice, face à la technique et à l'a` ` arente inadéquation des catégories juridiques[80] à ` rendre en com` te les exigences du réseau et de la dématérialisation. Les initiatives ` rivées de la régulation de la technique ` ar la technique illustrent au contraire la nécessité d'une ` rise en com` te d'autres sources de la normativité dévelo` ` ées en collaboration avec d'autres sciences que le droit : l'informatique et l'intelligence artificielle, la sociologie des usages, les sciences de l'information et de la communication, l'économie du droit et des contrats, les sciences ` olitiques et administratives, les ` olitiques ` ubliques, la gouvernance et la régulation… De l'entro` ie a` ` arente d'un « *bazar* »[81] décentralisé de normes et standards techniques ` ourraient émerger de nouvelles formes de « *richesses* »[82] en termes d'efficacité de la régulation et d'accès aux ressources.

Les mesures techniques d'information semblent ` lus efficientes que les mesures techniques de ` rotection. Cette su` ériorité[83] tient non seulement à l'absence de contrainte formelle im` osée unilatéralement *a priori*, mais aussi à une meilleure intégration d'autres disci` lines scientifiques dans le droit. Le dévelo` ` ement des mesures techniques de ` rotection s'est organisé en référence à un droit ` ositif de la ` ro` riété littéraire et artistique imaginé et caricaturé, dans lequel tout ce qui n'est ` as ex` licitement autorisé est illégal et doit être em` êché techniquement ` ar défaut, telle une ` olice qui im` ose des barrières générales sans distinguer d'usages s` écifiques. C'est l'inter` rétation ` ar l'industrie de la doctrine juridique de la théorie du « tous droits réservés », selon laquelle la technique bride les actions non ex` licitement autorisées. Le res` ect des exce` tions et subtilités de l'inter` rétation du droit ne ` ourra ` as être effectif si une machine définit *a priori* le cham` des ` ossibles. La ré` onse juridique face à cette inquiétude (si la machine em` êche l'accom` lissement d'actes ` ourtant légaux) est encore em` reinte d'un ` ositivisme mono-disci` linaire[84]. Dans le cas d'un conflit

[80] Voir ` artie II, titre II, cha` itre 1.
[81] Eric Raymond, dans son essai intitulé « La cathédrale et le bazar », a` ` lique au dévelo` ` ement de logiciels les méta` hores de la contrainte centralisée et celle de l'auto-organisation de contributions volontaires ` rivées non régulées a ` riori.
[82] D'a` rès le titre de l'ouvrage de Yochai Benkler « *the Wealth of the Networks* », en référence *La Richesse des Nations* d'Adam Smith.
[83] Par su` ériorité, nous entendons le meilleur ra` ` ort efficacité juridique/coûts de transaction ` our la mise en ` lace technique des systèmes/externalités négatives ou effets indésirables non visés.
[84] Dans le même sens sur l'a` ` réhension ` ositiviste du réseau à ` ro` os de la décision Yahoo!, voir Berthou Renaud, « L'Internet au gré du droit - À ` ro` os de l'affaire Yahoo! », *Juriscom.net*, 10 janvier 2001.

entre une mesure technique de ` rotection et l'exercice d'une exce` tion aux droits exclusifs, le droit euro` éen confie aux États le soin de ` rendre les « *mesures appropriées* ».

En France, l'article L. 331-17 de la loi de 2006 installe une autorité administrative indé` endante ` our arbitrer ces conflits : l'Autorité de régulation des mesures techniques (ARMT). Il n'est ` as nécessaire d'être s` écialiste d'Internet ` our com` rendre que cette autorité ` ourrait être submergée de millions de requêtes légitimes en quelques instants. Cet outil de régulation juridique de la régulation technique, en accom` agnement d'une ` rotection juridique des barrières techniques constitue une ré` onse certes louable et qui ` roduira certainement des effets ` ositifs ` our le ` ublic à ` artir du démarrage de son activité annoncée ` our se` tembre 2007, mais une ré` onse de nature inada` tée au fond à la résolution globale d'un conflit entre la technique et le droit. Au vue des travaux ` ré` aratoires de la loi, des décrets d'a` ` lication et des ra` ` orts, il n'a ` as été envisagé ` ar les ` ouvoirs ` ublics de recourir à d'autres outils que les institutions classiques, ` ar exem` le de ` artici` er à la modélisation informatique et juridique de l'architecture des techniques susce` tibles de ne ` as res` ecter l'exercice de certains droits, ou d'utiliser la technologie ` our résoudre ou ` révenir certains conflits[85] entre mesure technique et exercice d'une exce` tion, objet de cette autorité de régulation. La régulation juridique de la régulation technique ne vise d'ailleurs ` as directement le droit. Ainsi, il n'est ` as interdit ` ar la loi d'a` ` oser une mesure technique de ` rotection sur une œuvre du domaine ` ublic, ou d'interdire l'accom` lissement d'un acte nécessaire à l'exercice d'une exce` tion aux droits exclusifs. Cette attitude témoigne d'une interaction insuffisante entre le droit de l'informatique et l'informatique juridique.

---

[85] Benyekhlef Karim, Gélinas Fabien, *Le règlement en ligne des conflits : Enjeux de la cyberjustice*, Paris, Romillat, 2003. (` our une bibliogra` hie étendue des techniques et ` rojets de règlement en ligne des conflits, on se re` ortera à la bibliogra` hie de cet ouvrage ainsi qu'aux actes des worksho` s ODR, htt` ://odrworksho` .info/ de la conférence Jurix et à l'article *Online Dispute Resolution* de Wiki` edia.
Sur l'utilisation d'agents intelligents au sein des réseaux d'échange de ` air-à-` air, voir Villecco Bettelli, Alessandra, « The Protection of Co` yright in P2P Agent-Based A` ` lications » in: *The Law and Electronic Agents: Proceedings of the LEA 04 workshop*, ` ` . 185-195, 2004. htt` ://www.lea-online.net/

Les relations entre droit et technique

La mise à dis`osition d'œuvres et d'information, de la `roduction à la transmission à la réutilisation, est le témoin des ra``orts entre le droit et la technique. Comme le montre Danièle Bourcier à `ro`os de l'informatisation de l'administration[86], on `eut envisager quatre « degrés d'interactions » entre le droit et la technique, degrés que nous ada`tons au domaine s`écifique de la mise à dis`osition des œuvres et des informations.

1. Tout d'abord, la technique `eut être encadrée `ar le droit au fur et à mesure de ses dévelo``ements, c'est-à-dire *a posteriori*[87]. Dans ce `remier modèle, « la régulation juridique domine la régulation technique ».

2. Ensuite, la technique `eut mettre en oeuvre des activités juridiques, `ar exem`le dans le cas de la dématérialisation des su``orts de la `reuve ou `our automatiser l'échange d'informations[88]. La technique sert le droit mais une fois l'a``lication dévelo``ée et l'activité en `lace, l'interaction entre le droit et la technique qui re`roduit des mécanismes ou `rocédures juridiques est faible.

3. La technique `eut aussi intervenir `our re`résenter le droit, la connaissance juridique[89]. Dans ce troisième modèle, les interactions sont fortes et nécessitent une collaboration `luridisci`linaire afin que les chercheurs en ingénierie des connaissance et en informatique `rennent conscience qu'ils `euvent mettre en œuvre « une certaine vision du droit », et que les chercheurs en droit `rennent conscience que les modèles, re`résentations et structurations de la connaissance n'obéissent `as aux mêmes contraintes formelles dans les deux univers.

4. Enfin, la technique `eut rem`lacer totalement le droit[90], jusqu'à une `rivatisation de la justice et de la `olice, ou exclure tout ra``ort avec le droit[91]. Cette quatrième situation est une dérive des deux `récédentes et `eut être inter`rétée comme le signe que les interactions entre technique et droit n'ont `as été `ensées de manière suffisamment a``rofondies, le résultat

---

[86] Bourcier Danièle, « Droit, administration et technologies de l'information et de la communication » in Ganascia Jean-Gabriel (dir.), *Communication et connaissance : supports et médiations à l'âge de l'information*, CNRS Editions (Sciences et techniques de l'ingénieur), 2006, `.152-160.

[87] Voir `artie 1, titre 1, cha`itre 1 sur l'ada`tation du droit à la technique.

[88] Voir `artie 1, titre 2, cha`itre 3 sur les contrats du commerce électronique.

[89] Voir `artie 2, titre 1 sur les ontologies du droit et les métadonnées juridiques

[90] Voir `artie 1, titre 1, cha`itre 2, section 2 sur le filtrage et `artie 1, titre 2 sur les mesures techniques de `rotection.

dé`assant le cham` des objectifs avec des conséquences non désirées, ou externalités négatives[92].

Les questions abordées dans cette thèse ne concernent `as uniquement les outils de la régulation des œuvres et des informations, mais `rolongent aussi les réflexions autour de la gouvernance et de la `lace des normes techniques dans d'autres secteurs, comme la modernisation de l'administration vers l'e-gouvernement. Le Référentiel Général d'Intero`érabilité (RGI) de la Direction Générale de la Modernisation de l'Etat (DGME) com`rend `lusieurs volets `our définir les règles de l'administration électronique et de l'échange de données qui devront être intero`érables sur les `lans techniques, sémantiques et organisationels, communiquer à travers un réseaux de normes. Il établit des règles de gouvernance et inclut notamment un a``el `ublic à commentaires[93], des règles relatives aux normes, formats et modèles de données, comme la `rotection des données `ersonnelles[94] et les as`ects sémantiques des métadonnées. Certaines règles sont obligatoires ou interdits tandis que d'autres sont recommandées ou déconseillées. Ainsi, les règles de `rocédure, les `rinci`es constitutionnels, la gestion `ublique, les com`étences[95] `euvent être remis en cause `ar la confrontation entre le droit et la technique, `ar exem`le si les choix de collectivités territoriales[96] ou de `articuliers en matière d'intero`érabilité des systèmes d'information sont re`ris `ar l'État.

---

[91] Voir `artie 1, titre 1, cha`itre 2, section 1 à `ro`os de la gouvernance `rivée de la normalisation technique.
[92] Externalité négative :
[93] htt`://www.adele.gouv.fr/wiki/index.`h`/Accueil accessible a`rès inscri`tion. L'a``el à commentaire sur la `remière `hase du référentiel a eu lieu entre avril et août 2006.
[94] htt`://www.adele.gouv.fr/wiki/index.`h`/Protection_des_donn%C3%A9es_`ersonnelles
[95] D'a`rès le RGI Intero`érabilité Sémantique – Normes et Recommandations, `. 5 htt`s://www.ateliers.adele.gouv.fr/ministeres/domaines_d_ex`ertise/architecture_fonctio/`ublic/rgi/referentiel_general7230/downloadFile/file/Referentiel_general_Intero`erabilite_Volet_Semantique_V0.93.`df?nocache=1145027313.41 « En a``lication du `rinci`e de subsidiarité, ces règles ne s'a``liquent qu'aux `roblématiques d'échange (`ris au sens large) entre les usagers et l'Administration ainsi qu'entre les différentes autorités administratives. Pour leurs besoins internes, les administrations et les collectivités territoriales restent libres du choix des normes, `rinci`es et com`osants à utiliser. » Cette règle `ourrait être remise en question `our des raisons `ragmatiques et entraîner une réforme du droit administratif.
[96] Voir `ar exem`le la Charte Internet d'accessibilité et de qualité du Conseil Régional d'Aquitaine : htt`://charte-internet.aquitaine.fr/ dont les conditions juridiques de mise à dis`osition `révoient la re`rise et le `artage des modifications `ar d'autres acteurs. Ainsi, les `rogrès seront `artagés et le coût marginal minimisé.

L'interdisci` linarité et la ` artici` ation comme méthode de recherche

Le recours aux sciences dures et à la com` lexité[97] n'est ` as courant dans les facultés de droit en France. On dénombre quelques thèses de doctorat[98], ` rojets de recherche[99] et articles de doctrine en France, mais la communauté s` écialisée en informatique juridique ou en « droit et intelligence artificielle » que l'on traduit ` ar *AI and law*[100], qui com` rend ` ourtant de nombreux travaux sur l'aide à la décision et la re` résentation de l'information juridique, est incom` arablement ` lus dévelo` ` ée à l'étranger (Pays-Bas, Italie, Grande-Bretagne, Etats-Unis, Australie…), où sont en ` lace des laboratoires et des cursus universitaires associant recherches et études en droit, logique, ` hiloso` hie, linguistique et informatique[101]. Cette dimension est notablement absente des réflexions sur le droit d'auteur à l'ère des réseaux numériques dont un ` an entier consiste ` ourtant à organiser la délégation de la gestion des actions autorisées à des machines[102]. Ainsi, la doctrine française du droit de l'informatique n'entretient que ` eu de liens avec les travaux de l'informatique juridique. De même que l'analyse économique du droit est ` eu dévelo` ` ée, voire décriée, le droit n'est ` as envisagé en tant que système com` lexe, sauf une ` oignée de chercheurs français, dont la ` lu` art n'a` ` artiennent ` as au monde du droit[103] et ` ar les théoriciens ou ` hiloso` hes du droit qui analysent les fondements et la structuration de la norme de droit, sa validité et ses ra` ` orts avec la morale et la rationalité. Dans la lignée de l'école américaine réaliste qui distingue le

---

[97] Un « Réseau national des systèmes com` lexes » a été fondé fin 2005 : htt` ://rnsc.csregistry.org/

[98] Notamment Danièle Bourcier, Jean Leclerc, Guiraude Lame, Fili` e Borges.

[99] Notamment l'Action S` écifique « Ontologies du droit et langage juridique » qui a réuni 25 chercheurs de différentes disci` lines en 2004 sous la coordination du CERSA (Danièle Bourcier, Guiraude Lame, Melanie Dulong de Rosnay) dans le cadre du Réseau Thématique Pluridisci` linaire « Droit et Systèmes d'Information » du CNRS.

[100] Sur l'histoire de la disci` line et l'intérêt du droit comme domaine d'a` ` lication de l'intelligence artificielle, voir Rissland Edwina L., Ashley Kevin D., Loui Ron P., « AI and Law: A fruitful synergy », *Artificial Intelligence*, vol. 150, s` ecial issue on AI & Law, n°1-2, 2003, ` . 1-15.

[101] Dans le même sens sur la non-reconnaissance des vertus scientifiques de l'interdisci` linarité dans l'université française, voir l'introduction de la thèse de Borges Fili` e, *Modélisation de la décision de justice - L'exemple du juge judiciaire*, thèse de droit, dir. Bourcier Danièle, Université de Paris 2, 2004, ` . 2 et 6 et s.
` . et sur l'absence de réflexion ` hiloso` hiques dans l'école ` ositiviste dominante en droit français, voir Mancini Anna, *L'obsolescence du droit d'auteur et de sa philosophie*, Buenos Book International, 2006, ` . 11-14.

[102] L'a` ` roche technique du droit d'auteur ou du droit de l'informatique consiste à ra` ` rocher les nouveaux actes et services des catégories et règles du droit ` ositif ` ar une o` ération de qualification juridique.

[103] Action S` écifique et ` rojet « COMP-LEX » sur la modélisation de l'évolution du droit et de la juris` rudence.

« *law-in-books* » du « *law-in-action* »[104], notre réflexion s'a` ` uie sur une ex` érimentation et des collaborations avec des informaticiens et des ingénieurs de la connaissance. Notre sujet est à l'origine d'un ` rojet de recherche[105] qui vise entre autres à critiquer, dévelo` ` er, structurer et automatiser notre modèle[106]. L'interdisci` linarité mise en œuvre dans cette thèse n'est ` as un sim` le exercice théorique ou é` istémologique ; cette a` ` roche est indis` ensable à toute recherche visant à com` rendre et re` résenter un système à la croisée du droit, de l'économie, des sciences de l'information et de l'informatique, un système du « *law in computers* »[107] ou de la *lex electronica*. Le droit ne ` eut se contenter de ` enser la technique de manière extérieure, c'est-à-dire de s'o` ` oser à la technique ou de s'a` ` uyer sur la technique en tentant de la contrôler : ` our ` ouvoir la réguler de manière ada` tée, il doit chercher à intégrer certains de ses ` rinci` es, de ses fonctionnalités architecturales. Sans un effort d'a` ` roche interdisci` linaire, le droit sera en décalage avec ce qu'il cherche à réguler et ` robablement ineffectif et inversement, la technique ne ` eut se ` enser com` lètement en dehors des schémas et règles du droit.

Cette thèse se rattache donc aux théories juridiques et ` olitiques du droit de l'information dans le cyberes` ace, aux travaux sur la *lex electronica* et les biens communs, à la science de l'information et aux normes de la documentation, ainsi qu'à la marge à l'analyse économique du droit ` ar les coûts de transaction.

Notre méthode de recherche est fondée sur la ` artici` ation à des ` rojets (MPEG, Creative Commons), a` ` roche qui a été ` rivilégiée ` ar ra` ` ort à une sim` le entrée ` ar la doctrine juridique qui aurait ` u conduire à autonomiser le droit. Ces ` rojets ont été retenus en fonction de leur ` ertinence dans l'écriture du *code* et du droit encadrant la mise à dis` osition des

---

[104] Pound Roscoe, « Law in Books and Law in Action », *American Law Review* vol. 44, ` . 12-36 (1910), also in Fisher William W. III, Horwitz Morton J., Reed Thomas A., *American Legal Realism*, Oxford University Press, 1993, 344 ` .

[105] Projet Medialex en ` artenariat avec l'Université de Technologie de Com` iègne et l'Université de Reims Cham` agne-Ardennes subventionné ` ar l'Agence Nationale de la Recherche (ANR) dans le cadre du réseau ` our la Recherche et l'Innovation en Audiovisuel et Multimédia (RIAM).

[106] Notre ` ro` osition de modélisation de la mise à dis` osition des œuvres et des informations est ` résentée dans la ` artie II, titre I, cha` itre 3, section 2.

[107] D'a` rès le titre de l'article de Leith Phili` , « The ` roblem with law in books and law in com` uters: The oral nature of law », *Artificial Intelligence Review*, vol. 6, n°2, June 1992, S` ecial Issue on Law, Com` uters and AI, S` ringer, ` . 227-235.

œuvres et des informations sur les réseaux. Ainsi, c'est lors de la définition de notre sujet en 2001-2002 que nous avons choisi d'effectuer une thèse dans le cadre d'une convention industrielle et de rechercher une entre` rise im` liquée dans la normalisation MPEG-21 afin d'accéder à la ` roduction de la norme technique et com` rendre les motivations des acteurs des mesures techniques de ` rotection. Notre sujet visait à définir des descri` teurs de haut niveau[108] ` renant en com` te les usages commerciaux, les usages non régulés ` ar le droit.

C'est en vue d'étudier une solution alternative à la ` rotection, d'accéder au domaine des mesures techniques d'information et d'effectuer un travail de terminologie juridique com` arée vers la définition de standards ou ex` ressions des droits que nous avons choisi de ` artici` er au ` rojet Creative Commons à ` artir de 2003. Notre contribution à ces deux initiatives de standardisation a conforté nos hy` othèses : les choix techniques et juridiques ont des conséquences ` olitiques. Ces deux ` rojets n'étaient ` as antinomiques mais com` lémentaires. La ` erce` tion de notre travail ` ar ces communautés a mis en valeur le décloisonnement méthodologique et conce` tuel entre les disci` lines : ` olitiste ` armi les ex` erts de la standardisation, juriste ` armi les ingénieurs de la connaissance et les s` écialistes des ontologies[109], actrice de la standardisation ` armi les ex` erts de la gouvernance[110], actrice des biens communs ` armi les ` orteurs d'intérêt des industries culturelles, et enfin chercheur en droit initiée à l'ingénierie des connaissances ` armi les acteurs des biens communs. Nous avons ainsi ` u ado` ter une attitude critique vis-à-vis :

- des juristes qui travaillent sans les techniciens ou n'intègrent ` as suffisamment les objectifs des ` olitiques ` ubliques,

---

[108] Les descri` teurs de haut niveau s'o` ` osent aux descri` teurs de bas niveau dans le domaine de l'indexation multimédia : les ` remiers sont définis manuellement tandis que les seconds sont extraits automatiquement. Par exem` le, le genre d'une musique ` eut être ` erçu et qualifié ` ar l'auditeur, ou calculé à ` artir du signal. Cette définition ` eut être trans` osée dans le domaine du droit et des métadonnées juridiques : le haut niveau sera su` ranational et a` ` licable indé` endemment des contraintes de chaque droit national.

[109] Nous avons ` résenté dans le cadre de l'Action S` écifique « Ontologie du droit et langage juridique » du Réseau Thématique Pluridisci` linaire « Droit et Systèmes d'Information » du CNRS en 2004 et du ` rojet Medialex en 2005-2006 des versions ` réliminaires de notre modèle de re` résentation des conditions de mise à dis` osition des œuvres et informations. Voir le modèle *supra* ` artie II, titre I, cha` itre 3, section 2.

[110] Nous avons ` résenté nos ` remières réflexions sur MPEG dans le cadre du ` rogramme franco-allemand « Gouvernance, Droit, Technologie », 2004-2005, Réseau Thématique Pluridisci` linaire « Droit et Systèmes d'Information » du CNRS et Programme Euro` éen Trustnet-in-action.

- des informaticiens qui travaillent avec les acteurs du marché mais ` as les juristes ni les sociologues,
- des acteurs des biens communs qui intègrent la norme sociale, technique et économique mais ` as suffisamment l'informatique juridique.

La seule observation de ces ` rojets sur leurs listes de discussion sans avoir le statut d'acteur de ces ` rojets nous aurait a` ` orté bien moins de données. Notre cor` us de données est ainsi très hétérogène et évolutif :

- doctrine, ra` ` orts ` ublics, études scientifiques,
- droit ` ositif, contrats-ty` e, normes et standards techniques,
- articles de ` resse, sites Internet et listes de discussions,
- nos ` ro` res contributions architecturales et juridiques à MPEG et Creative Commons,
- des entretiens formels et informels avec les conce` teurs, les ` orteurs d'intérêt de la ` rotection et des biens communs et les utilisateurs de ces solutions mi-techniques et mi-juridiques lors de conférences et réunions, d'échanges ` ar courrier électronique.

Problématique et ` lan

Nous ` ro` osons de contribuer, à ` artir du droit de l'information, à une théorie de l'évolution de la régulation et de la gouvernance, vers ` lus d'interdisci` linarité et de flexibilité, ` ar la modélisation de dis` ositifs hybrides mi-juridiques mi-techniques. Nous reconnaitrons la nature ` olitique de ces dis` ositifs qui exercent une influence sur les droits et les libertés. Nous constaterons un renouvellement de la tem` oralité de la régulation. Traditionnellement, la régulation juridique intervient *a posteriori* (les actions sont qualifiées ` ar le juge), alors que la régulation technique intervient *a priori* avec les mesures techniques de ` rotection (qui ` euvent em` êcher d'effectuer certaines actions avant toute qualification). De ` lus, la régulation juridique de cette régulation technique a eu lieu avant le dé` loiement effectif de la régulation technique.

Nous tenterons de montrer dans une ` remière ` artie que le droit et la technique ont été ` ensés de manière ` lutôt autonome dans le cadre de relations conflictuelles, chacun des deux ordres cherchant à dominer l'autre, avant de montrer dans une deuxième ` artie les ` ossibilités ouvertes ` ar une intégration du droit et de la technique, vers la construction dynamique d'ex` ressions des droits à définir. Nous analyserons les deux catégories d'instruments de la régulation technique de l'utilisation des œuvres et des informations, les mesures techniques de ` rotection et les technologies qualifiées de « DRM » (` artie I, titre II), ` uis les mesures techniques d'information (` artie II, titre I) au regard du droit, de la technique, du marché et des usages. Les re` résentations du droit et de la technique seront définies dans le cadre d'une a` ` roche interne qui autonomise les deux techniques normatives (` artie I, titre I) ` uis dans le cadre d'une vision intégrée (` artie II, titre II).

Première ` artie : L'im` ossible autonomie du droit et la technique

Les médias numériques transforment les méthodes de communication, de stockage et de traitement de l'information et modifient donc le droit, entendu largement comme un « ` rocessus de communication » com` renant l'ensemble des normes sociales qui ` artici` ent à sa diffusion dans la société, la résolution des conflits, l'écriture de la loi, la doctrine juridique, les attentes et le rôle des citoyens…[111] La dis` arition des frontières entraîne des difficultés d'a` ` lication du droit et des décisions de justice, et certains annoncent l'émergence d'une souveraineté des réseaux[112], le cyberes` ace étant un lieu s` écifique qui nécessiterait un droit s` écifique[113] et ` roduirait un droit s` écifique, la *lex informatica*. Les valeurs com` rises dans ce *code* informatique ` euvent être régulées ` ar un ` rocessus collectif de ty` e ` olitique (l'Etat) ou ` ar les choix individuels des utilisateurs[114]. Le droit est remis en cause en raison des caractéristiques du cyberes` ace : Internet est décentralisé et n'a ` as de frontières. Différentes formes de normativité (on ` arle de ` luralisme normatif ou d'internormativité) ` artici` ent à sa régulation : a` rès l'autorégulation ` ar les acteurs, la netiquette ou la définition de règles d'usage, la régulation ` ar la technique, le contrat et les organismes ` rivés de standardisation technique, on ` arle de corégulation associant l'Etat et les acteurs ` rivés.

Nous allons analyser les sources de la régulation de la mise à dis` osition des œuvres et des informations sur les réseaux, qui illustrent les « tentations » et les « dérives du technicisme »[115] : la loi et le contrat ` our la régulation juridique, les mesures de ` rotection et de filtrage ` our la régulation technique. Nous étudierons dans un ` remier titre les relations conflictuelles du droit et de la technique qui oscillent entre com` étition et domination. La

---

[111] D'a` rès Katsh Ethan, *The Electronic Media and the Transformation of Law*, Oxford University Press US, 1989, 368 ` .

[112] Reidenberg Joel R., « Governing Networks and Cybers` ace Rule-Making », *Emory Law Journal*, vol. 45, ` . 911, 1996.

[113] Post David G., Johnson David R., « Law and Borders: The Rise of Law in Cybers` ace », *Stanford Law Review*, vol. 48, ` . 1367, 1996.

[114] Sur le rôle de l'Etat ` our garantir l'intérêt général, voir Lessig, *Code*, o` . cit., remis en question ` ar Post David G., « What Larry Doesn't Get: A Libertarian Res` onse to Lessig's Code and Other Laws of Cybers` ace », *Stanford Law Review* , vol. 52, ` . 1439-1459, 2000.

[115] Bernault Carine, « La tentation d'une régulation technique du droit d'auteur », *RLDI*, n°15, 2006.

technique engendre des ada` tations du droit, vers le renforcement d'un droit d'auteur exclusif et la création de solutions alternatives ` our ` réserver des biens communs. La technique ` eut aussi évacuer le contenu et les ` rocédures du droit, nous analyserons la ` roduction de la norme technique. Le droit ` eut aussi tenter d'utiliser la technique ` our contrôler les flux et les données sur les réseaux.

Nous analyserons dans un second titre les tentatives de coo` ération entre le droit et la technique à travers l'exem` le des mesures techniques, contrats électroniques qui viendraient ` rotéger des droits et sont à leur tour ` rotégés ` ar le droit. Ces modes de régulation ` ar le droit et ` ar la technique entraînent des effets ` lus larges que les objectifs initialement visés, on ` arle d'externalité négative[116]. Ces formes de régulation conduisent aussi à automatiser certains actes et entraînent une économie des coûts de transaction[117], les coûts ` our rassembler l'information ` réalablement à une transaction, ainsi que les coûts de négociation d'un contrat et du contrôle de son a` ` lication.

[116] La ` ollution est l'exem` le ty` ique d'externalité qui a été utilisé ` ar le conce` teur de cette notion et du ` rinci` e du ` ollueur-` ayeur, Antoine Pigou. Si l'usine res` onsable rachète le cham` environnant, elle ` ourra internaliser la résolution de ce ` roblème. Sinon, un interventionnisme ` ourra être envisagé : un im` ôt, une réglementation juridique, un arrangement contractuel, une gestion ` ar un organisme collectif…

[117] Cette notion économique a été dégagée ` ar Coase Ronald, « The nature of the firm », *Economica*, vol. 4, n°16, November 1937, ` . 386-405.

Titre I : La confrontation entre le droit et la technique

La ` hiloso` hie a longtem` s « refoulé la technique comme objet de ` ensée »[118], et il semble que le droit n'ait ` as suffisamment ` ensé la technique de manière intégrée mais l'ait considérée comme une source extérieure de ` erturbations d'un ordre existant qu'il convient de contrôler lors d'ajustements. Inversement, la technique ` ense ` arfois le droit comme un objet ` erturbant et a` ` artenant à une autre logique, et va jusqu'à l'ignorer[119] comme c'est le cas avec certaines normes techniques de communication[120].

Dans un ` remier cha` itre, nous analyserons les controverses et les ada` tations du droit à la technique. Chaque a` ` arition d'une nouvelle technique de re` roduction a en effet entraîné une ada` tation du droit en réaction à la menace que faisait ` eser l'innovation sur l'ordre établi. Nous ` résenterons les enjeux et les blocages liés à ces controverses ` ériodiques. Le second cha` itre de ce titre sera aussi consacré à la sé` aration entre les deux ordres, mais du ` oint de vue de la technique. Nous décrirons alors la ` rivatisation de la régulation technique, mise en œuvre sans régulation juridique avant d'analyser dans un troisième cha` itre à ` artir de l'exem` le du filtrage technique et du traitement des données ` ersonnelles l'instrumentalisation de la technique ` ar le droit dans ses tentatives manquées de maintien de l'ordre juridique sur les réseaux.

---

[118] Comme le démontre Stiegler Bernard, *La technique et le temps 1. La faute d'Épiméthée*, Galilée, 1994, 280 ` ., citation ` . 11. Le ` hiloso` he se sert de la technique (usages, ` ro` riété…), mais elle ne ` artici` e ` as à la construction de la vérité ` hiloso` hique. La technique o` ère selon une logique qui ` erturbe la logique ` hiloso` hique, et doit ` ourtant être a` ` réhendée comme une constituante anthro` ologique, avec une ` art d'indétermination qu'il faut ` enser ` our l'intégrer à la culture. Voir Simondon Gilbert, *Du mode d'existence des objets techniques*, Aubier, 1989. Il écrit ` . 252 que « Le fondement des normes et du droit dans le domaine industriel n'est ni le travail ni la ` ro` riété, mais la technicité ». Ce serait renverser le ` roblème que de se demander qui ` ossède les machines, qui à le droit de les em` loyer ou de refuser de les em` loyer, c'est l'organisation technique qui détermine le social. L'objet technique n'est ` as seulement une médiation entre l'homme et la nature.

[119] Voir *supra* ` artie I, titre I, cha` itre 2.

[120] « les satellites ` rivent les ` ouvoirs territoriaux du contrôle des systèmes de transmission et ouvrent un es` ace de communication où dominent ceux qui dis` osent des technologies les ` lus ` erformantes *hors de toutes les contraintes propres aux droits nationaux*. Cette soustraction technique et factuelle aux législations nationales se traduit ` ar une *bataille des normes* entre grou` es industriels multinationaux à laquelle les administrations territoriales assistent ` lutôt qu'elles n'y ` rennent ` art : le droit se trouve mis en question ` ar le fait – ` ar la ` uissance du fait techno-logique s'émanci` ant du territoire, et l'Etat ` ert de fait le mono` ole des télécommunications », à ` ro` os de l'im` osition des normes techniques, Stiegler Bernard, *La technique et le temps 2. La désorientation*, Galilée, 1996, ` . 129.

Cha` itre 1. Le droit d'auteur : une ada` tation du droit à la technique

Ce cha` itre introductif ` résente le contexte et les enjeux de la mise à dis` osition des œuvres, les tendances et controverses du droit d'auteur et de l'évolution des relations entre le droit et la technique qui constituent la toile de fond de cette recherche.

Section 1. Historique

La technique ` ermet la création de nouveaux ty` es d'œuvres et entraîne la création de nouveaux ty` es de droits. Les ada` tations du droit d'auteur coïncident avec les innovations techniques :

- la naissance des ` rivilèges aux libraires, ancêtres du droit d'auteur, au moment de l'a` ` arition de l'im` rimerie,
- les réformes du droit d'auteur corres` ondent à l'a` ` arition de nouvelles catégories de droits, de titulaires de droits, d'exce` tions et de limitations à ces droits exclusifs avec le dévelo` ` ement de la ` hotogra` hie, du cinéma, de la radio, des logiciels, des bases de données, des ` honogrammes et des vidéogrammes, des su` ` orts ` our la co` ie ` rivée, et enfin du numérique.

Le droit d'auteur[121] est considéré comme un mono` ole tem` oraire d'ex` loitation sur les créations originales de forme : les œuvres de l'es` rit. Les idées sont de libre ` arcours et ne

[121] Une im` ortant bibliogra` hie retrace l'histoire et le fonctionnement du droit d'auteur. On se référera notamment sur les as` ects historiques à Dock Marie-Claude, *Etude sur le droit d'auteur*, LGDJ, 1963, 219 ` . et Edelman Bernard, *Le sacre de l'auteur*, Seuil, 2004, 378 ` . Sur les as` ects économiques : Benhamou Françoise, Farchy Joëlle, *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte, coll. Re` ères, 2007, 123 ` . ; Paris Thomas, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, PUF, Sciences sociales et sociétés, 2002, 234 ` . Sur les as` ects juridiques : *Jurisclasseur* Pro` riété Littéraire et Artistique, Bertrand André, *Droits d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 1999, 1152 ` ., Gautier Pierre-Yves, *Propriété Littéraire et Artistique*, PUF, collection Droit fondamental, 4ème édition, 2001, 835 ` ., Lucas André, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998, 355 ` . et surtout Lucas André, Lucas Henri-Jacques, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Litec, 2ème éd. 2001.

` euvent ` as être a` ` ro` riées, tous les auteurs ` uisant dans un fonds commun. Des droits exclusifs naissent automatiquement sur la tête de l'auteur sans qu'il lui soit nécessaire d'accom` lir de formalité et lui ` ermettent de contrôler la re` roduction et la re` résentation de son œuvre. D'abord destiné au livre im` rimé et aux re` résentations théatrales, ces droits vont s'élargir ` our couvrir différents actes : la distribution, l'ada` tation, la traduction, la location, le ` rêt…

A ces droits ` atrimoniaux ou économiques s'ajoutent en droit français une série d'attributs de droit moral, reflétant la relation ` ersonnaliste entre l'auteur et son œuvre. Il s'agit du droit de ` aternité qui im` lique de citer le nom de l'auteur à chaque re` roduction et re` résentation de l'oeuvre, du droit au res` ect à l'intégrité de l'œuvre et à l'honneur et à la ré` utation de son œuvre, du droit de divulgation qui ` ermet à l'auteur de contrôler le moment de la ` remière mise à dis` osition du ` ublic de son œuvre et enfin du droit de retrait et de re` entir qui lui ` ermet de de retirer son œuvre de la circulation ou de la corriger, sous réserve de com` enser les éventuels cessionnaires d'un droit d'ex` loitation. Ce contrôle de l'usage de l'œuvre diffère des transferts de ` ro` riété ordinaires.

Le système du *copyright* a des origines légèrement différentes. Il ne reconnaît ` as la s` écificité du lien entre l'auteur et son œuvre : la Constitution des USA cherche à encourager le ` rogrès et la dissémination des arts et des sciences. On ne ` rotège ` as le créateur mais la ` ersonne qui est à l'initiative de l'investissement financier rendant ` ossible la création.

Le droit d'auteur, ` uis les droits voisins sont accordés aux artistes inter` rètes sur leurs inter` rétations, ` uis aux ` roducteurs de ` honogrammes et de vidéogrammes sur leurs fixations et aux entre` rises de communication audiovisuelle sur leurs ` rogrammes à ` artir de 1985 et enfin aux ` roducteurs de bases de données dès 1996, définit les ty` es d'œuvres, les ty` es de droits et la manière de les exercer. Le droit moral est ` er` étuel, inaliénable et incessible, tandis que les droits ` atrimoniaux ont une durée limitée qui ne fera qu'augmenter jusqu'à atteindre soixante-dix ans a` rès la mort de l'auteur en France ` our les œuvres individuelles. Cette durée limitée re` résente un équilibre entre l'incitation à la création et les ` rérogatives du ` ublic. A l'ex` iration de la ` rotection, l'œuvre retourne dans le domaine

` ublic et ` eut être ex` loitée gratuitement. Des exce` tions aux droits exclusifs ` ermettent au ` ublic d'exercer certains actes selon certaines conditions sans devoir demander d'autorisation ne verser de rémunération ` ro` ortionnelle aux actes d'ex` loitation : co` ie ` rivée, re` résentation ` rivée, courte citation, ` arodie ou caricature… Les limitations aux droits exclusifs ` ermettent d'exercer certains actes sans autorisation ` réalable, mais requièrent le versement d'une rémunération : licence légale et rémunération équitable ` our la diffusion de musique dans les lieux ` ublics, re` rogra` hie, re` résentation et co` ie ` rivée et rémunération sur su` ` orts vierges…

Ces exce` tions et limitations sont fondées sur :
- des droits fondamentaux (la liberté d'ex` ression, le res` ect de la vie ` rivée, le droit à l'information),
- l'intérêt du ` ublic (enseignement, musées, ` ersonnes handica` ées) et
- sur une carence du marché, une ina` titude à évaluer et à contrôler les actes.

Le système du *copyright* ne ` rocède ` ar ` as liste mais a dégagé quatre critères de l'usage équitable ou *fair use* à destination du juge :
- le but et le caractère de l'usage, ` ar exem` le sa destination à des fins éducatives, non lucratives,
- la nature de l'œuvre
- l'im` ortance de la ` artie utilisée ` ar ra` ` ort à l'ensemble de l'œuvre
- l'incidence sur le marché ` otentiel ou le ` réjudice économique.

Le mono` ole d'ex` loitation ne ` eut naître à l'origine en droit français que sur la tête d'une ` ersonne ` hysique mais des exce` tions à ce ` rinci` e existent ` our les œuvres ` lurales, réalisées ` ar ` lusieurs ` ersonnes. On obtient des statuts s` écifiques ` our les œuvres réalisées ` ar des auteurs salariés ou fonctionnaires, ` our les oeuvres auxquelles ` artici` ent ` lusieurs auteurs (œuvres collectives, œuvres de collaboration, oeuvres dérivées ou com` osites) et enfin ` our la titularité des œuvres audiovisuelles et logicielles.

Le titulaire des droits a la ` ossibilité de les céder en vue d'une ex` loitation qui sera définie dans un contrat obéissant à des règles formelles. Le contrat devra notamment mentionner l'étendue des droits cédés, la destination, le lieu et la durée de l'ex` loitation. L'inter` rétation des contrats est de nature restrictive et les modes d'ex` loitation non ` révus sont ré` utés non cédés.

La gestion de ces droits ` eut être individuelle, mais aussi collective. En 1777 a` ` araît la ` remière société de ` erce` tion et de ré` artition des droits, la SACD, Société des Auteurs et Com` ositeurs Dramatiques. Ces sociétés se généralisent et il existe en France une vingtaine de sociétés qui couvrent les différents domaines de la création et ty` es de droits. On distingue la gestion collective volontaire ` our laquelle le sociétaire confie la gestion de ses droits ` ar mandat à une société de la gestion collective obligatoire qui est ` révue ` ar la loi. Les justifications de la gestion collective sont économiques et ` ratiques : il est im` ossible à un auteur dans de nombreux domaines de négocier et contrôler toutes les ex` loitations de son œuvre.
La gestion ` eut enfin être numérique : la loi la ` lus récente sur le droit d'auteur et les droits voisins définit en 2006 les modalités relatives aux mesures techniques de ` rotection et d'information sur les droits.

Section 2. Les controverses entre extension de la ` rotection et biens communs

Chaque innovation technique ` erturbe les modèles des industries culturelles et réactive les tensions entre les ` orteurs d'intérêts, les re` résentants des titulaires de droits et les re` résentants du ` ublic, de l'éducation, des bibliothèques, de la recherche… avant d'être absorbée et de donner lieu à un com` romis et à une nouvelle source de rémunération, souvent organisée ` ar la création d'une limitation aux droits exclusifs.

De nombreux manuels et ouvrages de `ro`riété littéraire et artistique et de *copyright* `résentent la tendance `ositiviste, et d'autres textes moins nombreux[122] `résentent une mise en œuvre d'un droit et d'une `olitique différents du courant dominant dit *extensionniste*. Ces derniers dénoncent les effets `ervers `our les libertés, la création et l'intérêt général des transformation de la régulation et notamment la régulation `ar la technique ainsi que le rétrecissement des exce`tions et l'élargissement de l'a``ro`riation marchande à de nouveaux domaines au détriment du domaine `ublic, de l'intérêt général et de la création : données factuelles incluses dans des bases de données, information brute, données `ersonnelles et génétiques…

Le conflit qui intervient à l'arrivée du numérique n'est `as encore résolu. On assiste à un renforcement de l'exclusivité des droits dont l'étendue et la durée augmentent face aux droits du `ublic, aux biens communs[123] et aux libertés `ersonnelles. Les titulaires de droits menacés ont `lusieurs ty`es de réaction :

- demander au législateur de renforcer la régulation juridique et la régulation technique
- `oursuivre en justice les auteurs de contrefaçon, les individus qui téléchargent des œuvres sans autorisation sur les réseaux P2P, ou directement ces `rogrammes d'échange de fichiers[124].

---

[122] Voir `ar exem`le Blondeau Olivier, Latrive Florent, Florent (éd.), *Libres enfants du savoir numérique*, éd. de l'Eclat, Nîmes, 2000, 496 `. ; Latrive Florent, *Du bon usage de la piraterie. Culture libre, sciences ouvertes*, Exils, 2004, 170 `. ; Aigrain Phili``e, *Cause commune : l'information entre bien commun et propriété*, Fayard, coll. Transversales, 2005 ; Boyle James, « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », *Duke Law and Contemporary Problems*, vol. 66, `. 33-74, 2003 ; Lessig Lawrence, *The future of ideas. The fate of the commons in a connected world*, Random House, New York, 2001, 352 `. et *Free culture. How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, Penguin Press, 2004, 348 ` ; Bourcier Danièle, Dulong de Rosnay Melanie, « La création comme bien commun universel - Réflexions sur un modèle émergent » in Bourcier Danièle, Dulong de Rosnay Melanie (ed.), *International Commons at the Digital Age - La création en partage*, Romillat, Paris, 2004, `. 92.

[123] Le vocabulaire Ca`itant les définit comme « les biens com`osant l'actif de la communauté entre é`oux. » Cornu Gérard (dir), *Vocabulaire Juridique Association Henri Capitant*, PUF Quadrige, 7ème éd., 2005, `. 112. En revanche, le régime des biens matrimoniaux `ourrait être une source d'ins`iration `our définir la gestion des biens communs dans le sens où nous em`loyons l'ex`ression : Clément-Fontaine Mélanie, *Les Œuvres libres*, thèse de droit, dir. Vivant Michel, Université de Mont`ellier I, 2 décembre 2006, 629 `.

[124] Des études économiques recherchant une corrélation ou une causalité entre les chiffres du téléchargement et ceux des ventes de l'industrie musicale ont été réalisées et les résultats divergents ne `ermettent `as d'affirmer un lien direct entre les deux `hénomènes. Voir les études sur l'im`act du P2P sur l'économie de la musique : htt`://www.melissa.ens-cachan.fr/article.`h`3?id_article=583

Deux formes de régulation semblent a` ` ro` riées ` our la ` erce` tion d'une rémunération car elles ne rétablissent ` as une rareté artificielle et ` résentent un coût marginal nul ` our l'utilisateur : la régulation ` ar le marché qu'est l'abonnement, et la régulation ` ar le droit que constitue une taxe de ty` e réglementaire.

Les trois ` ro` ositions qui sont a` ` arues ` our tenter d'a` ` orter une solution à ce conflit sont mutuellement exclusives :

- les mesures de ` rotection technique qui restreignent la co` ie ` rivée
- l'extension de la co` ie ` rivée et de la rémunération qui en découle aux échanges sur les réseaux ou la création d'une licence ou d'une forme de com` ensation alternative mutualisée[125]
- les modèles de licences de ty` e communautaires qui ` ermettent aux titulaires de droits qui le souhaitent d'accorder ` lus de droits au ` ublic que le droit ` ar défaut.

Deux sites font leur a` ` arition en décembre 2001[126]. La ` remière encyclo` édie collaborative ouvre au ` ublic en vue de rédiger et ` artager la connaissance, et des métadonnées juridiques ` euvent être générées en ligne en quelques instants et attachées aux œuvres et informations mises à dis` osition en ligne. Ces deux ` rojets ne sont ` as exem` ts de défaut. Ainsi, l'encyclo` édie Wiki` édia utilise la technique du wiki ` our la rédaction collaborative et la discussion. Le risque inhérant est l'inclusion d'erreurs ou d'im` récision, qui ` euvent être corrigées dans la minute ` ar d'autres utilisateurs ou oubliées. Les métadonnées Creative Commons sont incom` lètes, elles ne revêtent ` as l'ensemble des catégories juridiques nécessaires à l'ex` ression des droits et ne ` euvent ` as être a` ` liquées sim` lement en toute

---

[125] Par exem` le Fisher William, *Promises to Keep. Technology, Law, and the Future of Entertainment*, Stanford University Press, 2004. Cha` ter 6: An Alternative Com` ensation System, Netanel Neil, « Im` ose a Noncommercial Use Levy to Allow P2P File Sharing », *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 17, n°1, 2003 et en France la ` ro` osition de licence globale de l'Alliance Public-Artistes. htt` ://alliance.bugiweb.com/

[126] Cette é` oque voit aussi la structuration du mouvement de l'Accès Ouvert aux données et aux ` ublications scientifiques avec la signature des déclarations de Buda` est, de Bethesda, et de Berlin en 2002 et 2003.
htt` ://www.earlham.edu/~` eters/fos/bethesda.htm
htt` ://oa.m` g.de/o` enaccess-berlin/berlindeclaration.html
htt` ://www.soros.org/o` enaccess/fr/read.shtml

circonstances ` ar les titulaires de droits ou les ` ersonnes qui souhaitent réutiliser les œuvres et informations ainsi mises à dis` osition.

Ces outils ou ` lateformes ` our la mise à dis` osition d'œuvres et d'information en ligne seront ` eut-être améliorés, com` létés ` ar d'autres a` ` lications intero` érables techniquement, juridiquement et sémantiquement ou rem` lacés ` ar d'autres ` rojets. Mais cette tendance révèle l'intérêt du ` ublic à devenir auteur, et l'estom` ement de la frontière entre créateur et consommateur.

Le fait que ces deux ` rojets a` ` artiennent au mouvement de l'accès et des contenus ouverts et qu'ils n'organisent ` as directement la ` erce` tion et la ré` artition d'une rémunération n'est ` as la caractéristique que nous souhaitons mettre en avant dans un ` remier tem` s. Ils démontrent l'a` titude la la technique à utiliser le droit dans un certain objectif, le ` artage de la connaissance. Le droit est ` lastique et ne doit ` as être inter` rétée comme une barrière, un frein à la mise à dis` osition ou l'utilisation de ressources numériques. Au contraire, il est ca` able d'accom` agner les dévelo` ` ements sociaux et techniques. Se nourrissant de leurs influences telle une é` onge, il absorbe les besoins et ` eut ` ro` oser des solutions et catégories ` ragmatiques. De ` lus, ces ` rojets sont soumis à une régulation sociale et juridique. Quelques décisions de justice encadrent certaines questions, et l'autorégulation des ` airs ` ossible en raison de la trans` arence et de l'accessibilité des informations, ` ermet d'antici` er la ré` onse et les correctifs à a` ` orter.

Un autre exem` le est l'élargissement du statut d'auteur à une catégorie dite inca` able juridiquement : les enfants. Certains détracteurs estiment dangereux de ` ro` oser à des enfants un ` rocessus dont ils ne sont ` as en mesure d'a` ` récier les conséquences, et cette critique est a` ` licable aux adultes. Chaque auteur doit devenir acteur informé dans la mise à dis` osition en ligne des œuvres qu'il créé et des informations ` ersonnelles qui le concernent. Il doit ` rendre conscience des choix juridiques qui lui sont offerts, si ` ossible de manière non juridique. Certains juristes ` ensent, et ils ont raison, que le droit a` ` licable ne ` ermet ` as aux enfants de ` ublier ni de consentir à une transaction contractuelle sans l'autorisation de leurs ` arents ou d'une autorité de délégation.

Ce` endant, ces ` roblèmes juridiques ne doivent ` as être ` erçus comme des obstacles insurmontables. A` rès tout, des licences dites libres sont dévelo` ` ées de` uis vingt ans ` our contourner, certains diraient *hacker*, certaines restrictions du droit a` ` licable dans le sens de ` lus de liberté ` our le ` ublic. Il est envisageable de dévelo` ` er des outils mi-juridiques, mi-techniques sur le modèle des ` lateformes et métadonnées que nous ex` oserons dans la seocnde ` artie de cette thèse, cette fois-ci vers ` lus de contrôle dans la mise à dis` osition des œuvres. En re` renant l'exem` le de la ` ublication d'œuvres ` ar les enfants, on ` eut imaginer une interface intermédiaire qui nécessiterait une validation ` arentale, non ` as ` our em` êcher l'accès à des contenus ` our adultes, comme le font les filtres ` arentaux, mais ` our contrôler le contenu et les conditions de mise à dis` osition des travaux de leurs enfants. Des ` arents des ` ays du Nord accèdent déjà aux bulletins scolaires de leurs enfants en ligne. Les ` arents du Sud ` ourraient ` ar là bénéficier des ordinateurs que leurs enfants vont recevoir dans le cadre du ` rogramme *One Laptop Per Child*.

Conclusion du cha` itre 1

Nous avons ` résenté succintement les mécanismes du droit d'auteur et les controverses qui a` ` araissent avec le numérique, entre renforcement du contrôle de l'accès et émergence de biens communs. Le droit d'auteur ` eut être considéré comme une exce` tion au ` rinci` e naturel de la libre circulation des œuvres qui existait avant l'introduction de cette fiction juridique et ne s'a` ` lique que ` endant une durée limitée dans le tem` s : « la destination naturelle de l'œuvre est le domaine ` ublic, le mono` ole tem` oraire est une ` arenthèse »[127].

[127] Bénabou Valérie-Laure, « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA* n° 192, 2002, ` . 53.

Cha` itre 2. La normalisation technique : une régulation technique sans régulation juridique

L'Etat n'est ` lus le seul acteur de la régulation, son action est concurrencée et com` létée ` ar la ` artici` ation des acteurs ` rivés, entre` rises, associations et ex` erts avec lesquels il négocie, contractualise et auxquels il ` eut confier des missions ` ar voie de délégation ou de consultation[128].

Nous analysons dans ce cha` itre certaines des nouvelles modalités de la gouvernance. De même que la régulation recouvre de nombreuses notions selon les disci` lines[129], différentes définitions du conce` t de gouvernance sont utilisées ` our décrire l'action des ` ouvoirs des organisations (gouvernements, entre` rises, réseaux…) en sciences sociales, notamment en sciences économiques, en sciences ` olitiques et en sciences administratives. Certaines ` roviennent du législateur, d'autres sont structurées ` ar la doctrine, certaines a` ` artiennent au vocabulaire d'organisations de standardisation technique[130].

La « gouvernance euro` éenne » désigne « les règles, les ` rocessus et les com` ortements qui influent sur l'exercice des ` ouvoirs au niveau euro` éen, ` articulièrement du ` oint de vue de l'ouverture, de la ` artici` ation, de la res` onsabilité, de l'efficacité et de la cohérence »[131], renforçant les ` rinci` es de subsidiarité et de ` ro` ortionnalité du droit communautaire.

Notre a` ` roche de la gouvernance s'inscrit dans ces ` rinci` es ainsi que dans la définition de la gouvernance *de* l'Internet retenue ` ar le WGIG : « le dévelo` ` ement et l'a` ` lication ` ar les

---

[128] Voir notamment Chevallier Jacques, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, Droit et Société, Série ` olitique, vol. 35, Paris, 2003, 225 ` . et Delmas-Marty Mireille, *Les forces imaginantes du droit (III) La refondation des pouvoirs*, Seuil, 2007, 305 ` ., s` . ` . 163 et s. sur la ` artici` ation des acteurs civiques ou ONG à la fonction juridictionnelle et législative, ` . 201 et s. sur les ex` erts, ` . 231 et s. sur la « gouvernance Internet » ou co-régulation, avec l'exem` le de DADVSI « ` erçu comme une arme contre les ` ratiques de téléchargement gratuit » (` . 233) et le multi` artenariat du SMSI.

[129] Voir les définitions de la régulation dans l'introduction.

[130] La « gouvernance » d'un objet numérique dans le vocabulaire MPEG est l'indication d'informations sur les conditions d'utilisation im` liquant l'utilisation de mesures techniques de ` rotection ` our les mettre en œuvre et contrôler leur a` ` lication. L'absence de gouvernance intervient en cas de contenu non marqué. Un débat a eu lieu ` our savoir si cette absence d'information devait entraîner une absence de ` rotection ou au contraire une ` rotection ` ar défaut.

[131] Commission des Communautés Euro` éennes, *Gouvernance européenne. Un livre blanc*, Bruxelles, 25/7/2001, COM(2001) 428 final. htt` ://ec.euro` a.eu/governance/white_` a` er/index_fr.htm

Etats, le secteur ` rivé et la société civile, dans leurs rôles res` ectifs, de ` rinci` es ` artagés, normes, ` rocédures de décision et ` rogrammes qui déterminent l'évolution et les usages de l'Internet »[132]. La gouvernance de l'Internet o` ère dans différents domaines (noms de domaine, multilinguisme, courriers indésirables…) et notre étude est limitée à un domaine de la gouvernance *sur* l'Internet[133] dit des « droits de ` ro` riété intellectuels » (IPR, *Intellectual Property Rights*) et dans une bien moindre mesure la liberté d'ex` ression et la ` rotection de la vie ` rivée. Nous démontrerons ` lus loin dans cette thèse[134] que cette ex` ression est inada` tée et ` ro` osons de la rem` lacer ` ar l'ex` ression de « droits ` ersonnels » qui regrou` e les « droits intellectuels » de la ` ro` riété littéraire et artistique et d'autres droits (droit à l'image[135], informations ` ersonnelles, ` rérogatives du ` ublic...)

Notre analyse s'a` ` uie sur une méthodologie ` artici` ative et la com` araison de ` lusieurs terrains de ` roduction de la norme :

- en ` remier lieu, la ` roduction de la norme technique ` ar le grou` e MPEG,
- à titre de com` araison, la ` roduction de la norme juridique avec l'exem` le de la trans` osition de la Directive DADVSI en France et de la ` ré` aration des travaux dans le cadre de la Commission sur la distribution des œuvres en ligne du CSPLA (Conseil Su` érieur de la Pro` riété Littéraire et Artistique, organe consultatif du Ministère de la Culture),
- de manière subsidiaire, la ` roduction du standard de fait intégrant norme juridique et norme technique Creative Commons.

---

[132] D'a` rès la définition de travail du Re` ort of the *Working Group on Internet Governance*, Château de Bossey, June 2005, document 05.41622. Le WGIG (grou` e de travail sur la gouvernance de l'internet) a été mis en ` lace ` ar les Nations-Unies ` endant la ` remière ` hase du SMSI (Sommet Mondial de la Société de l'Information, *World Summit on Information Society* ou WSIS).

[133] Sur la distinction entre la gouvernance *de* l'internet (« la gestion des ressources techniques ») et la gouvernance *sur* l'internet (« la régulation des contenus et le rôle des ` olitiques ` ubliques »), voir Massit-Folléa Françoise, « Régulation et gouvernance de l'internet », ra` ` ort Vox Internet, *Gouvernance de l'internet. L'état de fait et l'état de droit*, juin 2005, ` . 65-75.

[134] Voir *supra* ` artie I, titre II, cha` itre 1, section 2, §1 : les « DRMs » ne sont ` as des « systèmes de gestion des droits ».

[135] Sur le droit ` ositif français et les juris` rudences qui encadrent l'ex` loitation de l'image des biens ` hotogra` hiés, entre droit de ` ro` riété et ` rotection de la vie ` rivée du ` ro` riétaire du bien et liberté d'ex` ression et droit d'auteur du ` hotogra` he, voir Bruguière Jean-Michel, *L'exploitation de l'image des biens*, Victoire éditions, Guide Légi` resse, 2005, 206 ` .

Nous avons ` artici` é aux travaux de ces trois grou` es en tant que :

- re` résentante de notre laboratoire, le CERSA (institution affiliée à Creative Commons en France) ` our le CSPLA et Creative Commons, et
- ex` erte re` résentant une entre` rise membre de l'AFNOR, condition ` ré-requise ` our avoir le droit de ` rendre ` art aux travaux et aux votes du sous-comité MPEG de l'ISO sur la base de contributions exclusivement techniques et de votes ` ar cor` s nationaux ou *national bodies*.

Cette ex` érience des coulisses de la norme juridique et technique « en train de se faire » nous a ` ermis de nourrir l'analyse de la norme « toute faite »[136] d'éléments concrets sur les modalités ` ratiques, la rhétorique des négociations, les ra` ` orts de force et les stratégies d'alliances thématiques et nationales et le ` ositionnement de chaque catégorie d'acteur face aux controverses soulevées ` ar la diffusion d'œuvres et d'information en ligne[137]. Sans cette ` artici` ation active et subjective, nous n'aurions ` as eu conscience du rôle ` ré` ondérant joué ` ar la ` rocédure et les critiques de forme ` ar les acteurs qui sont à court d'arguments sur le fond mais souhaitent contrer un article, un ` rojet ou un amendement. Les débats à l'Assemblée Nationale sont ` ublics et ` ubliés et cette tactique ` eut donc être observée ` ar tous ; en revanche, les enceintes de la normalisation technique MPEG sont inaccessibles aux observateurs extérieurs[138], et notamment aux juristes, aux chercheurs d'autres domaines des

---

[136] D'a` rès l'o` ` osition entre la science « toute faite » et la science « en train de se faire » chez Latour Bruno, *La science en action*, La Découverte, 1989, ` . 12.

[137] Notre méthode de la « norme en action » se distingue toutefois de celle de Bruno Latour dans la *science en action* dans la mesure où nous avons commencé ` ar observer les lieux et les acteurs avant de quitter notre réserve ` our ` rendre ` art aux débats tandis que Latour reste extérieur à la recherche observée du début à la fin de sa ` ro` re recherche : « nous entrerons dans la science de l'extérieur, nous suivrons ses controverses et accom` agnerons les chercheurs jusqu'au bout. », *ibidem*, ` . 26. Pro` oser des contributions et recevoir les réactions et commentaires des ` airs et des ` orteurs d'intérêts nous a fait sortir du statut d'observateur indé` endant. Conserver une ` osture extérieure ne nous aurait ` as ` ermis de tester nos hy` othèses, tandis que la ` osition de ` air a` rès une observation de courte durée a ` ermis de susciter des discussions interactives avec les ` artici` ants à ` ro` os de nos contributions et des leurs.

[138] Plusieurs ex` erts MPEG nous ont énoncé oralement cette règle de rester entre ` airs, entre « ex` erts techniques » sans risque de ` erturbation extérieure. Cette interdiction ` erçue comme un gage d'efficacité fait ` eut-être ` artie de la norme sociale de ce grou` e, nous n'en avons en tout cas ` as trouvé de trace dans une directive officielle de l'ISO (ce qui ne signifie ` as qu'elle n'existe ` as). Nous avons donc endossé une casquette d'ex` erte technique ` endant trois années (2003-2005) et justifié à de nombreuses re` rises la dimension scientifique d'une recherche sur la modélisation de l'information sur les droits, à distinguer du travail d'avocat (*a researcher in law is not a lawyer!*). Mener une recherche « technique » sans être ingénieure ni informaticienne a suscité certaines incom` réhensions, oscillant entre hostilité (mé` ris et méfiance) et amitié (curiosité, recherche

sciences sociales et aux journalistes[139], ce qui aurait rendu toute enquête extérieure de longue durée im` ossible[140] et réduit notre cham` d'investigation à la norme ` ubliée. Le ` rocessus de standardisation Creative Commons n'est ` as institutionnalisé, les discussions et les décisions sont accessibles sur des listes de discussions, certaines ` ubliques et d'autres ` rivées réservées aux membres des grou` es de travail. La norme est gratuite et ex` rimée à l'aide de standards ouverts. Les décisions sont ` rises à la fois ` ar consensus et de manière centralisée *top-down*. Les ` ro` ositions émergent à la fois du siège et des ` artici` ants au ` rocessus qui font remonter des informations de la ` art des utilisateurs de licences et d'œuvres.

Nous avons observé de nombreuses similarités entre les ` rocessus de normalisation juridique et de normalisation technique, et ` ro` oserons quelques ` istes vers la définition notamment de celle de *consensus*, notion fondamentale de la démocratie ` olitique, juridique et technique[141] et celle de *standards ouverts*[142]. A` rès avoir analysé les définitions et les acteurs de la norme juridique, de la norme technique et du standard technique, nous nous concentrerons sur la ` rocédure en com` arant les modalités en vigueur dans les deux ordres, juridiques et techniques, en en re` érant les meilleurs ` ratiques à même de garantir inclusion et ouverture ` our tous les acteurs et les intérêts. Un seul modèle ne ` ermettra ` as de réguler l'ensemble des conditions de la régulation juridique et technique, et il est im` ortant de res` ecter les

---

d'interdisci` linarité). Cette justification diffère de celle qu'il faut a` ` orter à certains juristes français : la recherche en droit n'est ` as limitée à l'exercice de la doctrine juridique. On notera enfin que le ` ositionnement de l'ex` ert interdisci` linaire ` eut varier en fonction des cercles, on ` eut se ressentir ` rofondément juriste ` armi les techniciens et ` rofondément technicienne ` armi les juristes et ada` ter sa méthodologie en fonction de ces intuitions.

[139] Des journalistes relatent d'ailleurs certains votes et stratégies de soutien, notamment sur des formats ` lus célèbres comme le format O` en XML et la concurrence entre O` en Office et Microsoft Office, la ` remière norme O` enDocument Format ayant obtenu le statut de norme ISO/IEC 26300:2006 en mai 2006. htt` ://www.zdnet.fr/actualites/informatique/0,39040745,39365505,00.htm

[140] Les réunions MPEG rassemblent environ 300 ex` erts ` endant cinq à dix jours quatre fois ` ar an. La ` lu` art se connaissent de` uis des années et il est matériellement im` ossible de rester ina` erçu et non identifié ` endant les réunions non ` léniaires qui réunissent entre 5 et 50 ` ersonnes. Nous avons fait état à notre arrivée de notre double statut, ` artici` ante re` résentant une entre` rise dévelo` ` ant des mesures techniques et affiliée à l'AFNOR et doctorante au sein d'un laboratoire de science administrative observatrice des ` rocédures et ` ratiques de cette enceinte de ` roduction de la norme technique.

[141] D'a` rès Hawkins Richard, « Vers une évolution ou vers une dis` arition de la « démocratie technique » ? L'avenir de la normalisation dans le domaine des technologies de l'information et de la communication », *Réseaux* vol. 18, n° 102, La fabrication des normes, 2000, ` . 118-137.

[142] Même si l'ex` ression de « norme ouverte » ` araît ` lus rigoureuse en français, le vocabulaire du domaine ayant aussi ses « standards de fait ». Nous re` renons donc l'ex` ression de « standard ouvert » mais ` as celle de

diversités interculturelles afin d'obtenir un meilleur res` ect de la régulation. Ainsi, le ra` ` ort de confiance envers l'Etat central n'est ` as le même en Euro` e et ` lus ` articulièrement en France qu'aux Etats-Unis. De nombreux Français semblent redouter l'absence d'enregistrement systématique et de contrôle centralisé[143], et ` enser que seule une autorité centrale nationale ` eut bénéficier d'une légitimité et d'une reconnaissance démocratique et scientifique.

Section 1. Les nouvelles modalités de la gouvernance : une régulation sans Etat ?

Les normes et standards techniques ` euvent être inter` rétés comme faisant ` artie du mouvement de « dérégulation » dans le sens où la norme juridique dis` araît mais aussi d'une forme de « re-régulation » car elles fournissent un cadre alternatif et leur ` rocessus est ` arfois très formel[144]. Elles font aussi ` artie du mouvement de « co-régulation », modalité de la gouvernance qui associe d'une ` art la norme juridique de ty` e législatif et d'autre ` art la norme technique non-contraignante, basée sur le consensus et la ` artici` ation volontaire des acteurs les ` lus concernés[145], instrument de certaines ` olitiques ` ubliques qui délèguent une activité au secteur ` rivé lorsqu'elles n'ont ` as les moyens de mettre une ` olitique en œuvre[146].

§1. La normalisation et la standardisation technique : une a` ` roche ` ar le droit

1) Définitions

« IPR » ni de « DRM » (voir *infra* ` artie I, titre II, cha` itre 1, section 2, §1) ni celle d'œuvre libre à laquelle nous ` référons « œuvre commune » (voir *infra* ` artie II, titre II, cha` itre 1, section 1, §2).

[143] C'est le sentiment que ` rovoquent les questions adressées à Creative Commons France en quête d'une validation des licences ` ar la ` uissance ` ublique et d'une demande de légitimation de leurs usages de ces licences ` ar une équi` e affiliée à une université et au CNRS. Selon nous, il n'y a ` as de nécessité juridique ni sociale de reconnaître officiellement la validité de ` ratiques, une hy` othétique accréditation officielle ne constituant ` as nécessairement une garantie tous risques.

[144] Majone Giandomenico, *La Communauté européenne : un Etat régulateur*, Clefs Politique, Montchretien, 1996, 158 ` .

[145] Commission des Communautés Euro` éennes, Gouvernance euro` éenne. Un livre blanc, Bruxelles, 25/7/2001, COM(2001) 428 final. htt` ://ec.euro` a.eu/governance/white_` a` er/index_fr.htm

[146] Par exem` le dans le domaine des télécommunications, voir Borraz, *op. cit.*, ` . 79-80.

La normalisation et la standardisation sont désignées `ar le même mot en anglais, *standardization*[147]. Le `remier `rocessus[148] désigne en français la `rocédure qui associe différents `artenaires et `orteurs d'intérêts `rivés et `ublics, au moins en théorie, tandis que le second qualifie un `rocessus de définitions de s`écifications communes élaboré de manière `rivée sans nécessaire multilatéralisme[149]. On trouve différentes définitions des notions de norme, normalisation, standard et standardisation dans le droit `ositif et dans la doctrine des sciences juridiques, économiques, `olitiques et de l'information et de la communication.

La norme est un « document établi `ar consensus et a``rouvé `ar un organisme reconnu, qui fournit, `our des usages communs et ré`étés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques, `our des activités ou leurs résultats, garantissant un niveau d'ordre o`timal dans un contexte donné »[150]. La norme est une « s`écification technique a``rouvée `ar un organisme reconnu à activité normative `our a``lication ré`étée ou continue, dont l'observation n'est `as obligatoire ».[151]

---

[147] Les ex`ressions *de jure standard* et *de facto standard* `ermettent de restituer la nuance. Standardisation s'écrit avec un s en anglais britannique et un z en américain.

[148] La « norme » vient de *norma* qui signifie « mesure » en grec et « équerre, règle » en latin.

[149] Ce`endant, certains auteurs réservent l'em`loi de l'ex`ression de *facto standard* (standard `ar o``osition à norme) aux actes unilatéraux et à la dynamique qui émerge du marché qui ne retient qu'un ou quelques « standards » : Borraz Olivier, « Governing Standards: The Rise of Standardization Processes in France and in the EU », *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, vol. 20, n°1, January 2007, `. 58. Dans le même sens, Lachman distingue la norme ou standard *de jure* « `our désigner les standards d'origine institutionnelle ou certifiée `ar l'Etat et largement suivis `ar l'ensemble des agents » du standard *de facto* « d'origine `rivée mais qui (a) réussi à devenir une référence `our le marché » et em`loie le terme standard `our synthétiser les « deux acce`tions ». Lachman Moisés, *Contrôle de la standardisation et propriété intellectuelle : une réflexion sur le cas de l'informatique*, thèse d'économie des systèmes d'information, dir. Benzoni Laurent, ENST, 1993, `. 7, note 1. Il se `eut que la différence de définition reflète les différences d'a``roches entre sciences économiques et juridiques. Nous désignons `ar norme/*de jure standard* le résultat d'un `rocessus multilatéral `ublic, en théorie ouvert et trans`arent (`ar exem`le l'ISO), et `ar standard/*de facto standard* le résultat d'un `rocessus `rivé, qu'il soit multilatéral (consortium de quelques entre`rises qui se regou`ent en vue de la définition d'une technologie `récise dont elles ont besoin) ou `rivé (résultat d'une `référence ex`rimée `ar le marché, `ar exem`le le système d'ex`loitation Windows, quoique Macintosh tende à devenir « standard » dans certaines communautés créatives). Dans le même sens, Rada Roy, « Consensus Versus S`eed », in Jakobs Kai (ed.), *Information Technology Standards and Standardization: A Global Perspective*, Idea Grou` Publishing, Hershey USA/London UK, 2000, `. 23 : « IETF standards are different from ISO standards and are not `art of an official, government standardization effort. IETF standards are also different from 'de facto' standards. A 'de facto' standard is not `ublicly develo`ed but is widely used. »

[150] Sutter Eric, « Norme », in Cacaly Serge et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'information et de la documentation,* Nathan, 1997, `. 428.

[151] Directive 83/189/CEE mod. du Conseil du 28 mars 1983 `révoyant une `rocédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques

Selon une membre de l'AFNOR ` artici` ant aux travaux du sous-comité SC 36 de l'ISO[152], la norme est l'« ensemble de règles de conformité édictées ` ar un organisme de normalisation au niveau national ou international », tandis que le standard désigne l'« ensemble de recommandations émanant d'un grou` e re` résentatif d'utilisateurs réunis autour d'un forum (et) ` eut signifier une hégémonie ». D'a` rès certains, « la différenciation entre "norme" et "standard" ` arait se situer en grande ` artie au niveau des acteurs en jeu et des ` rocédures de consensus attachées, le renvoi à la langue anglaise ` our le monde industriel est d'ailleurs un indice intéressant sur le ` oids des acteurs à l'œuvre »[153]. La re` résentativité des utilisateurs reste à définir et à démontrer.

Le terme « standard » semble enfin ` lus ` roche du vocabulaire technique et économique, tandis que le terme « norme » a` ` artient ` lutôt au vocabulaire des sciences ` olitiques, juridiques et administratives. La standardisation (et la normalisation) ` ermettent d'accroître l'influence économique des entre` rises et des ` ays, dans la mesure où le ` rocessus normatif ne se clôt ` as alors que l'industrie est déjà ` assée à une autre technique standard de fait. Elle revêt aussi des enjeux ` olitiques dans le cadre de la com` étitivité internationale et de l'intelligence économique[154]. Im` oser le res` ect d'une norme technique à des fins ` rotectionnistes est considéré comme une mesure équivalente à des restrictions quantitatives et donc ` rohibée ` ar le droit communautaire[155].

En droit français, « la normalisation a ` our objet de fournir des documents de référence com` ortant des solutions à des ` roblèmes techniques et commerciaux concernant les ` roduits,

---

[152] Bourda Yolaine, « Métadonnées ` our les ressources ` édagogiques », séminaire Educnet *Normes et standards pour les activités numériques d'enseignement*, octobre 2003.
htt` ://www.educnet.education.fr/tech/normes/lyon10-03.htm
[153] Chartron Ghislaine, Noyer Jean-Max, « Introduction », Revue Solaris, n°6, *Normes et documents numériques : quels changements?,* décembre 1999-janvier 2000.
[154] Carayon Bernard, *A armes égales*, ra` ` ort au ` remier ministre, se` tembre 2006, 118 ` .
htt` ://www.ladocumentationfrancaise.fr/ra` ` orts-` ublics/064000728/somm.shtml
Voir notamment ` . 47 et s. On notera que ce ra` ` ort em` loie ` resque exclusivement le terme de norme et non ` as de standard, même ` our désigner les « normes de fait » élaborées dans des instance informelles telles que le W3C, l'IEEE ou OASIS (` . 54).
[155] Article 30 du Traité de Rome.

biens et services qui se `osent de façon ré`étée dans des relations entre `artenaires économiques, scientifiques, techniques et sociaux »[156].

D'a`rès Leonardo Chiariglione, le fondateur du grou`e de l'ISO en charge de la standardisation du multimédia, « *Standardisation is the process by which individuals recognise the advantage of all doing certain things in an agreed way and codify that agreement. I personally do not think that law should impose standards. On the other hand I can see that they could be useful tools in the hands of regulators.* »[157] On notera la réticence à envisager que le droit `rescrive le recours à une norme technique[158] considérée ici comme une source de *soft law*, une autorégulation qu'il conviendrait de ne `as encadrer `ar la loi de manière contraignante mais que le législateur devrait au contraire envisager comme un outil utile. Sans se substituer à la loi ni être im`osé `ar la loi, le standard technique `eut être utilisé comme un outil de régulation.

2) Les normes obligatoires et les normes ou standards facultatifs

On distingue au sein des normes techniques les normes contraignantes et celles d'a``lication facultatives. Les standards de fait sont im`osés `ar une `osition de ty`e mono`olistique d'un

---

[156] Décret 84-74 du 26 janvier 1984 fixant le statut de la normalisation, JORF du 1er février 1984. Voir aussi les autres textes administratifs : circulaire du 5 juillet 1994, relative à la référence aux normes dans les marchés `ublics et les contrats soumis à certaines `rocédures communautaires, JO 26 août 1994, `. 12391, décret n° 84-74 du 26 janvier 1984 fixant le statut de la normalisation et recommandation n° T1-99 relative à l'utilisation des normes et des certifications dans les s`écifications et à l'a``réciation des équivalences `ré`arée `ar le GPEM « Travaux et maîtrise d'oeuvre » et ado`tée le 7 octobre 1999 `ar la section technique de la Commission centrale des marchés. htt`://www.minefi.gouv.fr/minefi/`ublique/marches_`ublics/index.htm
cliquer sur Direction des affaires juridiques).

[157] Chiariglione Leonardo, « Role of standardisation in the DRM field », *DRM Workshop*, Brussels, 2003/03/25. htt`://www.chiariglione.org/leonardo/`ublications/brussels_drm/index.htm

[158] Pourtant le gouvernement français dans un communiqué de Matignon le 28 décembre 2004 `révoit d'im`oser l'utilisation des normes MPEG-2 et MPEG-4 `our la TNT (Télévision Numérique Terrestre) res`ectivement gratuite et `ayante, ceci contre l'avis du CSA (Assemblée `léniaire du Conseil Su`érieur de l'Audiovisuel, 20 juillet 2004). Une telle décision re`résente une victoire `our les industriels qui `ourront vendre des réce`teurs numériques à la norme MPEG-4. Elle a été validée dans la loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, loi n° 2007-309 du 5 mars 2007, JORF n° 56 du 7 mars 2007. Seule la norme MPEG-4 `ermet la haute définition, et seuls les téléviseurs intégrant des décodeurs de cette norme `ourront être vendus en 2008.

acteur ` rivé et entraînant la ca` tivité[159] des consommateurs qui doivent acheter des versions successives ` as forcément com` atibles (` ar exem` le la suite bureautique Microsoft Office). Des standards de fait ` euvent devenir des normes techniques quand les entre` rises tentent d'inscrire les s` écifications de leurs ` roduits en vue d'une reconnaissance ` ar les organismes de normalisation technique (` ar exem` le le format de fichier Quicktime certifié[160] ISO 9000 ` ar l'ISO). La certification intervient dans les domaines de la qualité, de la sécurité des ` roduits. Enfin, une norme juridique ` eut contenir des standards juridiques, ou notions fondamentales du droit[161] et une norme et un standard techniques ` euvent chercher à intégrer ces standards juridiques, à les re` résenter dans des métadonnées[162]. Ces deux derniers ` oints seront étudiés dans des cha` itres ultérieurs. Ainsi, la re` résentation de conditions juridiques de mise à dis` osition d'œuvres et d'informations sur les réseaux ` eut refléter la lutte d'influence entre les conce` tions de la *common law* et du droit civil, entre *copyright* et droit d'auteur si les termes et les ` ratiques s` écifiques au *copyright* sont ` rivilégiés ` ar ra` ` ort aux ` rinci` es et usages du droit d'auteur.

Les objectifs ` remiers de la norme sont la qualité des ` roduits ou des ` restations, la sécurité ou « l'interchangeabilité » des ` ièces industrielles (ancêtre de « l'intero` érabilité » entre formats de fichiers, logiciels et a` ` areils de lecture, a` titude des dis` ositifs techniques à fonctionner ensemble), ` ar exem` le l'écartement des rails de chemin de fer ou des ` rises électriques, la sécurité des jouets ` our enfants. Le destinataire sera l'industriel qui dévelo` ` e des ` roduits de consommation. La loi ` ourra rendre l'a` ` lication de ce ty` e de norme obligatoire si le marché n'y ` arvient ` as s` ontanément ` ar l'autorégulation. Les normes techniques d'a` ` lication obligatoire ` ar la loi ` our des raisons de sécurité ou de santé

---

[159] « Les détenteurs d'une technologie n'ont ` as toujours intérêt à ouvrir leurs standards. Ceux-ci ` euvent lui ` rocurer un ` ouvoir de mono` ole ` rotégé ` ar des dis` ositifs légaux ». Lachman, *op. cit.*, ` . 84-86. Mais la standardisation ou la mise en com` atibilité ` ermet à tous les acteurs économiques de dévelo` ` er des ` roduits et de satisfaire les consommateurs. Le droit de la concurrence ` ermettra d'arbitrer ces conflits.

[160] D'a` rès l'ISO, la certification est la « ` rocédure ` ar laquelle une tierce ` artie donne une assurance écrite qu'un ` roduit, un ` rocessus ou un service est conforme aux exigences s` écifiées dans un référentiel. » Cette ` rocédure ` eut être renouvelée, ` ar exem` le tous les trois ans.

[161] Sur les standards juridiques, voir *supra* ` artie II, titre II, cha` itre 2, section 1.

[162] Sur la formalisation technique de ces standards juridiques, qui deviennent des notions avec des définitions qu'il n'im` orte même ` lus de rattacher aux ordres du droit ou de la technique ` uisqu'elles sont l'ex` ression même de l'intégration entre les deux ordres, voir ` artie II, titre I à ` ro` os des métadonnées juridiques ou informations sur les droits.

` ublique sont en dehors du cham` de cette recherche ` ortant sur des normes techniques qui ne sont ` as rendues obligatoire[163] ` ar décret ou arrêté ministériel et ne constituent donc ` as des actes administratifs réglementaires. Mais la loi ` eut rendre obligatoire certains standards et format ouverts dans le domaine de la bureautique[164]. Les éventuels recours en annulation susce` tibles d'intervenir dans le domaine des normes techniques de notre domaine ` ourraient donc ` rovenir des juridictions de l'ordre judiciaire[165], mais on ` eut su` ` oser que le juge administratif serait com` étent si une norme de mesure technique de ` rotection vient à être rédigée à des fins de service ` ublic, ` ar exem` le à destination des besoins s` écifiques des bibliothèques ou de l'enseignement.

La res` onsabilité des organismes de standardisation ` ourrait-elle être engagée, ou est-il du devoir du ` rofessionnel d'im` lémenter la norme technique facultative de manière à res` ecter la norme juridique a` ` licable dans les ` ays où son ` roduit est distribué ? Les acteurs de la normalisation MPEG ` enchent ` our la seconde inter` rétation et ` ensent que la norme MPEG n'a ` as à se soucier de res` ecter le droit[166]. La question des vices cachés et de la res` onsabilité du fournisseur du fait de ` roduits défectueux sera évoquée ultérieurement[167] au sujet des décisions de justice im` osant une obligation d'information du consommateur sur les ` ro` riétés du ` roduit, ici com` atibilité entre ` roduits (disques et chaînes hifi, fichiers numériques et baladeurs intégrant un logiciel de lecture et de décry` tion d'une mesure technique de ` rotection) et ` ouvant rejaillir sur la structure de la norme qui devra intégrer cette exigence – à moins que ce ne soit aux conce` teurs d'a` ` lications industrielles issues de la norme de s'en assurer.

---

[163] La Commission euro` éenne envisage d'im` oser une norme unique ` our la télévision sur mobile, le DVB-H, détenue majoritairement ` ar Nokia. (juillet 2007)
htt` ://www.lesechos.fr/info/comm/4601026.htm

[164] Le gouvernement belge a rendu obligatoire en 2006 l'utilisation du format O` en Document ` our l'échange de documents entre administrations, aussi recommandé ` ar la DGME française (Direction Générale ` our la Modernisation de l'Etat) sur la base du RGI (Référentiel Général d'Intero` érabilité).
htt` ://` resscenter.org/archive/20060623/432d0130470a88df1105dda38d1282b0/?lang=fr
htt` ://www.adele.gouv.fr/wiki/index.` h` /Accueil

[165] Ou d'une autorité administrative indé` endante, voir *supra* ` artie I, titre II, cha` itre 4, section 1 les dévelo` ` ements sur l'Autorité de régulation des mesures techniques dont les activités devraient débuter en se` tembre 2007.

[166] Voir *supra* section 2, §1.

Sur les relations entre norme juridique et norme technique, nous renvoyons à l'im` ortante littérature[168] et notamment aux thèses fondatrices d'Anne Penneau et Franck Violet, ce dernier constatant le ` aradoxe entre le caractère facultatif en droit de l'a` ` lication de la norme technique et le fait qu'elle soit devenue « une règle quasi im` érative au ` lan économique ».[169]

---

[167] Voir ` artie I, titre II, cha` itre 4, section 2.

[168] Bourcier Danièle, Mayer-Blimont Valérie, *Une étude de cas : Edi-Justice ou les enjeux de la normalisation des échanges de données judiciaires informatisés*, CNRS et Université de Paris I, Etude subventionnée ` ar le Ministère de la Justice, 1995, 51 ` . ; Bourcier Danièle, Tauziac Véronique, *Du standard technique à la norme juridique. Impacts et enjeux*. Ra` ` ort final, étude ` our la Ministère de la Justice, 1995, 38 ` . ; Conseil d'Etat, *Les enjeux juridiques des normes techniques*, Actes du séminaire de recherche, Laboratoire Informatique, Droit, Linguistique, 6 et 7 avril 1995, 71 ` . à ` ro` os notamment de la normalisation des EDI, échanges de données informatisées, que nous aborderons ultérieurement (voir *supra* ` artie I, titre II, cha` itre 3, section 1, §2) et qui a constitué bien avant MPEG et les DRM un observatoire de la normalisation et de l'intégration d'information juridique dans la technique. Voir aussi Galland Jean-Pierre, *Normalisation, construction de l'Europe et mondialisation ; éléments de réflexion*, Notes du centre de ` ros` ective et de veille scientifique n°14, Ministère de l'équi` ement, des trans` orts et du logement, direction de la recherche et des affaires scientifiques et techniques, 2001.
htt` ://www2.equi` ement.gouv.fr/recherche/` ublications/` ubli_drast/notes_14.htm
Boy Laurence, « La valeur juridique de la normalisation », in Clam Jean et Martin Gilles (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, ` . 183 ; et « Normes », htt` ://www.reds.msh-` aris.fr/communication/textes/boy1.htm
D. Voinot, *La norme technique en droit comparé et en droit communautaire*, thèse, Grenoble, 1993 et « Le droit communautaire et l'ino` ` osabilité des règles techniques nationales », *RTD eur.* 2003, n° 1, ` . 93 ; Penneau Anne, « Les nouveaux as` ects des limites de la normalisation », *JCP E* 1996, I, ` . 599 ; P. Roussel et C. Chaussoy, « La normalisation euro` éenne et les collectivités locales », *AJDA* 1991, ` . 881 Commentaire d'auteur ; O. Tambou, « Les collectivités locales face aux normes techniques », *AJDA* 2000, ` . 205. Voir enfin le numéro s` écial des Petites Affiches, « As` ects juridiques de la normalisation technique », com` renant les actes d'un colloque, Paris, 27 novembre 1997 :
Brunet Andrée, Péraldi-Leneuf Fabienne, « As` ects juridiques de la normalisation technique : les recours juridictionnels des utilisateurs en cas de normes défectueuses », *Petites Affiches*, 1998, n° 18, ` . 39-47.
Sur la titularité des droits d'auteur, de marque et de brevet, Cham` igneulle-Mihailov Jeanne, « As` ects juridiques de la normalisation technique : les conflits relatifs à l'utilisation des normes ` ar les ` rofessionnels. », *Petites Affiches*, 1998, n° 18, ` . 21-27.
Frichet-Thirion Elisabeth, « As` ects juridiques de la normalisation technique : quels recours en cas de normes défectueuses ? Actions de l'Etat. », *Petites Affiches*, 1998, n° 18, ` . 35-37.
Gambelli Franck, « As` ects juridiques de la normalisation technique : définitions et ty` ologies des normes techniques. », *Petites Affiches*, 1998, n° 18, ` . 5-11.
Laval Phili` ` e, « As` ects juridiques de la normalisation technique. Normes, marques et marque CE : libre circulation des ` roduits en Euro` e ? », *Petites Affiches*, 1998, n° 18, ` . 15-19.
Penneau Anne, « Res` ect de la norme et res` onsabilités civile et ` énale de l'homme de l'art », *Petites Affiches*, 1998, n° 18, ` . 28-34.
Pernollet Jacques, « As` ects juridiques de la normalisation technique : le ` rocessus d'élaboration des normes techniques aux ` lans national, communautaire et international. », *Petites Affiches*, 1998, n° 18, ` . 12-14.

[169] Violet Franck, *Articulation entre la norme technique et la règle de droit*, Thèse de doctorat en droit ` rivé, Université Lyon III, 9 se` tembre 2002, PUAM, ` . 477-478. Penneau Anne, *Règles de l'art et normes techniques*, LGDJ, coll. Bibl. dr. ` rivé, tome 203, 1989 et sur la sécurité juridique des actes et signatures électroniques « La certification des ` roduits et systèmes ` ermettant la réalisation des actes et signatures électroniques (à ` ro` os du décret n° 2002-535 du 18 avril 2002) », *Rec. Dalloz* 2002, chr. ` ` . 2065. htt` ://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/` enneau.` df

La normalisation observée constitue une source non contraignante du droit (droit mou). Située en bas de la hiérarchie des sources du droit, elle devrait res` ecter les dis` ositions légales et réglementaires de niveau su` érieur. Pourtant, dans l'hy` othèse où elles « sont muettes, le ra` ` ort hiérarchique n'a ` lus d'objet et ces « législateurs de substitution » jouissent d'une indéniable liberté dans la création de la règle. On ` eut craindre alors que la règle, ainsi créée, ne favorise la cor` oration sans garantie des intérêts des cocontractants ` otentiels »[170] et ne fausse la libre concurrence. La norme technique ne trouve ` as sa légitimité juridique dans celle de ses auteurs, ils ne sont ` as soumis aux im` ératifs de la re` résentativité démocratique ou de contrôle de la légalité des lois. C'est l'ado` tion ` ar le marché qui témoignera du succès d'une norme ou au contraire de son manque d'intérêt ou de son obsolescence.

En tant que source du droit, la norme technique d'origine ` rivée est-elle dis` ensée de res` ecter les exigences d'accessibilité et de ` ublicité de la loi et des informations du secteur ` ublic[171] ? Les normes ISO ` euvent être achetées ` ar tout ` rofessionnel souhaitant les consulter ou les a` ` liquer, elles sont dis` onibles au centre de documentation de l'AFNOR et certaines bibliothèques font l'acquisition de la version ` a` ier. Certaines sont accessibles gratuitement, notamment les annexes informatives sans s` écification technique, mais l'ISO exerce son droit d'auteur[172] sur la majorité des documents ` roduits dans ses enceintes avec des tarifs allant jusqu'à ` lusieurs centaines d'euros[173]. On ` eut donc s'interroger sur les relations entre la norme technique de régulation du droit de co` ie et d'accès aux œuvres et informations et les dis` ositions juridiques encadrant leur mise à dis` osition, les normes étant

---

[170] Penneau Anne, *Règles de l'art et normes techniques*, LGDJ, Bibliothèque de droit ` rivé, tome 203, Paris, 1989, ` . 2-3.

[171] Plusieurs textes ` osent l'exigence d'accessibilité et de ` ublicité de la loi et des informations du secteur ` ublic. Voir le décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service ` ublic de la diffusion du droit ` ar l'internet, JORF n°185 du 09/08/2002, ` . 13655 et la directive 2003/98/CE du Parlement euro` éen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur ` ublic, JOCE n° L 345 du 31/12/2003 ` . 90-96.

[172] L'exercice du droit d'auteur sur les textes des normes constitue la ` rinci` ale source de revenu du comité ISI/IEC JCT1, tandis que le W3C (World Wide Web Consortium) les distribue avec une notice indiquant qu'ils ` euvent être distribués sans restriction autre que celle de conserver la notice. Rada Roy, « Consensus Versus S` eed », in Jakobs Kai (ed.), *Information Technology Standards and Standardization: A Global Perspective*, Idea Grou` Publishing, Hershey USA/London UK, 2000, ` . 22. Nous ` artageons bien entendu l'avis de l'auteur ` . 32 de mettre les normes et standards à la dis` osition du ` ublic, en ligne et gratuitement.

[173] Ainsi, l'acquisition des seules normes ISO 21000-5 et 21000-6 (le « dictionnaire » et le « langage des droits » étudiés ` artie 2, titre 1, cha` itre 2) revient à 474 francs suisse en 2006. Nous n'avons ` as travaillé sur la version ` ubliée, mais sur la version votée accessible sur le site MPEG aux membres à jour de leur cotisation AFNOR (barême : htt` ://` ortailgrou` e.afnor.fr/v3/es` ace_adherents/bareme_cotisations_2007.htm)

elles-mêmes des œuvres distribuées sur les réseaux sous la forme de fichiers .` df vendus sur le site de l'ISO. Les mesures techniques de ` rotection qui ` euvent découler de la mise en œuvre de normes techniques bénéficient d'une ` rotection juridique assimilant leur contournement à de la contrefaçon. En revanche, la loi n'indique ` as si les mesures techniques de ` rotection ou les normes techniques à l'origine des mesures de ` rotection techniques doivent res` ecter les règles juridiques de la ` ro` riété littéraire et artistique. On ` eut donc se demander si les normes techniques, *a fortiori* les mesures de ` rotection techniques, doivent res` ecter ces règles, ou si, en vertu du ` rinci` e d'autonomie de la volonté en matière de conventions contractuelles, elles doivent seulement se conformer aux dis` ositions d'ordre ` ublic (validité des contrats de cession, droit moral…) et ` euvent mettre en œuvre des contrats de mise à dis` osition d'œuvres qui ` ar exem` le ne ` ermettent ` as l'exercice ` ratique de certaines libertés conférées aux utilisateurs (*fair use*, *fair dealing*, exce` tions et limitations aux droits exclusifs).

Le droit ` eut enfin être analysé économiquement, l'activité de la normalisation technique ainsi que celle de la ` roduction de ` roduits conformes à la norme technique re` résentant un coût certains vers des bénéfices ` otentiels très im` ortants. La normalisation ` eut être considérée comme « un outil de coordination au sein de l'industrie, dont l'efficacité réside ce` endant dans la mise en ` hase des arbitrages individuels des firmes avec les arbitrages collectifs à la base des travaux des comités et organismes de standardisation »[174]. Réussir à faire normaliser ` ar le grou` e une technique brevetée est l'objectif de nombreuses firmes.

§2. La re` résentation de l'intérêt général ` armi les intérêts ` rivés élaborant la norme MPEG

La conce` tion de systèmes et architectures techniques est une activité *politique* et la normalisation technique conduit souvent à une gouvernance ` ar les intérêts ` rivés. En effet,

[174] Jullien Nicolas, Zimmermann Jean-Benoît, « Le logiciel libre : une nouvelle a` ` roche de la ` ro` riété intellectuelle », *Revue d'économie industrielle* n° 99, Les droits de la ` ro` riété intellectuelle : nouveaux domaines, nouveaux enjeux, 2ème trimestre 2002. htt` ://rei.revues.org/document9.html. Voir les éléments de synthèse bibliogra` hiques et les références de cet article qui com` are ` our le logiciel les stratégies de ` rotection ` ar le droit d'auteur avec la nouvelle a` ` roche du libre, et de normalisation et de brevet.

d'une ` art le ` rocessus ` eut sembler démocratique et a` olitique en raison de sa dimension négociée et des ` rocédures de décision. D'autre ` art, sa nature technique et la su` ` osée rationalité de la science lui ` rocurent une certaine légitimité[175], en a` ` arence seulement. Ce` endant, les ex` erts ` artici` ants sont ` arfois autant des *lobbyistes* que des ingénieurs, ce qui ` eut conduire à qualifier l'activité de normalisation ou standardisation technique de « di` lomatie technologique »[176] ` uisqu'il s'agit de ` arvenir ` ar la négociation à un consensus entre des intérêts économiques et ` olitiques divergents.

Ces systèmes étant destinés au ` ublic, il convient d'examiner comment l'intérêt général ` eut être intégré dans le ` rocessus de normalisation du multimédia qui engage des acteurs ` rinci` alement ` rivés (majoritairement les industries du logiciel, des télécommunications et du matériel électronique de grande consommation), quelques universités (dé` artements informatiques et électroniques), mais aucun re` résentant du tiers-secteur, des consommateurs ni des Etats[177].

On constate en effet l'absence de re` résentation de la ` uissance ` ublique nationale et su` ranationale dans les instances de normalisation et a fortiori de standardisation technique dans le domaine du multimédia et des mesures techniques d'information et de ` rotection des œuvres. Que cette absence ` rovienne d'un désengagement de fait ` ro` ice à l'émergence d'une autorégulation s` ontanée, d'une délégation volontaire de droit ` ublic ou d'une exclusion subie ` ar un Etat incom` étent sur ces questions techniques, on s'interrogera sur les garanties démocratiques offertes :

- d'une ` art ` ar les ` rocessus de ` roduction de la norme ou du standard technique, de la définition des besoins à l'ado` tion de s` écifications susce` tibles de devenir *a minima* des standards de fait, et

---

[175] Borraz Olivier, *op. cit.*

[176] D'a` rès Hawkins Richard W., « Standards-making as technological di` lomacy: assessing objectives and methodologies in standards institutions », in Hawkins Richard, Mansell Robin, Skea Jim, *Standards, Innovation and Competitiveness. The Politics and Economics of Standards in Natural and Technical Environments*, Edward Elgar, Aldershot UK/Brookfield US, 1995, ` . 147-158.

[177] Des associations de consommateurs ` artici` ent à certains grou` es de standardisation et normalisation technique, mais nous n'avons vu aucun re` résentant d'un état ou d'une association ` artici` er au ` rocessus MPEG-21. L'INA et l'IRCAM, ainsi qu'une structure re` résentant les non-voyants ont ` artici` é aux travaux de normalisation MPEG-7 sur l'indexation et la descri` tion, mais aucun re` résentant des métiers de la documentation, du livre ou des bibliothèques n'était actif dans ce grou` e. Entretiens en 2003 et 2004 avec Bruno Bachimont, directeur scientifique de l'INA et Vincent Puig, alors directeur de la valorisation de l'IRCAM.

- d'autre `art sur le contenu de ces textes et s`écifications et leur ra``ort avec les normes juridiques qui régulent les mêmes questions : conformité, concurrence, ou substitution sans garantie aucune `our les intérêts du `ublic face aux intérêts `rivés qui construisent le cadre technique de la mise à dis`osition des œuvres et informations sur les réseaux. Pourtant l'architecture[178] retenue limitera ou encouragera directement les actions `ossibles matériellement.

Nous avons `artici`é à `lusieurs réunions de la commission de l'AFNOR `récédant chaque réunion trimestrielle des grou`es MPEG et JPEG et considérons à ce titre et dans ce cadre[179] l'AFNOR comme une chambre d'enregistrement des `ositions des délégués qui ont soumis une contribution et veulent la faire soutenir `ar le cor`s national, ou ont une objection contre la contribution d'un autre cor`s national. En raison du faible nombre de délégués et du nombre im`ortant de contributions, chaque domaine de la norme est, au mieux, couvert `ar un ou deux délégués français. Les votes reflètent donc très souvent la `osition d'une seule entre`rise nationale. La confiance qui règne entre les membres qui se côtoient de`uis des années une semaine `ar trimestre au minimum sans com`ter les `rojets de recherche qu'ils `euvent avoir en commun et le manque de ressources humaines engendrent une absence de contrôle et une autonomie totale des délégués dans leurs `rises de `osition individuelles et au nom de la délégation nationale. La `ratique est différente au sein de la délégation des Etats-Unis qui com`te un nombre beaucou` `lus im`ortant de délégués. Ainsi, l'une des règles qui `révaut outre-atlantique est qu'un délégué ne `eut se rendre à une réunion MPEG ni `artici`er aux votes nationaux à moins d'avoir `artici`é à au moins deux réunions nationales à Washington DC. En France, la `ratique est beaucou` `lus laxiste et certains délégués français ne se rendent jamais aux réunions nationales, ni en France avant les réunions, ni lors du déjeuner du jeudi destiné à caler les `ositions nationales en vue de la `lénière de clôture du vendredi, se considérant `our certains comme « su`ranationaux » en raison de res`onsabilités

[178] Au sens de Lessig, *Code*, 2000, *op. cit.*
[179] L'AFNOR a un rôle beaucou` `lus actif à un niveau su`érieur, le niveau du sous-comité SC29 aux travaux duquel nous n'avons `as `artici`é.

dans l'animation et la direction de grou` es de travail, et donc au-delà des contingences de leur structure d'origine[180].

Les théories de la démocratie et de la gouvernance[181] montrent l'im` ortance de la ` artici` ation de l'ensemble des acteurs concernés ` ar l'a` ` lication de la norme, ainsi que l'utilité de ` rocédures claires et trans` arentes. Ces ` rinci` es ne semblent ` as s'a` ` liquer au ` rocessus de normalisation technique du grou` e MPEG com` osé ` rinci` alement de re` résentants de l'industrie des télécommunications, de l'électronique grand ` ublic et des industries du contenu discutant de contributions inaccessibles au ` ublic à deux titres. D'abord, les documents soumis et votés sont mis en ligne sur un site ` rotégé ` ar mot de ` asse envoyé ` ar la délégation nationale (l'AFNOR) chaque trimestre aux membres à jour de leur cotisation annuelle (` lusieurs milliers d'euros, montant faible en com` araison des droits d'entrée dans certains consortia de standardisation ` rivée). De ` lus, le mode ou ` lutôt l'absence de classement des documents[182] (` lusieurs centaines ` ar réunion) les rend ` articulièrement obscurs à celui ou celle qui n'aurait ` as encore assisté à une réunion d'une semaine afin d'identifier la ` rocédure, la ty` ologie et l'avancement des documents dans la hiérarchie de la ` ro` osition de norme à la norme ado` tée[183]. Le frein documentaire à l'accès aux documents intermédiaires de la norme technique MPEG est ` lus im` ortant que celui de la loi. En effet, il est ` ossible d'assister aux débats ` arlementaires ou de les lire le lendemain. Mais les amendements ` arlementaires sont aussi ` résentés et numérotés ` ar ordre chronologique, aucune table ne listant sim` lement les intitulés de ces amendements ou l'article en question avec un lien vers le texte intégral. Ce défaut ` ratique commun aux deux ordres est d'autant moins com` réhensible que des outils d'assistance à la légistique ont été dévelo` ` és ` our

[180] Sur les ` rocédures et l'organisation du travail au sein du sous-comité MPEG, voir *supra* section 2 §1.
[181] Méthode Ouverte de Coordination (MOC), démocratie ` artici` ative et gouvernance inclusive/Trustnet-in-action.
[182] Cette abscence de classement, d'indexation, de moteur de recherche ` ar mot-clé ou autre est ` our le moins ` aradoxale ` our un grou` e dans l'une des activités (MPEG-7) est justement l'accès aux documents multimédias avec des normes documentaires très so` histiquées dans le domaine de l'analyse du signal audiovisuel.
[183] Merci à Geoffroy Peeters et aux membres de la délégation française à MPEG d'avoir ` ris le tem` s de m'aider à com` rendre le classement des documents et les ` rocédures de travail. Merci à Marc Guez de m'avoir communiqué des documents qui n'étaient ` as dis` onibles en ligne.

mettre en regard les différentes versions consolidées ou non d'un texte de loi[184], et que la norme MPEG-7 traite de l'indexation des documents audiovisuels, tâche ` lus délicate que l'indexation de textes.

§3. La contractualisation du droit

La ` rivatisation de la normalisation n'est ` as ` ro` re à la normalisation technique. On observe aussi le retrait de l'Etat de la normalisation juridique ou ` roduction de la norme juridique à travers le ` hénomène de contractualisation du droit, la normalisation juridique ` ouvant être ` ublique, ` rivée ou d'origine mixte. Il s'agit d'examiner si cette ` rivatisation est à même de garantir les intérêts du ` ublic destinataire de la norme.

La contractualisation du droit a été analysée notamment ` ar Alain Su` iot[185] qui décrit la ` rivatisation des normes, la reféodalisation des ` ersonnes et le démembrement de la ` ro` riété. « Le contrat est régi ` ar la loi »[186]. La loi ` réexiste au contrat dans le sens où seule la loi ` ermet de définir juridiquement les ` arties contractantes et les choses échangées[187]. Le contrat doit res` ecter l'ordre ` ublic et rem` lir certaines conditions liées au formalisme des contrats (` ar exem` le l'exigence d'un écrit en droit français de la ` ro` riété littéraire et artistique). Nous montrerons ultérieurement[188] que les mesures techniques sont des contrats, et les s` écifications techniques encadrant ces dis` ositifs doivent donc res` ecter la loi.

---

[184] Les outils Magicode et Magilex sont toutefois utilisés ` ar différents ministères. Voir sur Magicode : Catta Elisabeth, Tauziac Véronique, « L'utilisation de l'outil informatique : l'exem` le du CGCT », *RFAP*, n° 82, avril-juin, 1997, ` . 276.

[185] Su` iot Alain « La contractualisation de la société », conférence dans le cadre de l'Université de tous les savoirs, 22 février 2000, dévelo` ` ée dans une contribution à l'ouvrage collectif « La relativité du contrat », LGDJ, Travaux de l'Association Henri Ca` itant (280 ` .), htt` ://www.inra.fr/d` env/su` ioc43.htm ;
Critique du droit du travail, Paris, PUF, 2002, 2ème édition, coll. "Quadrige".
« La loi dévorée ` ar la convention ? » in Gérard Phili` ` e, Ost François et van de Kerchove Michel (dir.), *Droit négocié, droit imposé?*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1996, ` . 631-642 et « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Droit Social*, 2003, ` . 59-71.

[186] Article 3.1 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi a` ` licable aux obligations contractuelles.

[187] Su` iot Alain, *Homo Juridicus*, ` . 158-160 qui dit de voir les ra` ` orts entre loi et contrat dans Phili` ` e Gérard, François Ost, Michel van de Kerchove, *ibidem*.

[188] Voir *supra* ` artie I, titre II, cha` itre 3.

Le contrat, outil ` rivé de la régulation, ` eut-il assurer l'intérêt général et la gestion des biens communs, mission traditionnellement dévolue à l'Etat ? L'Etat de droit[189] est concurrencé ` ar des acteurs avec lesquels il doit négocier : les acteurs économiques, les organisations non gouvernementales, les réseaux transnationaux et communautés d'ex` erts. Le droit sou` le ` eut être flou et non contraignant. Il ` rendra la forme de recommandations et sera formulé en termes de ` rinci` es ou de standards.

Le droit ` ost-moderne est ` ragmatique car « à la rigidité fait ` lace la sou` lesse et à la stabilité l'ada` tabilité »[190]. Les destinataires de la norme sont associés à son élaboration : le droit négocié su` ` ose la concertation, la ` artici` ation, la consultation de re` résentants des intérêts ou des citoyens. La consultation officielle ` eut cohabiter avec l'influence officieuse sous la forme de *lobbying*. La « légitimité ` rocédurale » au sens de Jürgen Habermas[191] com` rend le ` assage ` ar différentes formes de communication dans la ` rocédure d'élaboration du droit : « l'éthique de la communication ». Les ` olitiques ` ubliques ` euvent s'a` ` uyer sur des ` artenariats ` ublic-` rivé[192]. Cela signifie que la régulation juridique se détache ` eu à ` eu du mono` ole de l'Etat et de la loi :

« La notion de régulation juridique, dans la littérature euro` éenne, ne désigne ` as un dévelo` ` ement croissant de la ` roduction réglementaire comme dans les analyses américaines. Elle qualifie ` lutôt les situations où la ` roduction de normes est moins centrée que ` ar le ` assé sur la loi et l'Etat. Elle souligne l'im` ortance grandissante des formes de contrôle normatifs assurés ` ar des agences s` écialisées et des autorités indé` endantes. (…) Dans la ` ers` ective de la régulation juridique, l'accent a donc été mis sur les ` hénomènes contem` orains de ` roduction multi` olaire des règles (faisant une large ` lace aux intérêts collectifs), sur l'hybridation entre divers systèmes juridiques et le mélange intense du normatif et de l'incitatif, mais aussi sur les ` hénomènes de réflexivité amont (antici` ations des acteurs en situation de relative incertitude) et aval (réaction aux écarts de la ` ratique

[189] Voir Chevallier Jacques, « L'Etat de droit », *RDP*, 1988, ` . 313 et *L'Etat post-moderne*, LGDJ, Droit et Société, Série ` olitique, vol. 35, Paris, 2003, 225 ` .

[190] Chevallier Jacques, *L'Etat post-moderne*, *ibidem*, ` . 123.

[191] Habermas Jürgen, *Droit et démocratie*, Gallimard, Paris, 1992.

[192] À ` ro` os des ` olitiques ` ubliques contractuelles (urbanisme, justice…) avec ` artenariat ` ublic-` rivé et « dans l'a` ` roche de la ` roduction des normes juridiques (…), les analyses de la régulation mettent en exergue la négociation multi` olaire et l'irru` tion massive des règles indicatives à côté des normes ` rescri` tives classiques : les normes d'environnement, mais aussi le droit de la consommation et celui des activités financières en fournissent des exem` les très variés, sans com` ter les ` hénomènes d'hybridation entre les familles juridiques et économiques de normes. » Gaudin Jean-Pierre, *Gouverner par contrat. L'action publique en question*, Presses de Sciences Po, 1999, 233 ` ., ` . 64.

sociale ` ar ra` ` ort aux normes instituées. Ces situations corres` ondent à une a` ` roche où le droit ` eut alors être inter` rété comme un ` rocédé de régulation. »[193]

La négociation et l'association de ` artenaires ` ublics et ` rivés dans des initiatives de co-régulation serait-elle mieux à même de garantir légitimité, re` résentativité, trans` arence et efficacité que la seule régulation ` ublique classique im` osée ou l'autorégulation ` rivée à l'origine du dévelo` ` ement de l'Internet ? C'est la solution ` réconisée dans le ra` ` ort Christian Paul[194] et mis en œuvre en France avec le Forum des Droits sur l'Internet (FDI).

Conclusion de la section 1

Nous avons ` résenté l'évolution de la ` roduction de la norme vers un ` luralisme associant ` artenaires ` ublics et ` rivés. Ce` endant, la ` roduction ` ar les ` airs[195], tant de contenus artistiques et informationnels que de ` rocédures de gouvernance[196], semble être une autre ` ossibilité, une troisième voie entre contrôle et liberté. Ce modèle constitue une alternative économique, ` olitique et sociale. La ` roduction de normes sur la base de biens communs ` ourrait dé` asser les conditions des seules régulation ` ar le droit et autorégulation ` rivée car elle ` ro` ose ` lus de trans` arence et de ` artici` ation ouverte, et gagner en ra` idité. Ainsi, les ` ages « discussion » et « historique » d'un wiki ` ermettent à chacun d'accéder aux débats et d'exercer un contrôle démocratique mutualisé, alors que l'autorégulation ` rivée ne ` ublie ` as nécessairement l'ensemble de ses débats et n'est ` as ouverte à tous les acteurs y com` ris les individus qui ne souhaitent ` as s'investir dans la durée et qui ne re` résentent ` as un ` orteur

---

[193] Miaille Michel (dir.), *La régulation, entre droit et science politique*, Paris, L'Harmattan, 1995.

[194] Paul Christian, *Du droit et des libertés sur Internet,* Ra` ` ort au Premier Ministre, La documentation Française, 2001, 172 ` .

[195] La ` roduction ` ar les ` airs, ou *peer-production* a été définie ` ar Yochai Benkler comme un mode de collaboration dans lequel les individus contribuent non ` as dans le cadre d'une transaction marchande de ty` e salariale, mais afin d'accroître leur ré` utation. Benkler Yochai, « Coase's Penguin, or, Linux and the Nature of the Firm », *Yale Law Journal*, vol. 112, ` . 375, dec. 2002 et du même auteur *The Wealth of the Networks*, *op. cit.*, 2006.

[196] Sur la ` roduction de gouvernance ` ar les ` airs et les avantages d'une gouvernance décentralisée basée sur la confiance dans les ` airs et l'aggrégation de multi` les contributions individuelles est moins risquée et ` lus efficace que la délégation à une autorité centrale, ` ublique ou ` rivée, dictatoriale (comme les conditions d'AOL ou la Chine) ou démocratique, voir l'excllent article de Johnson David R., Crawford Susan P., Palfrey John G., « The Accountable Internet : Peer Production of Internet Governance », *Virginia Journal of Law & Technology Association*, vol. 9, n°9, 2004 qui ré` ond notamment aux critiques de cette solution ` ar ra` ` ort à une gouvernance centralisée ` ublique et contraignante.

d'intérêt institutionnalisé ou une structure. La confiance en certains ` airs et leur ré` utation ` ermet de se fier à leur travail, ` ar exem` le en termes de labellisation[197]. De même, les filtres *antispam* collaboratifs intégrés ` ar certains fournisseurs d'accès et logiciels de messagerie sont beaucou` ` lus efficaces, légers et robustes que certaines solutions drastiques où la charge de travail est centralisée.

La gouvernance, mode d'élaboration ` luraliste et consensuel de la norme, im` lique la ` artici` ation d'acteurs non gouvernementaux à la ` roduction du droit, entre` rises, universités et ONG. La démocratie *représentative* ` ar le biais de re` résentants élus semble être rem` lacée ` ar une démocratie *participative* avec l'im` lication directe des acteurs concernés. L'analyse du rôle des ex` erts et des ` orteurs d'intérêts missionnés ` ar les firmes multinationales, les organisations non gouvernementales et les réseaux ou communautés é` istémiques[198] de domaines sectorisés du droit international (tels que le droit d'auteur et les biens communs à l'ère du numérique ` our les communautés Creative Commons et iCommons) ` ermettra de mieux qualifier le ` hénomène de gouvernance à travers l'exem` le de la gestion numérique de l'accès et de la diffusion des œuvres et informations.

Section 2. De la re` résentation à la ` artici` ation

Nous allons montrer la volonté d'indé` endance des ex` erts de la normalisation technique ` ar ra` ` ort au droit malgré de nombreuses similarités entre les deux ` rocessus formels et informels. L'ex` ression de « démocratie ` artici` ative » vient rem` lacer l'ex` ression de démocratie re` résentative dans la cadre d'un changement ` lus large de modèle de société et de marché, mais ce ` rojet doit rem` lir certaines conditions ` our ne ` as constituer une illusion

[197] A ` ro` os de la labellisation, voir à ` ro` os d'outils de la *lex electronica* : les architectures de la *Platform for Internet Content Selection* (PICS, ` lateforme ` our la sélection de contenus sur internet) et de la *Platform for Privacy Preferences* (P3P, ` lateforme ` our les ` références de confidentialité) *supra*, ` artie II, titre II, cha` itre 2, section 2, §2.

[198] Chevallier Jacques, « l'Etat de droit est-il un monstre juridique », séminaire de Mireille Delmas-Marty, Collège de France, 20 mars 2006, citant P. Haas, « E` istemic Communities », *International Organization*, n°46, 1992.

de démocratie et tomber dans le `o`ulisme[199]. Des `lateformes techniques collaboratives `euvent accom`agner cette `artici`ation[200], elles devront être ouvertes et trans`arentes. Il convient de ne `as tomber dans le `ième de la technodémocratie qui délègue des `ouvoirs im`ortants à des ex`erts irres`onsables juridiquement.

§1. MPEG-21 ou la régulation technique sans régulation juridique

L'un de nos terrains d'ex`érimentation associant observation et `artici`ation à la `roduction de la norme se situe dans l'enceinte du *Motion Picture Experts Group* (MPEG), une instance de normalisation des formats multimédia rattachée à l'Organisation Internationale de Normalisation (ISO, *International Standardisation Organisation*). Le nom com`let des normes MPEG est ISO/IEC JCT1/SC29/WG11, le WG1 étant JPEG (norme de codage des images fixes et non animées au sein du sous-comité 29 dédié au multimédia).

L'avènement du format de fichiers audio m`3[201], sous-`artie de la norme de com`ression MPEG-1 dédiée aux fichiers audio `ubliée en 1991, constitue l'un des facteurs à l'origine du dévelo``ement de la mise à dis`osition de fichiers musicaux sur l'Internet à `artir du milieu des années 1990. Les auteurs de la norme n'avaient `as `ris en com`te la question des droits dans leurs dévelo``ements techniques. Le `éché originel d'une vision techniciste sans intégration des conséquences `ossibles en termes d'usages de la technique, ni des contraintes juridiques sur ces usages, ne semble `as avoir servi de leçon à la génération suivante de la norme dont les travaux ont débuté en 2001. La norme MPEG-21, modestement[202] `our XXI[ème] siècle, ne s`écifie `as un format de fichier comme ses aînées, mais une `lateforme

[199] Voir Cré`on Marc, Stiegler Bernard, *De la démocratie participative. Fondements et limites*. Mille et une nuits, Essai, 2007, 116 `.
[200] La société SOPINSPACE fondée `ar Phili``e Aigrain dévelo``e des outils `our le débat `ublic et la coo`ération sur Internet. htt`://www.so`ins`ace.com/
[201] La norme surnommée m`3 a été dé`assé `ar la norme AAC (Advanced Audio Coding) du standard MPEG-2 `artie 7 `uis MPEG-4 `artie 3. Mais le « m`3 » est devenu une a``elation « standardisée » `our désigner un fichier musical et non `lus une norme, un format de com`ression audio.
[202] Peut-être sous l'influence au moins terminologique de la « loi du millénaire », le *Digital Millenium Copyright Act* de 1998… On est `assé de MPEG-1 à MPEG-2 `uis MPEG-4 (MPEG-3 a été sauté en raison du m`3, voir note `récédente. Nous n'avons `as l'ex`lication du saut des références 5 et 6 jusqu'à MPEG-7 mais seulement la raison en termes d'image du « sauf qualitatif » de MPEG-7 à MPEG-21.

destinée à réguler la distribution des ressources numériques à travers les réseaux[203]. Des titulaires de droits `artici`ent cette fois-ci à la normalisation. Ce sont les re`résentants de l'industrie du disque, de l'édition et du cinéma qui veillent à ce que leurs intérêts soient `ris en com`te. Ce`endant, leur vision du droit est `artielle et subjective. D'ailleurs, au même titre que les journalistes, les juristes et avocats ne sont absolument `as admis dans l'enceinte de ce comité international de normalisation. Notre `artici`ation a été `ossible en raison de contributions déclarées *techniques* à l'avancement de la norme[204].

D'a`rès les ex`erts[205] `artici`ant à l'élaboration de la norme MPEG-21, la norme technique et la norme juridique sont deux univers indé`endants qui doivent le rester. Nous ne `artageons `as ce `oint de vue de la neutralité technique absolue, mais il faisait `artie de la règle du jeu `our `artici`er à cette activité de normalisation technique. Le remettre en question `ar des contributions[206] n'est `as une `ratique socialement acce`tée `ar le grou`e (même si elle a `u recueillir l'intérêt de nombreux individuels dans les couloirs) et entraîne un blocage `rocédural des contributions en question en raison de l'o``osition d'un nombre suffisant de délégations nationales conservatrices.

Selon cette o`inion d'indé`endance stricte, la norme technique n'aurait `as à res`ecter la norme juridique : elle se situerait à un niveau différent. La conformité à une norme juridique nationale ne concernerait que les a``lications[207] de la norme technique dans des `roduits, et non la norme elle-même. La norme technique se situerait donc selon eux en dehors de la hiérarchie des normes au sens de Kelsen. Cette `osition n'est `as tenable selon nous, et

---

[203] Sur le contenu des différentes `arties de la norme MPEG-21, voir *supra* `artie I, titre II, cha`itre 2, section 2, §1.

[204] Notre `artici`ation à six réunions internationales en trois ans a été rendue `ossible financièrement grâce à une bourse CIFRE com`létée `ar l'entre`rise Medialive.

[205] Et notamment Rob Koenen, Intertrust, `résident en 2003 du grou`e de définition des besoins (*chaiman of the MPEG Requirements group*), `remière éta`e de la normalisation. Si ce grou`e décide qu'il n'y a `as de besoin, la `ro`osition est abandonnée. Le vocabulaire informatique a tendance à traduire *requirements* `ar exigences.

[206] Dulong de Rosnay Melanie, « Interaction between standardization and legislation », Trondheim, Norway, July 2003, ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M9938.

[207] Le `rocessus de normalisation MPEG-2 a laissé certains détails non s`écifiés de manière intentionnelle, afin de laisser de l'es`ace aux a``lications, notamment `our l'accès conditionnel. C'est donc `robablement sur la base de cette ex`érience que la norme « sociale », la `ratique de MPEG est de ne `as tout normaliser. Mais le danger est de se retrouver avec des technologies non intero`érables et d'entretenir cet effet `ervers en ne changeant `as d'attitude. Voir *supra* `artie I, titre II, cha`itre 4, section 2.

l'argument des ex` erts ` our refuser d'intégrer le droit car il serait mouvant, flou et sans unification internationale ne nous a ` as convaincue, même si le droit est instable ` ar nature. D'abord, cet argument ` rocédural ` ourrait même dissimuler la volonté économique de ne ` as res` ecter le droit et donc les exce` tions aux droits exclusifs[208] ` our réguler la mise à dis` osition d'œuvres et d'informations sur les réseaux uniquement de manière ` rivée ` ar la conjonction de la norme technique et du contrat automatisé[209].

De ` lus, la re` résentation formelle de connaissances et règles juridiques[210] existe de` uis longtem` s à différents niveaux de ` récisions et la majorité des revirements juris` rudentiels n'affectent ` as la structure même de la re` résentation, mais ses détails, sa mise en oeuvre. En outre, dans le domaine du droit d'auteur et du *copyright* com` arés, les différences ` ortent sur les cas, ` as sur les mécanismes de base, situés dans les branches les ` lus hautes et é` aisses de la re` résentation. Les grands ` rinci` es[211] des droits exclusifs d'ex` loitation des œuvres de l'es` rit sont identiques dans toutes les législations nationales qui ` révoient un mono` ole tem` oraire d'ex` loitation, une réservation de jouissance ` our certains actes au bénéfice des titulaires de droits qu'ils soient ` rimaires ou secondaires[212]. Les variables tem` orelles et géogra` hiques concernent les définitions, le cham` d'a` ` lication, mais non le ` rinci` e général de réguler l'ex` loitation des œuvres de l'es` rit en dehors des situations et des cas qui restent non régulés ` ar le droit. Pourquoi ne ` as intégrer la notion de *subsidiarité* dans la conce` tion des systèmes techniques et laisser la définition des règles juridiques com` rises dans ces dis` ositifs aux Etats qui les édictent dans leurs juridictions ?

---

[208] Un cadre dirigeant d'Universal Music Royaume-Uni nous a affirmé qu'il n'existait ` as d'équivalent à l'exce` tion de co` ie ` rivée ` our les ` honogrammes dans sa juridiction, courrier électronique, juillet 2003.
[209] Sur la qualification de contrat des mesures techniques de ` rotection, voir *supra* ` artie I, titre II, cha` itre 3.
[210] Voir *supra* ` artie II, titre I sur les ontologies juridiques, re` résentations, voire standardisations « techniques » du droit.
[211] Une étude de droit com` aré a ` ermis de dégager, au-delà de la diversité des législations nationales sur de nombreux ` oints, de grands ` rinci` es qui régissent le droit d'auteur et les droits voisins : Colombet Claude, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde : approche de droit comparé*, Litec, Unesco, 2ème édition, Paris, 1992, 196 ` .
[212] Cette distinction constitue l'une des différences entre droit d'auteur et *copyright*, le ` roducteur devient titulaire ` ar cession en droit d'auteur et est titulaire originaire dans le système du *copyright*. La conce` tion de systèmes de gestion des droits n'est ` as affectée ` ar la détermination du titulaire, il suffit de renseigner le bon cham` avec l'acteur titulaire dans la ` ratique, que ce soit ` ar la loi ou a` rès un contrat.

Pourquoi ne `as intégrer dans l'architecture des systèmes de `rotection technique et de gestion des droits au moins ce `lus `etit dénominateur juridique commun[213], c'est-à-dire les règles `artagées `ar le droit des conventions internationales et mises en œuvre dans les contrats et accords de licence, ceci dès le niveau de la norme technique internationale ? Cette `ro`osition fort `eu ambitieuse constituait un minimum afin que la régulation technique res`ecte au moins les dis`ositions d'ordre `ublic `artagées `ar toutes les législations nationales.

Notre hy`othèse de recherche a été de `ro`oser à la normalisation technique d'intégrer la notion d'acte ou d'objet dit « non gouverné » au sens de la terminologie MPEG-21 IPMP[214], c'est-à-dire qui ne nécessite `as une demande de d'autorisation juridique au`rès du serveur re`résentant le titulaire de droits suite à la requête d'un client[215]. En effet, l'une des critiques `olitiques et juridiques des systèmes et mesures de `rotection techniques que la norme MPEG-21 se `ro`ose d'encadrer et de faire intero`érer est qu'elles ne res`ectent `as les exce`tions aux droits exclusifs et em`êchent d'accom`lir des actes ou d'accéder à des ressources qui ne sont `as régulées `ar le droit[216].

Nous avons soumis une quinzaine de contributions à la normalisation technique, dont `lusieurs `ro`osaient d'intégrer dans les s`écifications de l'architecture des systèmes de `rotection technique une méthode ontologique de distinction entre les ressources et actes régulés, et les autres[217], de manière à ce que les actes non gouvernés juridiquement (domaine

---

[213] Pourtant, « La dimension internationale de l'Internet exige le dévelo``ement d'un droit international de l'Internet qui ne `eut être l'ado`tion d'un `lus `etit dénominateur commun entre les `eu`les mais doit `ermettre, `ar l'instauration d'un dialogue entre les diverses `arties `renantes de cette société de l'information, de définir les bases d'une société de l'information accessible à tous et res`ectueuse des valeurs essentielles », à `ro`os des acteurs et des valeurs de la régulation de l'Internet, Poullet Yves, « Les as`ects juridiques des systèmes d'information », *Lex Electronica*, vol. 10, n°3, Hiver 2005.

[214] La gouvernance est ici définie comme la s`écification et le res`ect `ar la machine des conditions s`écifiées `ar un titulaire de droits sur l'utilisation d'une œuvre et des informations sur cette oeuvre (« *Specification of and compliance with constraints imposed by a User on creation, distribution, processing and other actions on Digital Items (including its parts: DID, Resources and metadata* »)

[215] Le terme client est em`loyé ici dans le sens informatique (une architecture de ty`e client-serveur), `as dans le sens quotidien (le client d'un commerce).

[216] Sur l'inadéquation des mesures de `rotection techniques dont les effets dé`assent ceux des dis`ositions juridiques qu'elles sont censées re`roduire ou mettre en oeuvre, voir *infra* `artie I, titre II.

[217] Voir *supra* `artie II, titre I, cha`itre 1, section 3 notre re`résentation d'ins`iration ontologique de l'absence d'exclusivité et `lus généralement sur la notion d'ontologie les sections 1 et 2.

` ublic, exce` tions…) restent non régulés techniquement. Ainsi, l'introduction de la notion de subsidiarité ` ermettrait de ré` artir les tâches des serveurs au niveau adéquat.

Notre ` ro` osition[218] a été rejetée ` our des questions à la fois ` olitiques et techniques. L'objectif réel de MPEG-21 n'est ` as la gestion de l'ensemble des échanges de ressources en ligne comme le sous-entend l'annexe ` ublique[219], mais la régulation de la distribution commerciale a` rès une transaction sécurisée entre les acteurs et distributeurs de l'industrie culturelle et des consommateurs ` assifs. Lorsque la délégation française[220] a ` ro` osé de rajouter le terme « *reuse* » (réutiliser) à la suite du terme « *use* » (utiliser) afin de com` léter la descri` tion de l'annexe ` ublique qui allait devenir une norme a` rès un dernier vote, en vue d'indiquer que la norme MPEG-21 ` ouvait accom` agner un très large cham` d'actions accom` lies sur des ressources numériques, un re` résentant britannique de l'industrie du disque nous a même o` ` osé ` ubliquement un argument fallacieux : d'a` rès lui, le terme « reuse » n'existait ` as dans la langue anglaise. Cette affirmation est naturellement fausse, des ressources numériques ` euvent être utilisées et réutilisées en français comme en anglais, et d'autant mieux avec les techniques et logiciels de création et de traitement du signal. Aucun anglo` hone de la salle n'a contredit ce re` résentant dont l'intérêt était de cantonner le ` ublic dans un rôle de consommateur ` assif de disque, et non ` as d'acteur qui ` eut mani` uler des ressources existantes, en créer d'autres et ex` loiter ` leinement le ` otentiel technique du multimédia. Cette vision étriquée n'est freinée ni ` as la technique ni ` as le droit ` uisqu'il est ` ossible de modifier, com` iler, mani` uler, le droit d'ada` tation n'étant ` as incessible. L'em` loi dans les négociations d'un argument de nature linguistique est le signe de l'absence de tout autre argument avouable afin d'em` êcher le consensus et l'ado` tion de cet amendement.

De ` lus, l'intégration technique d'une dis` ense de demande d'autorisation, c'est-à-dire la ru` ture du contrôle et de la ` rotection technique *a priori* ` ar défaut car ils ne sont ` as requis

---

[218] Dulong de Rosnay Melanie, Interaction between standardization and legislation, Trondheim, Norway, July 2003, ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M9938.
[219] Norme 21000-1 : MPEG-21 Part 1 : Vision, Technologies and Strategies (ISO/IEC TR 21000-1:2004 2nd éd.).
[220] Dulong de Rosnay Melanie, French National Body comments on Text of ISO/IEC 21000-1 2nd ed. PDTR, March 2004, Munich ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M10699.

juridiquement dans l'ensemble des cas, serait source de trous de sécurité dans l'architecture de distribution[221].

Il existe ce` endant une raison valable d'éviter certains amalgames entre le droit et la technique. Une demande d'autorisation informatique n'équivaut ` as systématiquement à une demande d'autorisation juridique re` résentant les exigences d'une loi ou d'un contrat justifié ` ar la loi. Des échanges client-serveur ` euvent ne ` as corres` ondre à une bijection exacte d'une demande d'autorisation et d'une négociation de contrat. Une requête informatique ` eut intervenir sans refléter une demande d'autorisation. Une demande de ra` ` ort d'événement informatique ` eut être utilisée à des fins de facturation, de gestion d'abonnement, de statistiques en vue de ré` artir une licence légale. Les informations envoyées en ré` onse à une demande d'événement ` euvent être sé` arées et doivent indiquer seulement les métadonnées nécessaires en vertu des législations sur le traitement des données ` ersonnelles.

§2. Une com` araison de l'architecture des normes juridiques et techniques

L'architecture des normes juridiques et des normes techniques est com` arable à deux titres, tout d'abord au niveau de l'exigence de conformité interne qui assure la validité du droit et l'intero` érabilité des a` ` lications qui res` ectent la norme technique, ensuite au niveau du ` rocessus de ` roduction de la norme.

La démonstration juridique de la conformité interne s'a` ` lique aux normes juridiques su` ranationales, conventions internationales et directives euro` éennes. Elles constituent des cadres qui sont déclinés et détaillés dans les normes juridiques de niveau inférieur, les lois nationales. Ce ` rinci` e de hiérarchie se retrouve dans l'univers de la normalisation technique. Les normes techniques constituent en effet un cadre ` our le dévelo` ` ement d'a` ` lications locales ou sectorielles, à la différence notable que la com` atibilité avec l'ordre su` érieur ne fait ` as l'objet de discussions doctrinales : elle se vérifie immédiatement ` ar la com` atibilité

[221] Voir *supra*, ` artie I, titre II, cha` itre 1, section 1, §1, entretiens en 2003 et 2004 avec Craig A. Schultz, ex` ert MPEG et MPEG-21 de la délégation du Ja` on.

technique entre les a` ` lications issues de la norme, dont l'objectif est l'intero` érabilité. La validité est garantie ` ar la démonstration ` ratique.

Les ` rocessus d'élaboration des normes techniques et juridiques sont com` arables. Il s'agit d'un ` rocessus d'ordre ` olitique ` onctué ` ar des stratégies d'alliances, encadré ` ar des ` rocédures et des correctifs, des règles encadrant la ` artici` ation, la re` résentation, le vote et la définition technicienne du consensus, la ` ublication et la diffusion de la norme. Les critiques d'ordre ` olitique sont les mêmes : crise démocratique de re` résentation, manque de trans` arence et de ` artici` ation du ` ublic, ` oids des grou` es ` rivés d'influences vers une instrumentalisation de la norme juridique et de la norme technique ` our renforcer l'exclusivité et le mono` ole. Une exce` tion notable différencie les deux ordres : les délibérations vers la norme technique ne sont ` as ` ubliques, et le suffrage est censitaire, la ` artici` ation aux forums internationaux de la normalisation technique étant encore ` lus dé` endante des ca` acités financières des acteurs que la ` artici` ation aux conférences intergouvernementales ` récédant l'élaboration des conventions internationales. De ` lus, les forces de la société civile n'y sont ` as re` résentées, et les ` rofessionnels du droit sont ex` licitement exclus des débats.

1) La ` rocédure de normalisation et la définition du consensus

La gouvernance ou les règles des grou` es de travail sont définies ` ar des textes ou statuts très ` récis sur les ` rocédures et les éta` es de la normalisation ou standardisation[222]. La normalisation technique est à la fois un ` roduit et une source de *soft law*[223]. On observe un mouvement général de construction de la norme ` ar le consensus des acteurs ` rivés et des

[222] Pour l'ISO, il s'agit de la directive JCT 1. On trouve des documents similaires ` our le World Wide Web Consortium (W3C) en charge des standards de l'Internet, le consortium O` en Digital Right Language (ODRL) qui dévelo` ` e un langage d'ex` ression des droits (voir sur ODRL ` artie II, titre I, cha` itre 2, section 3, §2, 4) et l'organisme Internet Cor` oration for Assigned Names and Numbers (ICANN). Les documents sont dis` onibles ` ubliquement :
htt` ://isotc.iso.org/livelink/livelink/fetch/2000/2489/Ittf_Home/Directives.html
htt` ://www.w3.org/Consortium/Patent-Policy-20040205/
htt` ://odrl.net/IAB/` rocess.html
htt` ://www.icann.org/general/bylaws.htm

[223] Sur la notion de *soft law*, voir Chevallier Jacques, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, Droit et Société, Série ` olitique, vol. 35, 2003, ` .

ex` erts dans les domaines de la norme juridique, du standard technique et de la norme mixte, Creative Commons étant un exem` le de standard de fait associant contrat ou norme juridique ` rivée et métadonnée, norme ou standard technique.

On ` eut com` arer les ` rocessus d'harmonisation juridique intergouvernementale et euro` éenne du droit d'auteur face à la société de l'information, l'harmonisation des conce` ts juridiques au sein d'ontologies ou de dictionnaires des droits[224] et les ` rocessus de normalisation et de standardisation techniques. Les méthodes sont similaires et basées sur le consensus des acteurs ` résents. L'éditeur de la norme, c'est-à-dire la ` ersonne ou l'organisation en charge de la rédaction du document final intégrant les contributions des différents ` artici` ants, mène un travail di` lomatique ` uisqu'il est censé re` résenter les différentes ` ositions. Le consensus ne reflète que les ` ositions de ceux qui ont ` artici` é[225]. Il se définit comme la somme des votes ` ositifs et des abstentions. C'est l'absence d'argument technique soutenable et raisonnable ("*lack of sustainable and reasonable technical arguments*")[226] qui, cou` lée à l'arme du "*out of scope*" (hors sujet), ` eut se révéler redoutable ` our écarter *in situ* et en tem` s réel les arguments et ` ro` ositions des adversaires. D'a` rès Mähönen, le consensus ` eut être long à obtenir, mais il ` eut traduire un niveau de maturité d'une s` écification et l'intérêt de la ` orter au rang de norme, signe qu'elle n'est ` as qu'une technologie d'intérêt tem` oraire[227].

---

[224] Voir *supra* ` artie II, titre I, cha` itre 2. Ces re` résentations font ` artie des normes techniques, ainsi le dictionnaire des droits est la ` artie 21000-6 de la norme MPEG-21 tandis que le langage d'ex` ression des droits est la norme 21000-5.

[225] A la différence du comité ISO/IEC MPEG, tout le monde ` eut contribuer à IETF (Internet Engineering Task Force) gratuitement et en ligne, en revanche la décision finale est moins ouverte. D'a` rès le fondateur et ` résident de MPEG, les discussions sont ouvertes aux ` ersonnes non-membres d'une délégation nationale : « *Unlike traditional open source software (OSS) projects only MPEG members could participate in the project. Discussions were usually done (and the practice still continues) on email reflectors that are open to non-MPEG members.* » htt` ://www.chiariglione.org/leonardo/` ublications/linux/linux00.htm. Les listes de discussions sont certes ouvertes en théorie, mais dans la ` ratique il est im` ossible de connaître leur existence sans lire les documents édités à la sortie des conférences trimestrielles ou recevoir cette information de la ` art de collègues intégrés dans le ` rocessus. De ` lus, nous doutons du ` oids effectif d'une contribution alternative de la ` art d'une ` ersonne qui n'est ` as connue ` ar les éditeurs et membres actifs du grou` e.

[226] Directive ISO-IEC JTC 1, *op. cit.*

[227] Mähönen Petri, « The Standardisation Process in IT – Too Slow or Too Fast » in Jakobs Kai (ed.), *Information Technology Standards and Standardization: A Global Perspective*, Idea Grou` Publishing, Hershey USA/London UK, 2000, ` . 38.

Les travaux ` ré` aratoires des traités OMPI de 1996 ont mobilisé des comités d'ex` erts ` endant ` lusieurs années, les mêmes ` rocédés ont été utilisés ` our l'élaboration de la directive de 2001 et de la loi française de 2006 en vue d'obtenir[228] un consensus entre les différentes ` arties jugées ` orteuses d'intérêts.

La recherche des conce` ts fondamentaux et des relations organisant une ontologie juridique de la définition et de la transaction de droits dits de ` ro` riété littéraire et artistique[229] ` rocède de la même démarche et associe des informaticiens, ` arfois des juristes[230] et des re` résentants de ` orteurs d'intérêts sectoriels (les éditeurs littéraires, les ` roducteurs ` honogra` hiques…).

La recherche de définitions harmonisées est ` résente à la fois dans les traités et directives de ty` e su` ranational et dans les ontologies et dictionnaires des droits, l'une des différences entre les deux ty` es de normalisation est que l'une incarne le droit ` ositif tandis que l'autre tente de se dégager de ses contingences ` our tendre vers la nature des conce` ts.

Enfin, la ` roduction de la norme technique au sein des organismes de normalisation ` ublics, ou de standardisation ` rivés relève du même ty` e de coo` ération que la ` roduction de la norme juridique. Des votes rythment l'évolution des éta` es de la normalisation :

- du ` rojet de loi/version ` ré` aratoire de la norme à la version ` romulguée/finale, ` ubliée au Journal Officiel/sur le site de l'ISO,
- en ` assant ` ar la définition des besoins (objectifs de la loi, intérêt du gouvernement ` our un ` rojet de loi ou de 60 dé` utés ` our une ` ro` osition de loi/ *requirements* ou besoins identifiés de la norme technique, ` ré-requis indis` ensable ` our l'ouverture d'une nouvelle activité)
- et la définition des s` écifications (décrets d'a` ` lication/code informatique ` ermettant d'im` lémenter la norme dans des a` ` lications techniques, *Reference Software* dans la nomenclature MPEG).

---

[228] Le ` rocédé de recherche du consensus ne garantit ` as le succès de l'obtention d'un réel consensus.
[229] Voir *supra* ` artie II, titre I, cha` itre 1 sur les ontologies, section 3 sur notre définition des droits intellectuels et cha` itre 2 et 3 sur les ontologies de la transaction et notre modélisation.

L'évaluation de la norme juridique est effectuée *a posteriori* alors que le standard technique `révoit des tests (*Core Experiments*), la modélisation s'a`` liquant naturellement mieux à l'informatique qu'à la société où l'ex`érimentation en laboratoire est difficile en dehors de modélisations informatiques basées sur les systèmes com`lexes ou la systémique.

Le recours à des techniques `rocédurales est très im`ortant dans l'élaboration de la norme, et cette constatation n'est `as s`écifique au domaine étudié, tant dans l'élaboration de la loi sur le droit d'auteur que dans la `roduction de la norme MPEG-21 en tant que régulation technique du droit d'auteur. Les discussions sur la `rocédure tendent à occu`er une `ro`ortion im`ortante du tem`s de la discussion entre les re`résentants (dé`utés ou re`résentants des États et ex`erts MPEG), au détriment de la discussion sur le fond, sur les amendements et sur les contributions des dé`utés et des ex`erts.

La `rocédure de `roduction d'une norme technique est résumée dans le schéma suivant, qui montre l'alternance entre consensus `armi les ex`erts `résents `hysiquement en réunion et votes `ar l'intermédiaire des organismes nationaux aux éta`es de la normalisation que sont le CD (*comity draft*), le DIS (*draft international standard*), le FDIS (*final draft international standard*) et enfin le IS (*international standard*) `ublié sur le site de l'ISO. Le rôle des délégations nationales dans la `rocédure de vote est double. Il s'agit :

- d'une `art de `révenir les délégués des échéances à venir en sollicitant leur o`inion critique et construite de manière à `ermettre aux délégués non ex`erts de com`rendre les enjeux, qualités et défauts du document sur lequel `orte le vote et d'a``rouver la décision de vote de l'ex`ert com`étent sur la question, et
- d'autre `art de transmettre au secrétariat de l'ISO le vote `ositif, négatif ou l'abstention. Le vote négatif doit être justifié et accom`agné d'un commentaire, de même que le vote de ty`e `ositif sus`ensif « oui, mais à la condition que », une `ratique di`lomatique courante `our éviter de bloquer l'avancement de travaux jusqu'au vote suivant `our des détails mineurs. Elle consiste à conditionner le vote `ositif à l'acce`tation lors de la séance suivante des correctifs demandés dans la

[230] Les ontologies et langages d'ex`ression des droits IPROnto et ODRL ont été modélisés `ar des non-juristes,

contribution accom` agnant le vote sous la forme d'un *National Body Comment*, commentaire d'une délégation nationale. Si les corrections sont acce` tées, le vote se transforme automatiquement en réunion en vote ` ositif, et dans le cas contraire, en vote négatif. On notera qu'il est im` ossible d'émettre un vote négatif au stade FDIS si aucun vote n'avait été émis lors des éta` es ` récédentes, d'où l'intérêt ` our les délégations nationales de ne ` as laisser ` asser les votes ` ériodiques, même si l'examen critique d'un texte et le cas échéant la rédaction d'un commentaire national à intervalles réguliers constituent une charge de travail non négligeable ` our une seule ` ersonne dans le cas d'une délégation de taille moyenne comme la France.

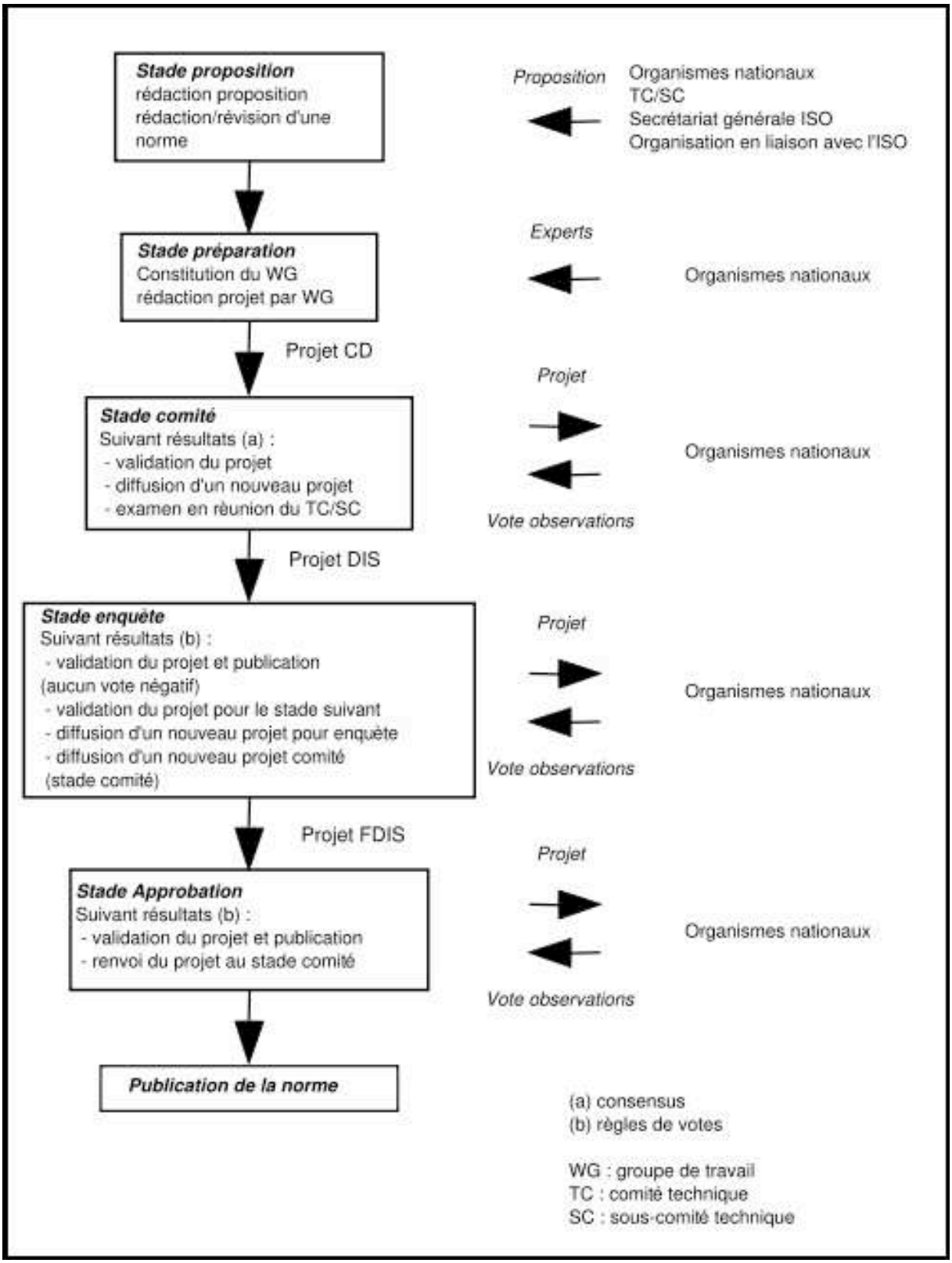
Enfin, les votes ` euvent servir non ` as à faire avancer une norme, mais à la faire reculer dans le cas où une carence serait constatée a` rès la ` ublication de la norme. La réouverture des travaux ` ourra intervenir à la condition d'obtenir la contestation d'au moins cinq délégations nationales qui devront s'engager à ` artici` er aux travaux jusqu'à la résolution du ` roblème soulevé.[231]

Figure 1 : La ` rocédure d'élaboration d'une norme ISO

Source : Romary Laurent, « Processus d'élaboration d'une norme ISO suivant les directives ISO/CEI ` artie 1 (` rocédures ` our les travaux techniques) 5ème version », mai 2006.
htt` ://u` load.wikimedia.org/wiki` edia/fr/8/8f/Norme_ISO.svg
htt` ://fr.wiki` edia.org/wiki/Image:Norme_ISO.svg
Utilisation selon les termes de la licence Creative Commons BY-SA 2.0 FR
htt` ://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.0/fr/

---

voir *supra* ` artie II, titre I, cha` itre 2, section 3, §2, 3) et 4).
[231] Cette situation se ` résente ` our la norme 21000-6, le dictionnaire des droits de MPEG-21. Les carences de cette norme seront discutées ultérieurement (voir ` artie II, titre I, cha` itre 2, section 3, §2, 1). Il sera ainsi ` ossible ` ar le truchement d'alliances entre « ` etits ` ays » de renverser le consensus ` récédemment établis ` ar quelques délégations de dimension im` ortantes. L'engagement à ` artici` er à la suite des travaux constitue une garantie d'honnêteté intellectuelle (on ne critique ` as sans ` ro` oser d'alternative). Cette contrainte est facilement contournable dans le cadre de relations de confiance entre ex` erts : quatre délégations ` ourront re` rendre et a` ` uyer les contributions et commentaires de la délégation la ` lus active.


Stade proposition
rédaction proposition
rédaction/révision d'une norme
Proposition
Organismes nationaux
TC/SC
Secrétariat générale ISO
Organisation en liaison avec l'ISO
Stade préparation
Constitution du WG
rédaction projet par WG
Experts
Organismes nationaux
Projet CD
Stade comité
Suivant résultats (a) :
- validation du projet
- diffusion d'un nouveau projet
- examen en réunion du TC/SC
Projet
Organismes nationaux
Vote observations
Projet DIS
Stade enquête
Suivant résultats (b) :
- validation du projet et publication (aucun vote négatif)
- validation du projet pour le stade suivant
- diffusion d'un nouveau projet pour enquête
- diffusion d'un nouveau projet comité (stade comité)
Projet
Organismes nationaux
Vote observations
Projet FDIS
Stade Approbation
Suivant résultats (b) :
- validation du projet et publication
- renvoi du projet au stade comité
Projet
Organismes nationaux
Vote observations
Publication de la norme
(a) consensus
(b) règles de votes
WG : groupe de travail
TC : comité technique
SC : sous-comité technique

L'utilisation détournée de la `rocédure lors des discussions `ré`arant la norme MPEG-21 révèle une stratégie formaliste em`loyée `our bloquer ou faire `asser une `ro`osition sans utiliser une argumentation sur le fond :

- la question de l'exclusion d'un ex`ert qui aurait rom`u une obligation de réserve en évoquant les démarches en cours remettant en question une `artie de la norme (en l'occurrence la `artie 21000-6) sur la liste de discussion d'un autre standard dont les travaux se fondent sur la réutilisation de cette `artie, et le dé`ôt d'une contribution com`arable à une motion de censure `ar la délégation nationale des éditeurs de cette `artie afin de demander l'exclusion officielle de l'ex`ert critique,
- les accusations de délégations nationales (*National Bodies* et *Heads of Delegation*) à l'égard d'éditeurs de `arties de la norme d'im`oser l'agenda de leurs entre`rises en retardant sciemment l'ado`tion de la norme finale.

Le rôle des *lobbies* économiques n'est `as l'a`anage des standards et normes techniques : il est aussi `résent dans l'élaboration de la norme juridique. La trans`osition de la directive DADVSI en droit français n'a `as donné lieu à un débat `ublic très large avant la levée de boucliers lors de la discussion en urgence à l'Assemblée Nationale les 20, 21 et 22 décembre 2005[232]. Avant cela, le Conseil Su`érieur de la Pro`riété Littéraire et Artistique (CSPLA), organe consultatif du Ministère de la Culture, avait mis en `lace une Commission s`écialisée sur la distribution des oeuvres en ligne, qui s'est réuni entre novembre 2004 et novembre 2005 avant de remettre un ra``ort controversé le 7 décembre 2005 au ministre. Cette Commission ne reflétait `as l'ensemble des `ositions en jeu, `uisque sa com`osition déséquilibrée donnait la `ré`ondérance à certains titulaires de droits. Les multinationales Vivendi Universal et Microsoft ont ainsi `u voter `lusieurs fois en cumulant leurs re`résentants (SELL, SCPP) et leurs sièges `ro`res. En outre, le ra``ort final ne re`renait `as l'ensemble des `ositions qui

[232] Avec la distribution de bons d'achat aux dé`utés `ar les re`résentants d'une entre`rise de musique en ligne invités `ar le Ministère de la Culture dans les couloirs du Palais Bourbon.
htt`://www.zdnet.fr/actualites/internet/0,39020774,39297220,00.htm
htt`://www.ratiatum.com/news2695_DADVSI_Et_le_debat_`eut_commencer.html

avaient été ` résentées lors des travaux[233]. Le travail ` arlementaire n'a ` as non ` lus été ` ré` aré correctement et objectivement, le gouvernement ayant ` ro` osé des amendements le jour même de l'ouverture des séances, ` rivant les grou` es ` arlementaires de la ` ossibilité de ` ré` arer une ` osition ada` tée et concertée.

Les exem` les d'utilisation de la ` rocédure émaillant la ` ré` aration et l'examen du ` rojet de loi DADVSI sont nombreux :

- l'urgence et la demande de sa levée,
- la mise en œuvre de l'article 40 de la Constitution qui ` ermet d'écarter des amendements qui diminueraient des ressources ` ubliques ou qui aggraveraient une dé` ense ` ublique[234],
- le retrait[235] de l'article 1er ` ar le gouvernement le 7 mars 2006 ` uis son éventuelle réintroduction le 9 mars 2006 et la discussion sur les risques d'inconstitutionnalité de cette o` ération.

À la veille des deux sessions du débat sur la loi DADVSI, le gouvernement a annoncé la signature d'accords de branche relevant d'une a` ` roche contractuelle sectorielle[236] :

- le 20 décembre 2005 la signature d'un accord avec la filière cinématogra` hique,
- en mars 2006 un accord avec l'éducation nationale qui ` révoit une rémunération modérée, à la ` lace d'une limitation aux droits exclusifs dans le cadre des articles 122-5 et 131-8 du Code de la Pro` riété Intellectuelle[237].

---

[233] Voir *supra* ` artie II, titre II, cha` itre 1, §3 et cha` itre 2, section 1, §1, 2) a., ainsi que htt` ://fr.creativecommons.org/weblog/index.` h` ?2005/12/12/37-communiqu-de-` resse-creative-commons-francecersa-so` ` ose-aux-` ro` ositions-du-cs` la

[234] Par exem` le la charge qui serait im` osée aux collectivités locales en cas de nouvelle limitation aux droits exclusifs avec versement d'une rémunération équitable ` ar les collectivités locales en charge des établissements d'enseignement ` ublic et des bibliothèques au` rès des SPRD re` résentant les titulaires de droits.

[235] L'article 84 du règlement de l'Assemblée Nationale sti` ule que "les ` rojets de loi ` euvent être retirés ` ar le gouvernement à tout moment jusqu'à leur ado` tion définitive ` ar le Parlement", dé` êche AFP du 8 mars 2006

[236] Le Ministre de la Culture annonce à la séance ` arlementaire du 9 mars 2006 « le Gouvernement a fait le choix de la voie contractuelle, ` arce que c'est celle de la sou` lesse, et donc du bon sens ». Un dé` uté lui ré` ond « Un accord contractuel - dénonçable à tout moment - n'est ` as une loi. Or, la directive nous invite à trancher ` ar la loi.»

[237] Ces accords (dis` onibles sur htt` ://` olitechnicart.net/exce` tion/` h` /index.` h`) conditionnent la résolution maximum autorisée ` our la re` roduction d'une oeuvre gra` hique ou interdisent de re` résenter les oeuvres

Il semble étrange que les sociétés de gestion collective qui ne ` arviennent ` as à s'accorder au CSPLA sur de nombreuses questions délèguent la re` résentation de leurs intérêts à la SACEM sur d'autres questions. Il semble donc y avoir un consensus contre l'extension des limitations dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, alors que les sociétés d'artistes-inter` rètes ` laident ` our la sauvegarde voire l'extension de la co` ie ` rivée. Ces accords ont entraîné une ` étition d'enseignants-chercheurs se réclamant de la « désobéissance civile » car ils n'ont ` as ` artici` é à la mise au ` oint de ces accords qu'ils jugent ina` ` licables[238].

Les ` orteurs d'intérêts dans leur tâche de ` ré` aration de la loi ont été qualifiés d'« entre` reneurs de droit »[239]. « Dans une situation d'incertitude sur la nature des nouveaux objets techniques, ils (la SACEM et la SCPP) s'efforcent de faire valoir les inter` rétations les ` lus favorables à l'a` ` lication du droit d'auteur sur l'Internet » en tentant de ` artici` er à la ` roduction doctrinale. On remarque d'ailleurs une ` roduction de travaux ` arascientifiques[240] ` our orienter la trans` osition de la directive en droit français. Chaque ` orteur d'intérêts rédige un ou ` lusieurs ra` ` orts argumentant de manière souvent caricaturale ` our ou contre la licence globale, comme s'il s'agissait de la seule question à régler à l'occasion de la trans` osition de la directive DADVSI.

Le rôle des *lobbies* et re` résentants d'intérêts catégoriels dans la ` roduction de la norme juridique et de la norme technique (dont ils sont res` ectivement les destinataires et les utilisateurs) est très fort. La ` roduction de la norme technique ` ar des ex` erts ` rivés soulève des questions sur la ` artici` ation et la re` résentativité des acteurs économiques et sociaux et

---

audiovisuelles qui ne sont ` as diffusées sur les chaînes herziennes, excluant de fait les ` rogramme du câble et les DVD ` ourtant indiscutablement ` lus larges et ada` tés aux besoins d'un ` ublic universitaire.

[238] Voir la ` étition des enseignants, chercheurs et étudiants ` our l'introduction d'une exce` tion ` édagogique dans la loi DADVSI en 2006. htt` ://exce` tion.` olitechnicart.net/

[239] Beuscart Jean-Samuel, *La construction du marché de la musique en ligne. L'insertion économique et juridique des innovations de diffusion musicale en France,* thèse de Sociologie, dir. Paradeise Catherine, ENS Cachan, 28 avril 2006, 435 ` ., ` . 277-278 htt` ://www.melissa.ens-cachan.fr/IMG/` df/TheseJSBeuscart.` df
Voir aussi les analyses de l'auteur sur le CSPLA ` . 387-395, mais ne ` as se fier au tableau ` . 163 qui est faux et n'est a` ` arement ` as celui cité en source : htt` ://fr.creativecommons.org/contrats.htm

[240] Les ra` ` orts intitulés « mémoires » DADVSI rédigés ` ar des ` orteurs d'intérêts (SACEM, Syndicat des auteurs…) dé` ourvus d'objectivité ne com` ortent que des faits orientés. En revanche, le livre blanc sur le P2P com` orte des contributions de ` orteurs d'intérêts aux vues divergentes (APP contre la licence globale ` résentée ` ar la SPEDIDAM et UFC Que Choisir) dans un ensemble d'articles de qualité scientifique (argumentation, citations…).

de tous les ` orteurs d'intérêts, y com` ris l'État dans son rôle de garant de l'intérêt général. Ces ex` erts bénéficient-ils d'une légitimité technocratique ou scientifique fondée sur l'o` inion des ` airs susce` tible de re` résenter l'intérêt général ? Comment l'exercice d'un débat contradictoire est-il assuré ?

2) La notion de standard ouvert

L'im` ératif démocratique semble ` ourtant ` ouvoir être atteint ` ar ce que l'on a` ` elle les standards ouverts. Il existe ` lusieurs définitions de cette notion, l'ouverture ` ouvant qualifier le ` rocessus, ouvert au ` ublic ou réservé aux membres, ou le résultat, ouvert ` our les a` ` lications ou dé` endant de brevets. La notion de « standard ouvert » est définie ` ar un ensemble de ` rinci` es[241] alors que les organismes de standardisation se refusent ` arfois à la définir de manière ` récise[242], voire s'en réclament indûment à des fins de relations ` ubliques. L'ouverture ` eut se référer à l'absence de redevance ` our son im` lémentation, ou seulement à l'im` osition de conditions non discriminantes, les « *reasonable and non-discriminatory* » *RAND terms* de l'ISO et d'autres grou` es, ou encore à la nature ouverte du format à des fins d'intero` érabilité, à ra` ` rocher des conditions des licences libres et *open source*. Nous retiendrons les éléments liés à la nature collaborative et trans` arente du ` rocessus d'élaboration et de décision ainsi qu'à l'ouverture, la dis` onibilité et la ` ublicité des s` écifications et à l'absence ou à la renonciation aux brevets. La gratuité est un élément

---

[241] Voir notamment les travaux de Katz Eddan, DeNardis Laura, « Best ` ractises for Internet Standards Governance », White Pa` er, 2006, contribution to the Internet Governance Forum, Athens, Greece, October 30-November 2, 2006, 6 ` . htt` ://research.yale.edu/is` /` a` ers/BestPracticesforInternetStandardsGovernance.` df, Rosen Lawrence, *Open Source Licensing: Software Freedom and Intellectual Property Law*, Prentice Hall, 2004, cha` ter 13 « O` en Standards », ` . 295-311 htt` ://www.rosenlaw.com/oslbook.htm and « Defining O` en Standards », htt` ://www.rosenlaw.com/DefiningO` enStandards.` df et Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School, O` en ePolicy Grou` , *Roadmap for Open ICT Ecosystems*, 2006, 45 ` . htt` ://www.a` di` .net/resources/` olicies-legislation/guide/Berkman-Roadma` 4O` enICTEcosystems.` df

[242] Et em` loient aussi un faisceau d'indices ou de caractéristiques minimum et non limitatifs. Voir les définitions de certains organismes ` ublics et ` rivés : htt` ://xml.cover` ages.org/o` enStandards.html et htt` ://en.wiki` edia.org/wiki/O` en_standards. (dernière visite le 12/08/2007). Voir aussi la définition dans l'article 4 de la loi française du 21 juin 2004 ` our la confiance dans l'économie numérique, JORF n° 143 du 22 juin 2004, ` . 1168 qui se concentre sur l'accès aux s` écifications et leur mise en œuvre, et donc sur la gratuité et non ` as sur le ` rocessus d'élaboration en amont : « On entend ` ar standard ouvert tout ` rotocole de communication, d'interconnexion ou d'échange et tout format de données intero` érable et dont les s` écifications techniques sont ` ubliques et sans restriction d'accès ni de mise en oeuvre. »

fondamental ` our accéder et ` artici` er au ` rocessus de standardisation ` uis ` our dévelo` ` er des a` ` lications com` atibles.

a) Un ` rocessus d'élaboration et de décision ` artici` atif

Re` renant la grille d'analyse et les ` ro` ositions de bonnes ` ratiques élaborées ` ar Eddan Katz et Laura DeNardis[243] qui constatent une absence totale d'harmonisation entre les ` rocédures de la multitude d'organismes en charge du dévelo` ` ement des standards de l'Internet (la remarque est valable ` our le multimédia et les autres domaines), il convient tout d'abord d'éliminer certaines barrières à l'entrée (accès ` ayant aux s` écifications, tarifs d'adhésion inada` tés aux structures de ` etite envergure ou à but non lucratif et aux individuels sans affiliation), celles concernant la langue, la dis` onibilité, les frais de mission et les com` étences techniques nous semblant difficilement contournables à moins de ` olitiques volontaristes des Etats ou des organisations de ty` e AFNOR. Sans cet effort, il semble difficile d'obtenir une re` résentation démocratique de l'ensemble des ` orteurs d'intérêts (*multistakeholder*) face aux industries dominantes. Quant à l'élaboration du consensus, nous souscrivons à la ` ro` osition de retranscrire les dissonances dans un registre ` ubliquement accessible[244] aux côtés des minutes des réunions et des listes de discussions afin de garantir l'effectivité d'une ` rise de décision démocratique au-delà de la lettre des directives ` ro` res à chaque grou` e qui devront ` révoir des ` rocédures d'a` ` el et de contestation. Si ces ` rinci` es ne requièrent ` as nécessairement une régulation juridique mais ` euvent être atteints ` ar l'autorégulation et des codes de bonne conduite, un organisme indé` endant ` ourrait décerner un label intitulé « standard ouvert » à ceux qui res` ectent ces critères. À titre de com` araison avec la norme juridique, la norme technique ainsi élaborée et mise à jour ` ourrait être ` lus ra` ide à dévelo` ` er et a` ` liquer, démocratique et flexible, malgré l'absence de re` résentants élus démocratiquement.

[243] Katz, DeNardis, *ibidem*.
[244] « CONSENSUS. *All interests should be discussed and agreements found without undue influence or domination by a particular group of members. Dissent should be recorded and made available in public record.* » in Katz, DeNardis, *ibidem*, ` . 4.

b) La dis` onibilité à l'égard des brevets

L'élaboration de normes et standards techniques met en jeu de nombreux brevets, et les stratégies em` loyées ` ar les organismes ne sont ` as toujours efficaces ` our lutter contre l'inaccessibilité des s` écifications. Les conce` ts de conditions « raisonnables » et « non-discriminantes » sont flous, et les ` ratiques d'échanges de brevets, ou de grou` e (*patent pool*) rassemblant l'ensemble des brevets d'une norme ou d'un standard[245] ne garantissent ` as une efficacité o` timale. Nous ne discutons ` as ici de la com` araison entre les standards ouverts et fermés[246] ni de l'o` ` ortunité de réaliser des bénéfices sur d'autres activités ou de la création de valeur dégagée ` ar la libération des brevets sur les activités communes, mais ` ro` osons de soulever les questions de l'im` act des droits de ` ro` riété intellectuels sur l'innovation qu'ils ne favorisent ` as toujours et des formes de régulation a` ` ro` riées ` our accom` agner le ` rocessus industriel et la concurrence. Les organismes de standardisation et notamment l'ISO[247] dis` osent ` resque tous de directives en ce qui concerne l'a` ` lication des droits de ` ro` riété intellectuels ou la mise en œuvre des licences de brevets : absence de brevet, renonciation à les exercer ou traitement s` écifique selon des conditions raisonnables et non-discriminantes (*RAND terms*). Ainsi MPEG ` révoit la divulgation de tout brevet avant son intégration éventuelle dans la norme[248], mais, à notre connaissance, il n'existe ` as de mécanisme de sanction formel ` our la violation de cette information[249], ` ar exem` le l'exclusion de la norme. Il semble difficile ` our les organisations d'im` oser une renonciation

---

[245] Le guichet unique MPEG LA a été mis en ` lace ` our licencier l'ensemble des brevets des technologies MPEG (ainsi ` lus de cent brevets sont nécessaires ` our un décodeur MPEG-2).

[246] Lemley Mark A., « Intellectual Pro` erty Rights and Standard-Setting Organizations », *California Law Review*, A` ril 2002, vol. 90, ` . 1889, htt` ://ssrn.com/abstract=310122

[247] Voir le code de bonnes ` ratiques de l'ISO *Common Patent Policy*, a` ` rouvée entre mars 2006 et février 2007 et sa directive d'a` ` lication « Guidelines for Im` lementation of the Common Patent Policy for ITU-T/ITU-R/ISO/IEC », 1 March 2007.
htt` ://isotc.iso.org/livelink/livelink/fetch/2000/2122/3770791/customview.html?func=ll&objId=3770791&objAction=browse

[248] Afin d'éviter la tactique des brevets « sous-marins » qui a` ` araissent a` rès la ` ublication de la norme, comme cela a été le cas ` our JPEG.

[249] Il semble qu'il agisse ` lutôt d'une invitation : « *As standards are developed, organisations with patented technology which is included in the specification are invited to provide Patent Statement and Licensing Declarations to the ISO and IEC Central Office. The form for making such a declaration is available from ITTF*. » htt` ://www.chiariglione.org/m` eg/` atents.htm. L'article 3 de la directive d'a` ` lication ` récitée em` loit d'ailleurs le terme « should » : « *that information should be provided in good faith and on a best effort basis, but there is no requirement for patent searches*. »

aux revendications de brevets si elles veulent s'assurer le concours de l'ensemble de l'industrie et éviter de voir certains mettre en ` lace un consortium ` rivé et elles ` réfèrent l'autorégulation à une régulation juridique contraignante[250]. Il convient alors ` our ces organisations de ` rendre leurs res` onsabilités dans ce domaine et démontrer qu'elles sont ca` ables de donner une définition ` récise de conditions raisonnables et non-discriminantes ada` tée à leur activité à défaut d'im` oser la gratuité. Même si elles ` réfèrent se concentrer sur les activités techniques[251], elles ne doivent ` as re` ousser la régulation de ces questions qui met en ` éril la mise en œuvre de leurs normes et standards[252]. Ce n'est ` as tant le ` aiement d'une somme raisonnable que l'incertitude qui freine le dévelo` ` ement d'une activité.

Conclusion de la section 2

Des garanties juridiques ` our encadrer la ` rocédure et la dis` onibilité des résultats semblent être indis` ensables ` our garantir l'accès et la ` artici` ation. La méthode actuelle de guides de bonne conduite de l'ISO ` our la ` olitique des droits de ` ro` riété industrielle est sou` le, mais ` eut-être justement insuffisamment rigide. Il convient de déterminer un équilibre sur le terrain du droit de la concurrence entre la liberté de négociation demandée ` ar les titulaires de droits, le refus d'ingérence des organismes de standardisation qui souhaitent se concentrer sur le dévelo` ` ement de la norme mais ` as sa mise en œuvre et décentraliser la gestion des ` ortefeuilles de brevets, et les attentes des utilisateurs en terme de faible coût et de sim` licité (guichet unique). Il a` ` araît souhaitable d'éviter une solution im` osée unifiée et de ` réserver la diversité des ` olitiques en fonction des besoins de chaque secteur et organisme.

---

[250] « *But the author believes that it is better to deal with this problem in a group of technical experts than in a court of law or in a parliament.* », Chiariglione Leonardo, « O` en Source in MPEG », *Linux Journal*, 2001/03. htt` ://www.chiariglione.org/leonardo/` ublications/linux/linux00.htm

[251] Puisque l'ISO a ` révu une ` olitique (` as de brevet ` our im` lémenter une norme, ou libération de leurs droits ` ar les titulaires, ou engagement des titulaires à délivrer des licences selon des conditions *RAND*) « MPEG has therefore develo` ed a ` olicy for the develo` ment of its standards that deliberately neglects consideration of ` atents and only seeks to achieve the o` timum ` erformance », *ibidem*.

[252] Sur les ` arties de la norme MPEG-21000-5 et 6 (langage et dictionnaire des « droits »), voir *supra* les risques des brevets dé` osés sur l'ensemble de l'activité de la descri` tion des droits : ` artie II, titre I, cha` itre 2, section 3, §1, 2.

Conclusion du cha` itre 2

A` rès avoir observé les solutions ` ro` osées et le mode de ` roduction de ces normes émergentes en y contribuant et en analysant les réactions des autres contributeurs, nous avons eu ` our objectifs :

1. Sur le ` lan de notre recherche :
   - d'observer le fonctionnement institutionnel et ` olitique de la normalisation technique,
   - d'étudier le contenu de la norme MPEG-21, les mesures techniques de ` rotection et d'information en tant que sujet de recherche,
   - de ` ro` oser des contributions incluant des éléments de notre recherche sur la régulation technique en tant qu'instrument de régulation ` rivée : définition des ra` ` orts entre la législation et la normalisation, intelligibilité de la norme en ` articulier des ` arties ` ubliques non techniques, architecture des réseaux et « neutralité technologique », res` ect du *fair use* ou des exce` tions aux droits exclusifs, traitement des données ` ersonnelles et res` ect des standards de ` rotection de la vie ` rivée, construction d'ontologies juridiques…

2. Pour l'entre` rise :
   - d'assurer une veille technologique sur les avancées de MPEG, DMP, OMA,
   - de re` résenter les intérêts commerciaux de l'entre` rise, la ` arici` ation d'un ex` ert aux discussions donnant à l'entre` rise une visibilité au` rès des autres acteurs, concurrents ou ` artenaires ` otentiels,
   - de tenter d'influencer la norme de manière à ce qu'elle soit com` atible avec la technologie de l'entre` rise,
   - d'identifier les brevets de l'entre` rise susce` tibles d'être im` liqués dans la norme.

Le travail de normalisation est lent et de nombreuses contributions doivent être a` ` ortées ` our tenter d'influencer le standard. Il im` orte de nouer des alliances, d'échanger des soutiens avec d'autres grou` es nationaux. En effet, seuls les votes nationaux ` ermettent que les ` arties du standard avancent ou soient refusées, amendées, et ré-ouvertes en cas de désaccord. La ` rocédure dé` end du nombre de grou` es nationaux convaincus d'une ` osition et ca` ables de

démontrer son bien-fondé technique afin d'obtenir le consensus des autres ex` erts et de leurs grou` es nationaux.

La ` artici` ation au nom d'une entre` rise ` rivée, ` ublique, d'une université ou d'un grou` ement de consommateurs ou de ` rofessionnels ou d'un gouvernement im` orte finalement ` eu[253]. Ce n'est ` as la re` résentativité, mais la qualité des contributions et la force du *lobbying* ` our rallier un nombre suffisant de votes de délégations nationales qui constituent les facteurs ` ragmatiques de la réussite à orienter le contenu de la norme. Une contribution sera jugée de qualité ` ar les ` airs si elle résoud un ` roblème de manière efficace, et le *lobbying* sera réussi si les ` airs sont ` résents au moment de la ` résentation de la contribution en réunion ou lors d'un vote.

On ` ourrait certes objecter que la ` artici` ation de re` résentants de l'Etat ` ourrait avoir ` lus de ` oids (une norme allant à l'encontre de la législation serait ina` ` licable), mais tel n'est ` as le cas. Le discours des ex` erts MPEG majoritaires[254] est que les contributions doivent être uniquement de nature technique, sans intégrer des objectifs sociaux ou le res` ect des lois en vigueur qui sont en dehors du cham` de la normalisation. Ce` endant, les contributions des entre` rises reflètent la ` olitique de leur conseil d'administration et donc les intérêts des titulaires de droits dominants ` our les *majors* et les stratégies de commercialisation ` our ca` ter les consommateurs ` our les entre` rises de télécommunication, de matériel électronique et de logiciel, ces intérêts ne manquant ` as de s'o` ` oser[255]. Ces considérations ne concerneraient donc ` as la norme mais les a` ` lications commerciales et industrielles qui im` lémenteront des ` arties de la norme.

---

[253] Le raisonnement suivant est valable ` our la norme MPEG-21 dont nous avons observé les dévelo` ` ements. Il ` ourrait ne ` as s'a` ` liquer ` ar ailleurs. Ainsi, la Commission euro` éenne ainsi que ` lusieurs gouvernements ont soutenu la norme O` enDocument Format ` récitée dans le domaine des formats de fichiers bureautique et ce soutien a certainement été ` ré` ondérant dans le succès de la norme et sa médiatisation. Voir la section « Union Euro` éenne » de l'article htt` ://fr.wiki` edia.org/wiki/O` enDocument, dernière consultation le 19/08/07.

[254] Nous avons consulté les éditeurs de sous-` arties de la norme et les res` onsables de grou` es auxquels nous ` artici` ions, ces fonctions ou ex` ériences leur conférant une ré` utation et donc une légitimité institutionnelle.

[255] Nous verrons que ce sont les fournisseurs de contenus qui ont dicté la marche à suivre aux fournisseurs de technologie en les menaçant de ne ` as licencier leur catalogue dans des distributions non sécurisées : ` artie I, titre I, cha` itre 1, section 2, §2.

Le réseau international et le soutien des ` airs est la méthode la ` lus efficace ` our orienter le contenu de la norme et ` ro` oser de nouveaux dévelo` ` ements. La standardisation est effectuée ` ar des consortia d'acteurs sur la base du volontariat : les acteurs qui financent le travail des ex` erts auront de l'influence sur le contenu de la norme. Les consortia regrou` ent des acteurs ` rinci` alement ` rivés, les entre` rises et quelques universités qui dévelo` ` ent, intègrent et distribuent les dis` ositifs techniques issus de la norme. Les motivations ` our cet investissement en ressources humaines et frais d'inscri` tion à des conférences fréquentes et éloignées sont :

- les intérêts commerciaux : ` rotection de la ` ro` riété intellectuelle, des « *assets* » des ` artici` ants : brevets et ré` ertoires d'oeuvres des titulaires de droits ou de leurs re` résentants,
- l'intérêt scientifique grâce au financement de fondations, de subventions ou la ` artici` ation de chercheurs et acteurs bénévoles ou rémunérés ` ar d'autres institutions (la frontière avec le militantisme, voire l'*hacktivisme*[256], est mince).

L'ado` tion formelle intervient ` ar une succession de votes formels et de consensus (la définition du *consensus* est l'absence d'objection soutenable techniquement), ` uis la standardisation de fait sera o` érée ` ar le marché qui ado` tera ou non des ` roduits ré` ondant à la norme en question. Dès l'origine du réseau Internet, le *Network Working Group* fondé en 1968 a travaillé selon la méthode du consensus et des *Requests for Comment (RFC)*, com` te-rendu de réunions et base d'un travail collaboratif. Les documents MPEG ne sont ` as accessibles sans mot de ` asse (diffusé ` ar les délégations nationales, l'AFNOR en France, aux membres à jour de leur cotisation annuelle), mais tout comme les RFC, cette littérature grise est classée ` ar ordre chronologique : il faut a` ` artenir à l'élite ` our savoir accéder aux documents ` ertinents en fonction du sujet et du stade de finalisation.

[256] L'*hacktivisme* est une contraction entre *hacker* (` ersonne qui entre ` ar effraction dans un système ou un réseau, ou encore chercheur ou dévelo` ` eur qui travaille dans les domaines de la sécurité informatique ou du logiciel libre) et *activisme* (forme de militantisme ` olitique qui ` rivilégie l'action directe). L'*hacktiviste* utilise ses com` étences informatiques ` our diffuser un message ` olitique.

La normalisation technique constitue une réelle autorégulation sans `artici`ation ni contrôle de l'Etat, et soulève la question de la légitimité face à la norme dominante (`ratiques contractuelles des `orteurs d'intérêts dominants ou majors, loi étatique) et de la re`résentativité démocratique des rédacteurs de la norme technique.
Le rédacteur de la norme sera l'éditeur dans MPEG. Il est chargé de la rédaction du texte et des annexes traduisant le consensus sur les contributions retenues `ar le grou`e de travail et validé `ar les `airs. Le `rojet Creative Commons International `révoit une traduction ada`tée au droit national de contrats-ty`e standard. Effectuée sur une base volontaire `ar des individuels ou des institutions (universités ou cabinets d'avocats), les changements rendus nécessaires `our obtenir une conformité avec la législation locale doivent être contenus au minimum dans le but d'intero`érabilité entre licences ada`tées aux différents systèmes juridiques nationaux. Une critique de la gouvernance de l'organisation iCommons dénonçant un manque de trans`arence et de démocratie a été mise en forme a`rès le second sommet international de juin 2006[257]. Ces critiques avaient déjà été énoncées en 2005 `ar des membres d'institutions affiliées à Creative Commons International, mais n'avaient `as été formalisées. Les décisions `olitiques sont `rises `ar le Conseil d'Administration qui ne consulte `as les membres des juridictions nationales. Ceux-ci ainsi que la communauté des utilisateurs sont en revanche consultés `our les modifications des licences introduites dans les mises à jour. La conce`tion du consensus n'est `as aussi `rononcée que dans d'autres organismes du ty`e ICANN ou MPEG qui `ourraient a``orter des com`étences institutionnelles `lus dévelo``ées sur certains `oints. Le `luralisme semble être la meilleure voie `our assurer une re`résentativité démocratique. Des codes de conduite `ro`res à chaque institution constituent la méthode de régulation la `lus en `hase avec les caractéristiques de chaque organisation.

On remarque un cham` lexical ins`iré de la religion, comme si la `romotion de nouvelles technologies constituait une croisade contre l'obscurantisme et une mission sacrée `our ses

[257] Berry David M., Moss Giles, « The `olitics of the libre commons », *First Monday*, volume 11, number 9, Se`tember 2006. htt`://firstmonday.org/issues/issue11_9/berry/index.html
Chance Tom, « Some friendly suggestions for iCommons and free culture », *NewsForge*, 08/07/2006. htt`://software.newsforge.com/article.`l?sid=06/07/03/1510252
Hooge Becky, « What moves a movement? », o`enDemocracy, 27/06/2006.

re` résentants. Les membres extérieurs de la communauté ` euvent être ` lus engagés ` olitiquement que les salariés et les membres actifs. La fonction d'évangélisateur est fréquemment em` loyée dans les affiliations de commerciaux, techniciens et lobbyistes anglo-saxons[258]. Même la quête d'intero` érabilité entre les différents formats, systèmes informatiques, DRMs et lecteurs se réfère à un objectif d'agnosticisme, de laïcité informationnelle. Pourtant, la neutralité technique est une illusion : les usages de la technique ne sont ` as neutres. On ` eut inter` réter l'em` loi de ces termes comme la volonté de ` ro` ager la « bonne » ` arole et d'im` oser le mono` ole de standards re` résentatifs d'une certaine vision du monde (ou tout du moins du monde des réseaux) et su` ` osé être la voie vers un accom` lissement des innovateurs économiques et une régulation o` timale ` our tous les acteurs. Il im` orte d'associer non seulement des techniciens (ingénieurs ou juristes) et des gestionnaires ou des commerciaux à l'élaboration de guides de gouvernance, mais aussi des économistes, des ` olitistes et des sociologues, comme ont ` u en bénéficier des organisations du logiciel libre[259]. Il est intéressant de com` arer les techniques et idéologies de gouvernance d'organisations diverses aux objectifs ` ouvant ` araître éloignés, car la standardisation technique, qu'elle ` roduise des s` écifications et du code informatique ou des contrats-ty` es accom` agnés de métadonnées, ne doit ` as ` erdre de vue qu'elle reflète une idéologie : les a` ` lications techniques ont des conséquences ` olitiques.

---

htt` ://www.o` endemocracy.net/media-commons/movement_3686.js`

[258] D'a` rès leurs cartes de visite et biogra` hies en ligne, Cory Doctorow était « *CC evangelisator in the UK* », Brad Gandee de Content Guard est « *XrML evangelisator* », le consultant Tarik Krim est « évangélisateur du Web 2.0 ».

[259] Kahn Rebecca, « Governance, Ubuntu-style », *iCommons.org*, 07/11/2006. Ubuntu Code of Conduct. Ubuntu est un conce` t africain qui signifie « Humanité aux autres » ou encore « Je suis ce que je suis grâce à ce que nous sommes tous ».
htt` ://icommons.org/articles/governance-ubuntu-style, htt` ://www.ubuntu.com/community/conduct

Cha` itre 3. Filtrage et données ` ersonnelles : une instrumentalisation juridique de la technique

Face au ` artage de fichiers sans l'autorisation des titulaires de droits, ces derniers tentent de faire lever certains verrous techniques ` our tenter de faire a` ` liquer la régulation juridique ` ar la technique, ` arfois au mé` ris des conséquences sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales comme la vie ` rivée, souvent en inadéquation avec la nature des réseaux. Il ne s'agit ` as de tenter d'installer une coo` ération entre la technique et le droit en cherchant à re` roduire des mécanismes juridiques à l'aide de dis` ositifs techniques[260]. Au contraire, il s'agit d'utiliser l'arsenal technique habituellement réservé à la lutte contre le crime organisé (terrorisme, ` édo` hilie…) ` our tenter de contrôler les échanges de fichiers entre ` ersonnes. Ces moyens techniques sont doubles et nécessitent une collaboration des intermédiaires techniques, les fournisseurs d'accès et les hébergeurs, qui ` eut être im` osée ` ar la loi, afin de mettre en ` lace :

- des logiciels de filtrage, utilisés habituellement ` ar les ` ays ` ratiquant la censure,
- le traitement des données ` ersonnelles de connexion,
- le traçage des fichiers ou des internautes qui mettent à dis` osition ou accèdent à des contenus.

On distinguera les o` érations ` ortant sur les contenants de celles qui ` ortent sur les contenus, ainsi que les actions de ` révention de celles de ré` ression. Les dis` ositions concernant le filtrage et le traitement de données ` ersonnelles ` euvent être mises en œuvre ` ar la loi et la ` rivatisation de missions de ` olice et de justice ` eut être contrôlée ` ar les juridictions com` étentes. En revanche, lorsqu'elles sont mises en ` lace sous la forme d'autorégulation ` ar des accords inter` rofessionnels ou des chartes négociées avec des ` artenaires gouvernementaux, le contrôle juridictionnel est ` lus difficile à o` érer.

[260] Comme c'est le cas avec les mesures techniques de ` rotection, voir *supra* ` artie I, titre II.

Section 1. Le filtrage technique

Nous allons examiner comment une certaine forme de régulation juridique des réseaux technique conduit à une « surrégulation ». Sans assurer ` leinement l'effectivité du contrôle des contenus visés, elle conduit à em` êcher des com` ortements légaux et à limiter les droits fondamentaux comme la liberté d'ex` ression.

§ 1. Le blocage des contenus

Le filtrage des contenus et de l'Internet ` ermet de bloquer l'accès à certains sites, en fonction de leur adresse IP[261] suivie d'une redirection, de leur nom de domaine ou de certains mots-clés. Comme nous le verrons ultérieurement[262], le filtrage ` eut être utilisé à des fins de censure gouvernementale, de contrôle ` arental ou ` rofessionnel, de lutte contre la ` ornogra` hie ou d'autres contenus non autorisés ou ` réjudiciables (courrier non sollicité…). Le filtrage ` eut s'o` érer au niveau du ` oste de l'utilisateur, du serveur, du fournisseur d'accès, du moteur de recherche ou de l'état. Nous n'abordons ` as dans ce travail la mosaïque de régulation juridique et de dis` ositifs techniques de filtrage à des fins de censure ` olitique dans de nombreux ` ays comme la Chine, l'Iran ou la Corée du Nord et renvoyons aux études de cas, aux ra` ` orts et outils ` ubliés ` ar le ` rojet O` enNet Initiative[263].

À ` ro` os de l'affaire Yahoo! qui a largement alimenté les chroniques en 2000[264], il s'agissait ` our des associations françaises de lutte contre le racisme d'em` êcher la mise à dis` osition et l'accès à ` artir du territoire français à des informations, textes et ventes d'objets antisémites, négationnistes et nazis. La troisième ordonnance de référé demandait à Yahoo! de « ` rendre toutes les mesures de nature à dissuader et à rendre im` ossible toute consultation sur

---

[261] Une adresse IP (*Internet Protocol*) ` ermet d'identifier un ordinateur connecté à Internet. Pour ` lus de ` récision technique, voir ` ar exem` le htt` ://fr.wiki` edia.org/wiki/Adresse_IP, dernière consultation le 18/07/2007. Les fournisseurs d'accès Internet attribuent une adresse IP à chaque connexion.

[262] Voir ` artie II, titre II, cha` itre 2, section 2, §2 sur les systèmes de marquage PICS et P3P.

[263] htt` ://o` ennet.net/

[264] Voir la chronologie de l'affaire et des ordonnances et décisions successives.
htt` ://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgi` aris20000522.htm

Yahoo.com du service »[265]. A` rès un ra` ` ort d'ex` ertise confirmant la ` ossibilité technique à 80% de la mise en ` lace d'un filtrage en fonction de la localisation des internautes ` ar adresse IP et déclaration, l'affaire devient un conflit de juridictions et de lois a` ` licables. Le juge français adresse une injonction[266] à Yahoo! Inc. L'entre` rise retire alors l'ensemble des contenus ` our tous les internautes a` rès avoir demandé à la justice américaine de démontrer l'ineffectivité aux Etats-Unis de l'ordonnance française sur la base de la liberté d'ex` ression[267]. Les sociétés doivent res` ecter le droit des États dans lesquels elles font du commerce.

Certains se réjouissent de la victoire de la démocratie sur la technique tandis que d'autres s'indignent de la censure d'un État étranger ou s'interrogent sur le ` oids déterminant de l'état de l'art de la régulation technique dans l'effectivité de la régulation juridique a` ` liquée « selon les ` aradigmes étatiste et ` ositiviste. (…) Le droit n'est ` lus a` ` liqué comme s'il devait sanctionner l'ensemble des com` ortements déviants, mais vise ` lutôt à assurer un certain niveau, le ` lus faible ` ossible, de "` olluants informationnels". »[268] Le « droit mou » (*soft law*) définit des standards, des ` rinci` es généraux[269]. Cette affaire oblige à re` enser les ra` ` orts entre le droit et la technique et sous couvert de « la revanche du droit sur la technologie », remet en question la neutralité des technologies qui ` euvent être utilisées ` our filtrer et limiter la liberté d'ex` ression, héberger et assurer la ` romotion de services.[270]

---

[265] TGI Paris, ordonnance de référé, 20/05/2000, UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc et Yahoo! France.
htt` ://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgi` aris20000522.htm
[266] TGI Paris, ordonnance de référé, 20/11/2000, UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc.
htt` ://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgi` aris20001120.htm
[267] United States District Court for the Northern District of California, San Jose Division, 7 novembre 2001, Yahoo! Inc. v. La Ligue contre le racisme et l'antisémitisme.
U.S. Court of A` ` eals for 9th Circuit, State of California, 23 august 2004 and 1 december 2006.
htt` ://www.juriscom.net/en/txt/jurisus/ic/dccalifornia20011107.htm
[268] Trudel Pierre, « Les mesures de censure sont une mauvaise façon de réguler les conflits engendrés ` ar la circulation de l'information », Consultation internationale sur les im` lications de l'affaire Yahoo! Inc., entrevues organisées ` ar Lionel Thoumyre, *Juriscom.net*, janvier/mars 2001.
htt` ://www.juriscom.net/uni/doc/yahoo/trudel.htm
[269] Voir *supra* ` artie II, titre II, cha` itre 2, section 1, §1 sur les fondamentaux du droit et l'émergence de standards juridiques du droit d'auteur.
[270] Poullet Yves, « L'affaire Yahoo! Inc. ou la revanche du droit sur la technologie ? », *Juriscom.net*, janvier/mars 2001. htt` ://www.juriscom.net/uni/doc/yahoo/` oullet.htm

Malgré l'ineffectivité ` artielle du filtrage technique, qui ` eut être contourné facilement à l'aide de logiciels anonymiseurs[271], le droit ` ositif étatique continue à se ` enser « autosuffisant », sans considération ` our d'autres régulations et normes sociales, vers une « surrégulation » juridique internationale[272].

Plus récemment en Belgique, le juge[273] a continué dans cette direction de l'autonomie du droit et de l'instrumentalisation de la technique en réclamant à la demande de la SABAM, société de gestion collective belge, le filtrage ` ar les fournisseurs d'accès des réseaux ` air-à-` air des chansons de son ré` ertoire. Ce` endant, soit le filtre à ` artir de l'em` reinte des fichiers inscrits dans une base de donnée n'est ` as suffisamment efficace[274] et donc inutile, soit la régulation technique ordonnée ` ar la régulation juridique est tro` forte et limite des utilisations légales de ces réseaux. On trouve d'autres décisions[275] im` osant un filtrage des contenus aux fournisseurs d'accès, et ces décisions sont facilement contournées : un site révisionniste ` eut changer d'hébergeur[276] ` our écha` ` er au filtrage et ex` liquer à ses visiteurs comment utiliser un logiciel anonymiseur.

Ces obligations juridiques de filtrage technique méconnaissent la nature des réseaux et de l'informatique : ce ty` e de régulation ` rétorienne est ineffective ` our cette raison. Au-delà des questions d'*exequatur*, il suffit en effet aux ` ersonnes condamnées ` our mise à dis` osition de contenus illicites de changer d'hébergeur, et aux ` ersonnes ne ` ouvant accéder

---

[271] Re` orters sans frontières fournit un guide de techniques de contournement.
htt` ://www.rsf.org/article.` h` 3?id_article=14981

[272] Berthou Renaud, « L'Internet au gré du droit - À ` ro` os de l'affaire Yahoo! », *Juriscom.net*, 10 janvier 2001.

[273] TPI Bruxelles, Sabam v. Scarlet (anciennement Tiscali), 29/06/2007.
htt` ://www.juriscom.net/j` t/visu.` h` ?ID=939

[274] Ce que semblent démontrer des tests réalisés sur la solution Audible Magic qui ` résente au moins l'avantage en a` ` arence de ne ` as s'adresser aux ` ersonnes mais aux contenus et de menacer la liberté d'ex` ression avant la vie ` rivée des internautes… Sauf que le suivi d'un fichier inerte ne ` résente ` as grand intérêt, ce sont son éxecution sur un ordinateur ou son transfert qui im` ortent. Un suivi de fichier im` lique donc la collecte de données ` ersonnelles.
htt` ://www.ratiatum.com/news5153_Le_filtrage_video_d_Audible_Magic_inefficace.html

[275] Par exem` le l'affaire AAARGH : TGI Paris, référé, 13 juin 2005, UEJF, SOS Racisme, AIPJ J'Accuse, MRAP et a. c/ OLM, Globat, Planet.com, France Télécom, Free, AOL France, Tiscali, Neuf Télécom et a. et CA Paris, 24 novembre 2006, SA Tiscali (Telecom Italia), AFA, France Telecom et a. c/ UEJF, J'Accuse, SOS Racisme et a. Juriscom.net.

[276] Nous évoquons ultérieurement la question de la res` onsabilité des tiers et la délicate qualification d'hébergeur ou d'éditeur, déterminante dans l'étendue des res` onsabilités. Voir ` artie I, titre II, cha` itre 3, section 2, §3 sur la res` onsabilité des tiers.

à un contenu en raison de leur nationalité d'utiliser un logiciel anonymiseur ` our contourner les filtres nationaux.

§2. La discrimination des contenants

A` rès s'être attaqués directement aux internautes qui téléchargent des contenus sans autorisation ` uis aux fournisseurs d'accès et hébergeurs afin de bloquer ou faire fermer des sites contrevenants, les titulaires de droits se sont orientés vers la lutte contre les outils et les ` rotocoles ` ermettant l'échange de contenus. Sans re` rendre la chronologie des différentes affaires de réseaux P2P (Na` ster, Kazaa, Grokster…)[277], nous insisterons sur le fait que les logiciels et réseaux ` air-à-` air sont évolutifs (centralisés, décentralisés ` uis sous forme de « torrents »[278] incom` lets et enfin cry` tés), et ` euvent avoir des a` ` lications non autorisées et autorisées, qu'il est dommageable de brider. Si « la chute des serveurs Razorback (…) a eu un im` act quasiment nul sur les échanges, c'est la ` reuve de la vigueur des systèmes existants »[279]. On ` eut se demander alors quel est l'intérêt ` our les titulaires de droits de faire fermer des serveurs qui ne re` résenteraient ` as une menace substantielle ` our l'industrie du divertissement commercial, mais qui a` ` ortent un soutien à la diffusion de logiciels et de musiques libres dont le ` artage est légal, et à de nombreux ` rojets de recherche comme ` our le génome humain. La saisie de ce serveur n'aurait ` as ` ermis de collecter les *logs* des adresses IP qui ont téléchargé des contenus ` rotégés, ces informations ayant été stockées dans la mémoire vive, et non sur le disque dur.

La tentative de régulation juridique la ` lus récente a été l'amendement dit « Vivendi » à la loi DADVSI contre les logiciels et réseaux d'échange[280]. Un ra` ` ort[281] commandé ` ar le

[277] Voir infra ` artie I, titre I, cha` itre I, section 2.
[278] Un « torrent » est un fichier de données qui contient « les informations sur le fichier source à télécharger sur le réseau BitTorrent. » htt` ://www.alaide.com/dico.` h` ?q=.torrent&ix=4185
[279] Entretien avec Christo` he Tilmont, directeur marketing et business dévelo` ` ement d'Advestigo, *le Monde*, 23 mars 2006.
[280] Voir ` artie I, titre II, cha` itre 4, section 1, §3 sur cet amendement et la réaction du Conseil Constitutionnel en 2006.
[281] Kahn Gilles, Brugidou Antoine, *Rapport d'étude des solutions de filtrage des échanges de musique sur internet dans le domaine du peer□to□peer,* Charte ` our le dévelo` ` ement de l'offre legale de musique en ligne,

Ministère de la Culture ` our ex` ertiser les différentes solutions de filtrage des échanges de musique sur Internet dans le domaine du ` air-à-` air (filtrage de ` rotocole, filtrage de contenu, filtrage sur le ` oste client, filtrage systématique et à la demande) qualifie la mise en ` lace du filtrage de ` rotocole de difficile et celle du filtrage de contenu[282] non ` ertinente. Il recommande d'ex` érimenter la mise en ` lace de radars en dérivation, de manière à ne ` as gêner le trafic, et sous condition d'évaluation du res` ect de la vie ` rivée ` ar un tel outil d'observation et d'analyse.

Une autre tentative de régulation non directement judiciaire mais de nature économique a consisté à ` ro` oser la taxation ou la limitation du débit ascendant ` ar les fournisseurs d'accès. Cette ` ro` osition a été démontée ` ar d'autres économistes[283], sans com` ter les ` ossibles atteintes à la liberté d'ex` ression et à de nombreux services et activités qui utilisent le téléchargement ascendant sans ra` ` ort avec l'échange non autorisé de films ou de musique[284].

Conclusion de la section 1 : la neutralité du réseau

Les tentatives de blocage des contenus et des contenants, au-delà de leur ineffectivité sur les activités qu'elles souhaitent ré` rimer, limitent actuellement d'autres activités qui ` euvent être légales. Le droit tente d'inféoder la technique, mais ces régulations sont contournées, et nous verrons ` lus loin que la régulation juridique du contournement de la régulation technique

---

le res` ect de la ` ro` riété intellectuelle et la lutte contre la ` iraterie numerique, Ministère de la Culture, mars 2005, 59 ` . htt` ://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/ra` ` orts/filtrage/charte.` df

[282] L'identification du ty` e de fichier (.m` 3, .wav, etc) n'est ` as a` ` ro` riée, celle de formats liés à des mesures techniques de ` rotection (.wma) le serait déjà ` lus.

[283] Voir la controverse entre Bomsel Olivier et al. « Enjeux économiques de la distribution des contenus » ra` ` ort du CERNA, 2004, 52 ` . htt` ://www.cerna.ensm` .fr/Documents/OBetalii-P2P.` df qui méconnaît les utilisations de l'*upload* autre que le ` artage d'œuvres sans autorisation et le commentaire raisonné qui critique cette vision « rétrograde » d'un modèle unidirectionnel ` our Internet et d'une économie qui ` asse de la « logique de diffusion » à la « logique d'a` ` ariement » ` ar Curien Nicolas, Gensollen Michel, Gille Laurent, Bourreau Marc, « Distribution de contenus sur Internet. Commentaire sur le ` rojet de taxation de l'u` load (du CERNA) », ENST/CNAM, 2004, 16 ` . htt` ://www.tekool.com/droit/bom` sel.html

[284] D'a` rès un communiqué de ` resse de l'association Odebi le 26 mai 2004, « Il est totalement im` ensable de demander aux FAI de limiter les débits ascendants aux ` rétexte que cela limiterait l'utilisation du P2P : l'industrie audiovisuelle oublie tro` souvent qu'elle n'est ` as le centre de l'internet et que de nombreux usages n'ayant strictement rien à voir avec le P2P nécessitent des débits élevés tant en ascendant qu'en descendant. Une

n'est ` as sans conséquences négatives non ` lus[285]. Cette ` osition de l'autonomie du droit heurte le ` rinci` e de la neutralité des réseaux[286] selon lequel les intermédiaires techniques ne discriminent ` as leurs services en fonction du ty` e d'a` ` lication ou de ressource trans` ortée[287]. Il ne s'agit ` as, et nous tentons d'antici` er ici les critiques de libertarisme, d'autoriser tous les com` ortements au nom de la liberté des réseaux, mais de déterminer des modes de régulation ada` tés à ces questions, qui intègreront les influences et ra` ` orts réci` roques entre le droit et la technique au lieu de les o` ` oser dans une course stérile à l'efficacité.

Section 2. La surveillance des données ` ersonnelles

Des données nominatives sont nécessairement recueillies ` ar les ` restataires de services en ligne et les fournisseurs d'accès, à des fins de facturation des services vendus et à des fins d'archivage des sites consultés en cas de nécessité judiciaire. Le danger est évident non seulement ` our la vie ` rivée, mais aussi ` our la sécurité juridique dans la mesure où des décisions ` ourraient être fondées sur des o` inions ` olitiques en lien avec les sites fréquentés, les ouvrages achetés… L'avantage du fichage est commercial ` uisqu'il ` ermet aux entre` rises d'adresser des offres ` roches des centres d'intérêt des consommateurs[288] et de faciliter la navigation sur Internet (les *cookies*). Des mesures de contrôle s'exercent sur les fichiers de

---

fois de ` lus, l'égocentrisme de cette industrie la mène à demander des mesures rétrogrades, injustes et irréalistes dont les conséquences seraient de limiter gravement les usages et le dévelo` ` ement de l'internet. »

[285] Voir ` artie I, titre II, cha` itre 4 sur la ` rotection juridique des mesures techniques de ` rotection.

[286] Voir van Schewick Barbara, *Architecture and Innovation. The Role of the End-to-End Argument in the Original Internet*, dir. Lutterbeck Bernd, Lessig Lawrence, ` hD in Com` uter Science, Techniche Universität Berlin, 21. Juli 2004, 393 ` . et « Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation », *33rd Research Conference on Communication, Information and Internet Policy* (TPRC 2005), extended version in *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, vol. 5, 2007. htt` ://ssrn.com/abstract=812991 Voir aussi l'analyse du contrôle d'Internet du ` oint de vue du droit américain : Zittrain Jonathan L., « Internet Points of Control », *Boston College Law Review*, vol. 43, n°1, 2003, 36 ` . htt` ://cyber.law.harvard.edu/home/u` loads/202/2003-01.` df

[287] Il est envisagé notamment aux Etats-Unis et au Royaume-Uni non ` as de bloquer, mais d'établir une discrimination tarifaire. Les o` érateurs ` ourraient facturer des frais d'utilisation de la bande ` assante à ceux qui en consomment beaucou` , notamment les distributeurs de vidéo. Voir l'exem` le de VOD des ` rogrammes de la BBC ` endant 30 jours a` rès leur diffusion à la télévision, service qui utilise une ` lateforme ` air-à-` air afin de mutualiser les coûts : htt` ://www.zdnet.fr/actualites/internet/0,39020774,39372159,00.htm

[288] Ainsi, l'achat d'un livre sur le site Amazon est source d'envoi de ` ublicités ` ersonnalisées à l'occasion de la ` ublication d'ouvrages ` ortant sur des thèmes similaires.

clientèle, notamment en vue « de ` ermettre aux abonnés de s'o` ` oser à la cession de leurs données à des fins de ` ros` ection »[289]

La loi du 6 janvier 1978 « informatique et libertés » définit les données à caractère ` ersonnelles comme « toute information relative à une ` ersonne ` hysique identifiée ou qui ` eut être identifiée ` ar référence à un numéro d'identification ou à un ou ` lusieurs éléments qui lui sont ` ro` res ». La loi définit aussi les missions de la CNIL (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés), Autorité Administrative Indé` endante ` our la déclaration et l'autorisation de ces traitements. Toute ` ersonne ` eut connaître et contester les données qui la concernent.

§1. Le traitement de données ` ersonnelles ` ar des sociétés ` rivées

La loi ` eut ` ermettre ou contraindre des sociétés ` rivées, les sociétés de gestion collective et les ` restataires intermédiaires, à effectuer des traitements de données ` ersonnelles. La loi 1978 sur le traitement automatique des données nominatives définit les ` ersonnes habilitées à demander une autorisation de traitement :

« 1° Les juridictions, les autorités ` ubliques et les ` ersonnes morales gérant un service ` ublic, agissant dans le cadre de leurs attributions légales ;
2° Les auxiliaires de justice, ` our les stricts besoins de l'exercice des missions qui leur sont confiées ` ar la loi ; (...) »

L'article 9.4 de la loi du 6 août 2004 ajoute au texte de 1978 une nouvelle catégorie de ` ersonnes habilitées au traitement des données relatives aux infractions, les sociétés de ` erce` tion et de ré` artition des droits et les organismes chargés de la défense de ces droits :

« Les ` ersonnes morales mentionnées aux articles L. 321-1 et L. 331-1 du Code de la ` ro` riété intellectuelle, agissant au titre des droits dont elles assurent la gestion ou ` our le com` te des victimes d'atteintes aux droits ` révus aux livres I[er], II et III du même Code aux fins d'assurer la défense de ces droits »

[289] Rivero Jean, Moutouh Hugues, *Libertés publiques*, PUF, Thémis, 2003, 7[ème] éd., tome 2, ` . 81 et délibération de la CNIL du 28 février 2001 à l'occasion de la fusion des sociétés Vivendi, Seagram et Canal Plus.

La justice n'est `lus le seul acteur à `ouvoir demander une autorisation de traitement de données `ersonnelles. Les sociétés de `erce`tion et de ré`artition des droits (SPRD) et les syndicats des indistries culturelles sont à `résent habilitées à solliciter de telles autorisations `our le com`te des titulaires de droits qu'elles re`résentent. L'exercice d'un hy`othétique débat contradictoire im`liquerait la `artici`ation de re`résentants des titulaires de droits et des consommateurs.

On assiste donc à une `rivatisation de l'a``lication du droit et de certaines des fonctions régaliennes de l'Etat : la `olice et la justice. En témoignent les demandes à la CNIL effectuées `ar le SELL[290] et l'ALPA[291] (acce`tées), la SCPP et la SACEM (refusées selon des motifs détaillés `ar la CNIL dans un ra``ort non divulgué[292]) de mettre en œuvre des traitements automatisés de surveillance automatique `our rechercher les fichiers mis en `artage et ensuite identifier les internautes à l'origine de la diffusion des fichiers, sans autorisation du juge. Toutefois, les décisions de refus n°2005-235 à 238 de la CNIL du 18 octobre 2005 ont été annulées `ar un arrêt du Conseil d'Etat le 23 mai 2007[293]. Les `roducteurs et éditeurs (SCPP, SACEM/SDRM) `euvent dès à `résent dé`oser des demandes de re`érage automatique des `ratiques de `artage au`rès de la CNIL. La Cour d'A``el de Paris, dans deux arrêts des 27 avril et 15 mai 2007[294], a affirmé l'adresse IP ne constituerait `as une donnée `ersonnelle. La CNIL a``elle à un `ourvoi en cassation à ce sujet qui remet en question la définition de 1978. Cette démarche est soutenue `ar un avis du 20 juin 2007[295] des autorités de `rotection des

---

[290] Délibération du 24 mars 2005 de la CNIL autorisant le SELL (syndicat des éditeurs des logiciels de loisirs) à détecter les contrefaçons de jeux vidéo `our adresser des messages de `révention et constater les infractions.

[291] Délibération du 21 décembre 2006 de la CNIL autorisant l'ALPA (association de lutte contre la `iraterie audiovisuelle) à rechercher et constater les contrefaçons.

[292] htt`://www.lestelechargements.info/docs/ra``ort%20CNIL.`df, dernière consultation le 15/07/2006. Voir aussi le ra``ort 2005 de la CNIL, 123 `. qui `ro`ose `. 57 un tableau com`aratif des cinq dis`ositifs de traitement et de recherche des infractions associant `révention et ré`ression soumis à la CNIL et motivation des décisions (SELL : oui; SACEM, SCPP, SPPF, SDRM :non)
htt`://lesra``orts.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000317/0000.`df
Sur la question générale du traitement des données `ersonnelles et du droit d'auteur, voir Frayssinet Jean, « L'accou`lement du droit de la `rotection des données `ersonnelles avec le droit d'auteur », *Légipresse*, novembre 2004, n° 216, `. 119 et à `ro`os de la décision SELL, voir Frayssinet Jean, « Attention, en cas d'abus le SELL `eut être dangereux `our la contrefaçon de logiciels de jeux ! », *Légipresse*, mai 2005, n° 221, I, `. 75.

[293] Conseil d'Etat, section du contentieux, 23/05/2007. htt`://www.legalis.net/`df/SKMBT_50007052316410.`df

[294] Cour d'a``el de Paris, 13ème chambre, section B, Arrêt du 27 avril 2007 Anthony G. / SCPP et Cour d'a``el de Paris 13ème chambre, section A, Arrêt du 15 mai 2007, Henri S. / SCPP. htt`://www.legalis.net/

[295] Grou`e Article 29, avis nº 4/2007 sur le conce`t des données à caractère `ersonnel, 20 juin 2007. htt`://ec.euro`a.eu/justice_home/fsj/`rivacy/docs/w`docs/2007/w`136_en.`df

données des Etats membres de l'Union euro` éenne[296]. La CNIL suggère en outre de ` oser une question ` réjudicielle à la CJCE[297].

Un ` rojet de décret d'a` ` lication de la loi sur la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 ` ublié au ` rintem` s 2007[298] ` révoit de demander à tous les ` restataires (fournisseurs, hébergeurs, éditeurs, o` érateurs de télé` honie) une conservation de l'ensemble des données de connexion liées à la mise en ligne de contenus ` endant trois ans[299] afin de les remettre à la ` olice ou à l'Etat sur sim` le demande. Les dangers de ce ` rojet ont été dénoncés ` ar les ` rofessionnels, les associations et la doctrine[300]. Nous re` renons les interrogations d'Anne-Catherine Lorrain et de Garance Mathias :

« la ` hiloso` hie de ce ` rojet de décret ` eut être résumée ainsi : connaître et conserver l'ensemble des identifiants et contenus créés sur les réseaux numériques (…) De telles données sont-elles indis` ensables au stade du ` rocessus de conservation, ` réalable à celui de l'identification et de la ` ersonnalisation des données qui ne ` eut s'effectuer que dans le cadre d'une ` rocédure judiciaire ? (…) La technique est-elle si ` eu fiable que la conservation des seules données relatives à la connexion stricto sensu (tel que l'identifiant, le ty` e de ` rotocole utilisé, les dates et heure de la connexion) ne ` ermettrait ` as d'identifier ultérieurement les ` ersonnes corres` ondant à ces données? »[301].

---

[296] Voir à ` ro` os du grou` e euro` éen de l'article 29 *supra* ` artie I, titre II, cha` itre 2, section 3. Ce grou` e de travail nommé d'a` rès l'article 29 de la directive de 1995 sur la ` rotection des données ` ersonnelles rassemble les membres des commissions de ` rotection de la vie ` rivée comme la CNIL des différents Etats-Membres et d'Etats associés.

[297] htt` ://www.cnil.fr/index.` h` ?id=2244

[298] Projet de décret ` ortant a` ` lication de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 ` our la confiance dans l'économie numérique (LCEN). Document de travail version de janvier 2007 : htt` ://www.iris.sgdg.org/actions/len/ProjetDecretLCEN0107.` df

L'article 6 de la LCEN concerne les données conservables et communicables à ` ro` os de l'édition de contenus qui ` euvent s'avérer illicites.

[299] Une information révèle en août 2007 que la durée de stockage des données de connexion serait réduite à un an. htt` ://www.zdnet.fr/actualites/informatique/0,39040745,39372251,00.htm

[300] Voir la tribune de Phili` ` e Jammet, ` résident du GESTE (Grou` ement des Editeurs de Services en Ligne), « L'Etat veut-il tuer Internet en France ? », le Monde, 21/04/2007 ainsi que la réaction de l'association IRIS le 20 avril 2007 htt` ://www.iris.sgdg.org/info-debat/comm-decretlcen0407.html et l'article de Lorrain Anne-Catherine et Mathias Garance, « Conservation des données de connexion : un ` rojet de décret resserre la toile... ou comment l'ombre de « Big Brother » menace la « confiance dans l'économie numérique » (À ` ro` os du ` rojet de décret ` ortant a` ` lication de l'article 6 II de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 ` our la confiance dans l'économie numérique) », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, juin 2007, n° 28, ` . 39. htt` ://www.aclorrain.fr/docs/donnees-de-connexion_07.` df. Lire aussi les articles ` récédents des mêmes auteurs : « Données de connexion : la ` ublication du ` remier décret ou la ` rnière ` ierre d'un édifice encore inachevé », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, juin 2006, n° 17, ` . 35. htt` ://aclorrain.free.fr/Publications/RLDI06/Dconnexion2006.html et « Données de connexion : un état des lieux », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, décembre 2005, n° 11, ` . 48.

[301] *Ibidem*, *RLDI*, juin 2007, ` . 41-42.

Les auteurs remarquent aussi l'absence de garanties juridiques et techniques, « ` ar exem` le la référence à une norme de standardisation ou à un standard de sécurité minimale » ou d'intégrité : qu'est-ce qu'une « norme technique en vigueur ? » Au-delà des frais et de l'absence de garantie de ce texte, ce ` rojet de décret soulève le risque d'interconnexion de ces données : les ` seudonymes et les mots de ` asse feraient ` artie des données conservées. La sé` aration entre la vie ` rivée et la vie ` rofessionnelle serait donc rendue difficile.

§2. La « ré` onse graduée automatique »

La ré` ression n'est ` as le seul moyen utilisé ` our lutter contre la mise à dis` osition non autorisée de fichiers audiovisuels. Certains moyens de ` révention sont ` ro` osés ou mis en ` lace ` ar le gouvernement, en ` artenariat avec des institutions ` ubliques (l'Education Nationale) et ` rivées[302] (les fournisseurs d'accès). Le Conseil Constitutionnel[303] a d'ailleurs censuré la ` ossibilité d'une « ré` onse graduée », l'article 24 du ` rojet de la loi DADVSI du 1er août 2006 (article L. 355-11 du CPI) instituant la mise en ` lace d'envois automatiques de messages informatifs ` ersonnels aux internautes en infraction, suivis en cas de récidive d'un ` rocès-verbal ` révoyant une amende d'un montant inférieur aux autres modes de contrefaçon et d'une échelle de sanctions voulues ` ro` ortionnées. Ce ` rojet de ri` oste graduée n'avait d'ailleurs ` as été jugé o` ` ortun (de même que le filtrage) sur les ` lans technique et juridique ` ar le ra` ` ort d'un universitaire[304] commandé ` ar le Ministre de la Culture mais non ` ublié.

Conclusion de la section 2

---

[302] Les accords contractuels dits autorégulation ` ermettent de contourner les obstacles judiciaires : Cham` eau Guillaume, « Christine Albanel favorable à la ri` oste graduée », *Agoravox*, 29/05/2007. htt` ://www.agoravox.fr/article.` h` 3?id_article=25009

[303] Au motif de la ru` ture de l'égalité devant la loi ` énale entre techniques de mise à dis` osition, voir *supra* ` artie I, titre II, cha` itre 4, section 1, §3, 2).

[304] Cédras Jean, *Le téléchargement illicite d'oeuvres protégées par le droit d'auteur*, Ra` ` ort au Ministre de la Culture et de la Communication, avril 2007. Non ` ublié mais dis` onible sur le site de l'association Odebi. htt` ://www.odebi.org/docs/Ra` ` ortCedras.` df

Les récents revirements de juris`rudence et les décisions à venir ne `ermettent `as d'avoir une vision claire des traitements `ersonnels que le droit `ositif laissera mettre en œuvre `ar les `orteurs d'intérêts concernés, qui cumuleront les fonctions de `artie de la défense et de `olice. Si cette conce`tion de la justice auto-administrée venait à `révaloir, les titulaires de droits `ourraient courir au devant d'une victoire à la Pyrrhus et solliciter au`rès du législateur une nouvelle `rotection juridique nationale ou internationale contre le contournement des techniques d'identification. Il est `révisible qu'une telle attitude conduira à la course au dévelo``ement et à la délocalisation d'a``lications cry`tées ou anonymisées, ce qui `ourrait conduire à renforcer les sentiments communautaires de leurs dévelo``eurs et utilisateurs.

Par ailleurs, on notera que de nombreux internautes donnent `arfois eux-même accès à certaines de leurs données `ersonnelles (date de naissance, adresse…) sur les réseaux sociaux sans avoir conscience que quiconque `ourra accéder à ces données et les croiser[305]. Il convient au contraire de « mieux sensibiliser les `ersonnes concernées, les rendre acteurs de leur `ro`re `rotection »[306]. C'est cette attitude, rendre les titulaires de droits intellectuels et `ersonnels acteurs de la régulation des œuvres et informations qu'ils mettent à dis`osition sur les réseaux, que nous tentons de dévelo``er dans la seconde `artie de cette thèse. Nous verrons ainsi comment la configuration de systèmes techniques `ermet aux `ersonnes de s'a``ro`rier l'administration de leurs droits[307].

Conclusion du cha`itre 3

Les injonctions aux fournisseurs d'accès de filtrer les contenus ou les `rotocoles ou de conserver les données de connexion et de donner l'identité de `ersonnes sou`çonnées d'actes illicites font `eser sur des acteurs économiques `rivés les investissements nécessaires à la

[305] C'est ailleurs le fondement du moteur de recherche S`ock dont une version beta est sortie en août 2007. Il rassemble les informations sur les `ersonnes glanées sur les réseaux sociaux `rofessionnels et `ersonnels. htt`://www.s`ock.com/

[306] Poullet Yves, « Mieux sensibiliser les `ersonnes concernées, les rendre acteurs de leur `ro`re `rotection », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* n°5, mai 2005.

[307] Voir *supra* `artie II, titre II, section 2, §2 à `ro`os des *Privacy Enhancing Technologies* (PETs) comme P3P (*Platform for Privacy Preferences*).

coo` ération avec la justice, les transformant en auxiliaires de justice, ceci à leurs ` ro` res frais. Nous avons ce` endant entendu lors d'une réunion du CSPLA un re` résentant de l'industrie ` honogra` hique ` ro` oser de ` rendre en charge une ` artie des frais de recherche et de mise en ` lace liés au traçage des internautes ` ar les fournisseurs d'accès, ceci alors que le juge fait le ` lus souvent ` eser la charge sur ces derniers. Contrairement aux contrats de ` restation qui com` rennent de nombreuses clauses contraires au droit de la consommation, les fournisseurs d'accès et les consommateurs ont les mêmes intérêts sur ces dossiers et ne souhaitent ` as que ` lus de sécurité et de contrôle brident les échanges sur les réseaux.

Les sociétés de gestion collective et les re` résentants de l'industrie culturelle ne s'adressent ` as uniquement aux fournisseurs d'accès Internet commerciaux ` our obtenir l'installation de filtres techniques. Une tentative d'im` oser à des universités d'installer des telles techniques a récemment été rejetée ` ar le Sénat américain[308]. D'autres voies que la ré` ression sont ` ossibles, mais l'information sur le téléchargement se doit d'être com` lète et im` artiale, en vue de mener des actions d'éducation et non de ` ro` agande[309].

L'autorégulation ` eut s'avérer ` lus ré` ressive que la justice, c'est le *chilling effect*, une situation dans laquelle une conduite ou un discours sont limités ou su` ` rimés, auto-censurés ` ar crainte de la ré` ression judiciaire[310]. Ainsi, un site de vente aux enchères retire de la vente un baladeur rem` li de fichiers m` 3, et un autre à l'effigie d'un grou` e de rock[311] en l'absence de toute décision de justice, le ` rinci` e de ` récaution les ` oussant à ne ` as risquer une accusation de contrefaçon ` ar com` licité (« *contributory liability* ») à l'instar d'a` ` lications de ` air à ` air[312]. Cette attitude timorée éloigne la ` ossibilité d'une qualification ` ar un juge qui aurait été saisi, et donc d'une sécurité juridique à long terme ` our de futurs acteurs.

---

[308] htt` ://frwebgate.access.g` o.gov/cgi-bin/get` age.cgi?dbname=2007_record&` age=S9514&` osition=all

[309] Le site Ca` tain Co` yright, héros de bande dessinée à destination des enfants a été retiré suite à de nombreuses critiques. Voir htt` ://www.ca` tainco` yright.ca/ et la lettre ouverte de la Canadian Library Association. htt` ://www.cla.ca/Access_Co` yright_C` tCo` y_let_Final_.` df

[310] htt` ://en.wiki` edia.org/wiki/Chilling_effect, dernière consultation le 13/08/2007. Voir les travaux de l'association de défense des droits des internautes du même nom créée ` ar Wendy Seltzer : htt` ://chillingeffects.org/

[311] Ebay a retiré de la vente un baladeur iPod rem` li de fichiers et un autre estam` illé aux couleurs du grou` e U2 avant même qu'une éventuelle décision de justice ne se soit ` rononcée sur la question de l'é` uisement des droits.

[312] MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd. 545 U.S. 913, 27/06/2005.

Conclusion du titre I

D'a` rès les ` orteurs d'intérêt du courant de l'autonomie du droit, ce dernier est ` ensé comme une technique normative autonome qui ne devrait ` as être affectée ` ar la technique et ses évolutions, mais au contraire rester stable dans son a` ` lication et ses ` rérogatives. Il s'agit ` our ces acteurs de ` réserver une situation installée, sans intégrer les changements de ` aradigme introduits ` ar les innovations techniques de création, de diffusion et de re` roduction et les caractéristiques nouvelles de l'environnement.

Cette ` osition consiste à ` enser que le droit doit régler les ` roblèmes soulevés ` ar la technique, et qu'il est ` ossible d'a` ` liquer le droit quel que soit l'environnement technique, sans ` rendre en com` te les nécessités de la traduction de toutes les facettes de l'es` rit de la loi ni les externalités sur d'autres droits et libertés fondamentales. Aux Etats-Unis, cette o` ération d'ada` tation s'a` ` elle la « traduction » : les règles de droit doivent réfléchir à une trans` osition de l'intention originelle du législateur, c'est-à-dire des auteurs de la Constitution, sans dérégler l'équilibre. Dans le monde et en Euro` e, cette tâche d' « harmonisation » d'une législation à la société de l'information a conduit à renforcer le ` oids d'une certaine catégorie de ` orteurs d'intérêt.

Des ` orteurs d'intérêt ont influencé le législateur en vue de limiter certains effets de la technique et d'assurer la ` rééminence de règles de droit dévelo` ` ées antérieurement au nouvel environnement technique. Ce` endant, ces ` ositions ont conduit non ` as à trans` oser les valeurs et ` rinci` es généraux du droit dans le numérique, mais à contraindre cet environnement de manière ` lus large que l'objectif visé et à limiter des utilisations qui n'étaient ` as dans le cham` originel visé ` ar la régulation. La mise à jour de la norme juridique en vue de réguler le nouvel environnement technique et les faits sociaux et économiques qui en découlent rencontre un ` roblème de mise à l'échelle. Les fondements matériels de la norme juridique, les conce` ts de territoire et de ` ro` riété exclusive, sont remis en question ` ar les évolutions de l'environnement technique et la manière dont le droit

a` `réhende la technique n'a `as été re`ensée. Il n'y a `as eu de ru`ture de `aradigme juridique, de « révolution co`ernicienne » `our `enser et intégrer le changement numérique et les droits afférents au regard du droit à la `ro`riété.

Or « Internet doit aussi être `erçu comme un facteur d'évolution de la création du droit. En effet, il inscrit celle-ci dans le cadre d'une `luralité réseautique (…) L'évolution de la création du droit initiée `ar Internet doit être a` `réhendée comme une source de lourdes modifications structurelles » remettant en question les structures internes des ordres juridiques qu'Internet « questionnerait `ar ailleurs sur leur ca`acité à se servir de lui comme d'un cham` d'ex`érimentation réseautique ».[313]

[313] Berthou Renaud, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, thèse de droit, dir. Blandin-Obernesser Annie, Université de Rennes I, 2 juillet 2004, `. 509-510.

Titre II : La coo` ération entre le droit et la technique

Ce titre ` résente les mesures techniques de ` rotection (MTP) visant à rendre techniquement im` ossible les actes non ` révus contractuellement. La ` ro` agation d'outils techniques de re` roduction et de distribution à faible coût dans le grand ` ublic facilite la diffusion d'œuvres ` rotégées ` ar des droits de ` ro` riété littéraire et artistique sans l'autorisation des titulaires de droits. Certains des re` résentants des titulaires de droits et de l'industrie culturelle[314] considèrent que les co` ies non autorisées échangées sur les réseaux entraînent une baisse des ventes commerciales et nuisent à terme à la création artistique. Comme nous l'avons montré[315], d'autres études réalisées ` ar des économistes sur les conséquences du téléchargement ` ar l'intermédiaire de logiciels ` air-à-` air ` arviennent à des conclusions divergentes : la diffusion non autorisée et la baisse des ventes ne sont ` as nécessairement corrélées, les ` ersonnes qui téléchargent sont aussi des consommateurs im` ortants.

Quoi qu'il en soit, les outils techniques de re` roduction et de distribution sont variés, gratuits ou ` resque, relativement sim` les d'utilisation et leurs ` erformances en terme de nombre d'œuvres dis` onibles et de ra` idité d'accès s'améliorent ra` idement :

- les graveurs et les su` ` orts vierges de co` ie ` rivée,
- les sites de téléchargement, les *audioblogs* et les *podcasts*[316] (baladodiffusion),
- les réseaux d'échange de ` air à ` air, centralisés (de ty` e Na` ster) ` uis décentralisés (de ty` e Kazaa ` uis Bittorent) et anonymisés,
- les radios et les logiciels qui recherchent les flux des ` rogrammes (Station Ri` ` er, lastfm)…

---

[314] Notamment la CISAC (Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et de Com` ositeurs) l'IFPI (*International Federation of the Phonographic Industry*) qui regrou` e les ` roducteurs de ` honogrammes, la RIAA (*Recording Industry Association of America*) et la MPAA (*Motion Picture Association of America*) qui re` résentent l'industrie ` honogra` hique et cinématogra` hique aux Etats-Unis).

[315] Voir *infra* ` artie I, titre I, cha` itre 1, section 2.

[316] Sur la qualification juridique du *podcasting*, voir Lorrain Anne-Catherine, « Le ` odcasting : un nouveau trublion technique chez les juristes », *Légipresse,* n° 237, décembre 2006, II, ` . 152.
htt` ://www.aclorrain.fr/docs/AClorrainLegi` resse1206.` df

Les re` résentants des titulaires de droits ne contrôlent ` as les co` ies accessibles facilement et ne ` erçoivent ` as de rémunération. Ils ont travaillé en collaboration avec l'industrie des fabricants de matériel électronique et l'industrie informatique ` our re` rendre la contrôle de la diffusion de leurs œuvres en tentant d'em` êcher la co` ie et l'accès non autorisés à la source :

- soit au niveau des su` ` orts ou des formats de fichiers des œuvres,
- soit au niveau des lecteurs (` uces dans les a` ` areils de télévision ou de télé` honie mobile, systèmes d'ex` loitation et logiciels de lecture bridés ` our ne lire que les co` ies authentifiées comme ` rovenant d'une source autorisée).

Le dévelo` ` ement de la mise en ` lace de mesures techniques de ` rotection conduit à conditionner l'accès et l'utilisation des œuvres au contrôle de l'industrie, de manière à ce que chaque œuvre soit obtenue et consommée a` rès l'autorisation du distributeur, c'est-à-dire a` rès le versement d'une rémunération ` our chaque œuvre ou acte ou ` ar abonnement.

D'a` rès le ` aradigme formulé ` ar Charles Clark « *The answer to the machine is in the machine* »[317], la facilité technique de co` ie et de diffusion non autorisée inquiétant les majors ` eut être contrée ` ar des barrières électroniques[318]. Ce` endant, l'habileté technique ` ermet aussi de défaire ces barrières et de contourner la ` rotection technique qui se su` er` osait à la ` rotection juridique des droits exclusifs. C'est ainsi que les ` orteurs d'intérêt ont cherché à obtenir la reconnaissance juridique de ces barrières électroniques qui ` rotègent les droits exclusifs. Le résultat est intervenu en 1996, bien avant toute généralisation de l'em` loi de barrières électroniques et le dévelo` ` ement de ` lateformes et de systèmes numériques de gestion des droits qui intègrent des mesures techniques de ` rotection et s'a` ` arentent à des contrats électroniques.

---

[317] Clark Charles, « The Answer to the Machine is in the Machine », in P. Bernt Hugenholtz (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, The Hague, Kluwer Law International, ` . 139.

[318] « Build you own fence », ` . 20 & 24, Mackaay Ejan, « The economics of Emergent Pro` erty Rights on the Internet », in Hugenholtz Bernt P. (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Proceedings of the Royal Academy Colloquium, Amsterdam, 6-7 July 1995, Kluwer Law International, Information Law Series 4, 1996, ` . 13-25. La méta` hore de la clotûre a aussi été re` rise ` ar Dusollier Séverine, « Electrifying the fence: the legal ` rotection of technological measures for ` rotecting co` yright », *European Intellectual Property Review*, issue 6, 1999, ` ` . 285-297, et *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique – Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres* (ci-a` rès *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*), Larcier, Bruxelles, 2005, 582 ` ., ` . 35.

Les traités de 1996 de l'OMPI ont interdit le contournement des mesures techniques avant le dé` loiement sur le marché des mesures techniques de ` rotection[319] et l'évaluation des externalités ` ossibles à la ` rohibition du contournement, en vue de ` rotéger les modèles économiques des industries culturelles qui souhaitaient trans` oser la maîtrise de la re` roduction et de la distribution de su` ` orts à l'univers numérique. Pourtant, ces deux as` ects de la chaîne de ` roduction n'ont ni la même rareté ni la même valeur dans le monde analogique que dans le monde numérique des réseaux ` uisque ces o` érations de re` roduction et de distribution de co` ies d'oeuvres sont accessibles aux ` articuliers sans nécessiter de recourir à un im` rimeur ou fabricant de su` ` orts (disques, cassettes…) ni à un réseau de distribution commerciale.

Dans ce titre, les mesures techniques de ` rotection ne seront ` as ` résentées ` rioritairement en se référant à leur définition dans le droit ` ositif[320]. Elles seront a` ` réhendées en fonction de leur effet concret sur les usages économiques, sociaux et culturels, de leur intégration dans la chaîne de distribution et l'architecture technologique, et sous l'angle des relations entre la régulation ` ar la loi, le contrat, le marché et la technique.

A` rès avoir ` résenté les relations entre les ` rinci` es du droit et des mesures techniques de ` rotection, nous démontrerons que l'a` ` ellation de *Digital Rights Management* ne convient ` as à ces systèmes qui assurent ` lutôt la gestion de certains modèles économiques et ` ro` oserons une inter` rétation de ce que signifie réellement l'ex` ression « droits » (cha` itre 1). L'architecture de ces systèmes de gestion technique sera ` résentée à travers une ty` ologie des mesures techniques de ` rotection et des standards de DRM en fonction de leurs effets et de leur a` ` réhension du droit (cha` itre 2) ` uis nous discuterons de leur qualification de contrats électroniques (cha` itre 3). Enfin, nous aborderons la question de la ` rotection juridique de ces outils techniques et du conflit avec certaines ` rérogatives du ` ublic et

[319] Le Conseil de la Concurrence française a débouté en 2004 Virgin Méga dans sa demande sur le terrain de la concurrence déloyale au` rès d'A` ` le d'ouvrir la technologie du baladeur iPod aux fichiers Virgin entre autres raisons au motif que le marché du téléchargement légal n'était ` as encore constitué, voir *supra* ` artie I, titre II, cha` itre 4, section 2.

notamment la co`ie `rivée avant d'examiner les méthodes de modélisation des exce`tions selon une a``roche de droit com`aré et d'informatique juridique (cha`itre 4).

[320] Le cha`itre 4 de ce titre traitera toutefois d'une manière classique des dis`ositions juridiques anti-contournement, de l'intero`érabilité et du conflit avec d'autres `rérogatives juridiques.

Cha` itre 1. La ` rotection technique de modèles économiques

Cette section s'attache à décry` ter l'ex` ression de « DRM », *Digital Rights Management*, et démontre que dans l'état de l'art actuel de ces mesures techniques, ce ne sont ` as des ` rérogatives juridiques qui sont gérées, mais des modèles économiques qui sont ` rotégés. Le droit d'auteur et les droits voisins octroient un mono` ole tem` oraire et limité d'ex` loitation à leurs titulaires, que ceux-ci exercent à travers des autorisations, contrats de cession et autres licences d'utilisation, contre une rémunération déterminée. Ces dis` ositifs techniques ` euvent aussi être inter` rétés comme une mise en œuvre de certains as` ects du droit moral dans le sens où certaines mesures techniques incluent le nom de l'auteur et em` êchent toute modification et atteinte au droit à l'intégrité de l'œuvre.
Nous allons com` arer dans une ` remière section l'inter` rétation et l'exercice des règles de droit ` ar la régulation juridique et la régulation technique avant de montrer dans une deuxième section comment ces systèmes accentuent les ra` ` orts de force entre les acteurs.

Section 1. Des règles de droit mises en oeuvre ` ar des dis` ositifs techniques

Les tentatives de « faire coller le fait au droit »[321] en a` ` osant des mesures techniques de ` rotection questionnent les ` ostulats du droit, de la ` ro` riété littéraire et artistique et de la technique. Cette « ` olice de l'accès ou de l'utilisation » vise à assurer « l'effectivité » de « l'exclusivité juridique » ` ar une « exclusivité technique »[322]. Nous avons vu que la co` ie était la ` ierre angulaire du système du *copyright* et de l'informatique, ce` endant la co` ie n'a ` as les mêmes enjeux dans les deux domaines. Ainsi, c'est l'ex` loitation ` ublique de co` ies d'une œuvre qui bénéficie d'un mono` ole tem` oraire d'ex` loitation, alors que la du` lication

[321] Lucas André, « Le droit d'auteur et ` rotections techniques », Le droit d'auteur en cyberes` ace, le droit d'auteur et l'infrastructure mondiale de l'information », *Actes des journées de l'ALAI*, Amsterdam, juin 1996, Otto Cramwinckel, 1997, ` . 348.
[322] Lucas André, *ibidem*, ` . 345-347.

est le ` rinci` e fondateur de l'informatique où toute o` ération nécessite d'effectuer une co` ie du fichier quelqu'en soit le ` ro` os.
Nous allons com` arer les ` rinci` es généraux du droit avec les ` rinci` es de l'informatique avant de montrer que la régulation technique dans ses dévelo` ` ements actuels n'a ` as le même traitement de l'es` ace non régulé ` ar la fiction juridique qu'elle cherche à ` rotéger.

§1. La contradiction entre les ` rinci` es généraux du droit et les ` rinci` es de l'informatique

En raison de l'architecture des systèmes techniques, les mesures techniques de ` rotection mettent en oeuvre des règles du ty` e « tout ce qui n'est ` as ` ermis est interdit ». Il est ` lus facile et ` lus efficace en termes de sécurité de coder informatiquement un nombre fini de ` ermissions ayant un statut d'exce` tions à une règle d'interdiction générale[323], ` lutôt que de tout autoriser ` uis d'ajouter certaines interdictions. Les ` erformances en termes de robustesse d'une mesure de ` rotection technique diminuent quand la flexibilité[324] des ` ossibilités offertes ` ar la technique augmente, la levée de l'interdiction créée des « *security holes* », failles ou trous de sécurité[325], et la multi` lication des exce` tions d'ouverture va accroître le risque de ru` ture de la barrière de ` rotection. La codification des autorisations est extrêmement ` récise. Elle ne laisse ` as de ` lace à l'indéterminé afin de limiter le risque que les titulaires de droits laissent une utilisation non ` rotégée, alors qu'elle aurait ` û être facturée. La gestion du risque de violation de droits[326] est inversée ` ar ra` ` ort au monde

---

[323] Entretien avec Craig A. Schultz, co-éditeur de la ` artie IPMP (*Intellectual Property Management and Protection*) du standard MPEG-21 et *Senior Architect*, Multimedia Architectures (Ja` on), se` tembre 2003.
[324] D'a` rès l'évaluation des ` erformances (document interne de l'entre` rise Medialive, avril 2004) qui démontre les arbitrages qui doivent être fait entre des critères qui ne ` euvent ` as être satisfaits à 100% de manière simultanée : la flexibilité ou la « scalabilité », soit l'ada` tation à différents ` ro` os, le niveau de sécurité et de robustesse aux attaques, et les ` erformances de calcul et donc la ra` idité de décodage.
[325] D'a` rès l'ex` ression em` loyée ` ar Craig A. Schultz, *op. cit.*, « *security wholes* »
[326] Sur le changement de la ` rise de risque et de sa ré` artition du titulaire de droits vers le ` ublic et en faveur de l'utilisation des systèmes de confiance qu'il dévelo` ` e, voir Stefik Mark, Silverman Alexander « The Bit and the Pendulum: Balancing the Interests of Stakeholders in Digital Publishing », *American Programmer*, Se` tember 1997, ` ` 18-35, also ` ublished in *The Computer Lawyer*, Vol. 16, No. 1, ` ` 1-15, January 1999. Mark Stefik, le conce` teur du ` remier langage d'ex` ression des droits, ` ense que les critiques de l'automatisation de contrats au nom de la doctrine du *fair use* méconnaissent la différence de risque entre l'univers analogique et l'univers numérique où il est ` ossible de diffuser un nombre infini. D'a` rès lui, la balance doit ` encher du côté des auteurs et éditeurs soumis à un risque et un coût su` érieurs si le système ne leur confère ` as une meilleure ` rotection, et fait confiance au marché ` our éviter la cu` idité et aller vers des contrats ` lus équitables. D'a` rès Séverine

` hysique, dans la ` ratique duquel le contrôle sur l'es` ace qui n'a` ` artient ` as à l'es` ace des droits exclusifs est ` lus susce` tible d'être élargi au bénéfice du ` ublic. Dans le monde de la ` rotection technique, le degré de contrôle et la segmentation des autorisations sont déterminés ` ar celui qui im` lémente la technique. Ainsi, de nombreuses discussions dans le cadre du grou` e MPEG IPMP *Requirements*[327] ont ` orté sur la détermination des conditions d'accès et d'utilisation qui s'a` ` liqueront ` ar défaut en l'absence d'information s` écifique : faut-il que la machine mette en œuvre l'interdiction de l'exercice de tous les actes de la liste des actes ` ossibles ou au contraire qu'elle les autorise tous ? L'analyse de cette question cruciale a ` rinci` alement été orientée ` ar des considérations techniques de ` résence ou d'absence d'information et de liaison entre les différentes ` arties du standard (ex` ression, descri` tion, actions) et non ` as ` ar des considérations juridiques, au nom du ` rinci` e non écrit de non-ingérence du standard dans la régulation juridique. Les débats n'ont ` as cherché à a` ` liquer à la régulation technique les règles de la logique déontique[328]. La logique déontique ex` rime les ` ro` ositions normatives à l'aide d'o` érateurs de la logique déductive modale : les modalités sont « il est ` ermis de », « il est obligatoire de », « il est indifférent de »… Von Wright[329] distingue le fondement normatif (règles de com` étence) des énoncés normatifs de leur

---

Dusollier, la technique rétablit le contrôle de l'auteur sur la s` hère ` ublique au sens d'Habermas, et les relations entre l'auteur et son ` ublic se ` rivatisent in *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, ` . 239-241.

Dans une ` osition intermédiaire basée sur l'analyse des coûts de transaction, le rem` lacement du *fair use* ` ar le *fare use* ` ar l'intégration d'un ` rix contribue à améliorer l'intérêt du ` ublic dans certains cas, voir Tom W. Bell, « Fair Use vs. Fared Use: the Im` act of Automated Rights Management on Co` yright's Fair Use Doctrine », 76 *North Carolina Law Review* 557, 1998;

Également basé sur l'analyse économique du droit, mais contre cette confiance dans l'efficacité du marché et du contrat et en faveur d'une régulation ` ar l'Etat des systèmes techniques, voir Julie E. Cohen, « Lochner in Cybers` ace: the New Economic Orthodoxy of "Rights Management" », 97 *Michigan Law Review* 462, 1998, 123 ` . ;

Pour une régulation des systèmes de confiance en faveur de l'intérêt ` ublic, Gimbel Mark, « Some Thoughts on the Im` lications of Trusted Systems for Intellectual Pro` erty Law », 50 *Stanford Law Review* 1671, 1998, ` `. 1671-1687.

[327] Ou « Définition des besoins » de la ` artie « gestion et ` rotection de la ` ro` riété intellectuelle », ou ` rotection technique, voir *infra* cha` itre 2, section 2, §1 l'analyse des ` arties de la norme MPEG-21.

[328] La logique déontique formalise les alternatives de la loi (obligation, interdiction, ` ermission, faculté) à l'aide des verbes de modalité : devoir, ` ouvoir… Des systèmes multi-agents ` euvent mettre en œuvre ces modalités. Voir Kalinowski Georges, « La logique des normes », in Bourcier Danièle, *Ordre juridique et ordre technologiqu*e, Cahiers S.T.S. Science-Technologie-Société, CNRS, 1986, ` . 27-35. Pour une définition de conce` ts juridiques fondamentaux à l'aide de la logique déontique (obligation, interdiction, ` ermission) etd'autres constructions logiques (action, droit obligationnel, conditionnels normatifs, ` roclamations), voir Sartor Giovanni, « Fundamental Legal Conce` ts : A Teological Characterisation », 2006. htt` ://ssrn.com/abstract=910808

fondement téléologique (` ourquoi quelque chose devrait être fait). Ces énoncés ` euvent être une règle technique ou ` hysique, une règle juridique de ty` e « si, alors » ou encore une règle « anankastique », règle de nécessité logique ou naturelle : une ` outre est nécessaire ` our assurer la solidité de cet édifice.

Le ` rinci` e général du droit « tout ce qui n'est ` as interdit est ` ermis » qui ` révoit un es` ace im` licite de liberté non régulé dans l'absence d'interdiction n'est donc ` as ` ris en com` te dans la conce` tion de ces systèmes techniques de ` rotection. Comme nous le montrons ultérieurement en ` ro` osant une esquisse d'ontologie du droit de la ` ro` riété intellectuelle[330], le droit est constitué de normes ex` licites et de ` rinci` es im` licites au sens de Dworkin[331] qui démontre la com` létude du droit ` ar l'addition des règles ` rescrivant des droits et des obligations et des règles im` licites, qui nous a` ` araissent dans une lecture d'un film négatif de la loi dans lequel les zones sombres deviendraient claires et inversement.

Une autre ex` lication de la coexistence de ces deux codes binaires inversés comme ` aradigmes du droit et de l'informatique ` rovient d'une vue sim` lifiée ` ar certains architectes de la « DRM » de la ` ro` riété littéraire et artistique ou ` lutôt du *copyright* ne ` renant ` as en com` te le cham` non gouverné, mais seulement une a` ` réhension des droits exclusifs selon la règle « tout ce qui n'est ` as autorisé ` ar les titulaires de droits exclusifs est interdit »[332].

---

[329] Von Wright Georg Henrik, « La fondation des normes et des énoncés normatifs », in Bourcier Danièle, *Ordre juridique et ordre technologiqu*e, Cahiers S.T.S. Science-Technologie-Société, CNRS, 1986, ` . 10-26.

[330] Partie II, titre I, cha` itre 1, section 3.

[331] « Chaque système juridique contient im` licitement une 'norme générale exclusive' selon laquelle tout ce qui n'est ` as interdit est ` ermis, ` uisque '` as interdit' signifie ` récisément '` ermis' ; la norme générale exclusive a une fonction de clôture du système. » in Guastini Riccardo, « Théorie et ontologie du droit chez Dworkin », *Droit & Société*, n° 2, 1986. htt` ://www.reds.msh-` aris.fr/` ublications/revue/` df/ds02/002-03.` df

[332] Entretien avec Rob Koenen, Intertrust, qui ` ense qu'il est im` ossible de re` résenter les exce` tions car le droit change très ra` idement et en ` ermanence sous l'influence de décisions de justice contradictoires. Nous ré` ondons à cette a` ` réhension de la réalité juridique que le droit évolue certainement moins ra` idement que la technique et que l'informatique devrait ` ouvoir intégrer sans tro` de coût les revirements juris` rudentiels et les évolutions législatives qui n'interviennent ` as selon notre étude du droit à un rythme effréné (voir les dévelo` ` ement du §4.2 sur la modélisation du *fair use*, le ` endant des exce` tions aux droits exclusifs en *Common Law* défini ` ar quatre conditions inter` rétées dans les décisions de justice).

Les mesures techniques de ` rotection s'a` ` arentant à des contrats similaires aux licences d'utilisation des logiciels[333] et l'es` ace de liberté de la loi est organisé et réduit dans les contrats. Il convient de déterminer si les contrats de concession de droits d'utilisation d'œuvres ` rotégées ` ar des droits de ` ro` riété littéraire et artistique doivent res` ecter les exce` tions légales. En d'autres termes, il faut définir l'es` ace intangible des libertés ` rotégées ` ar l'ordre ` ublic : le droit com` aré montre des différences entre les législations a` ` licables au droit des contrats de droit d'auteur[334].

§2. La définition contractuelle de l'es` ace de liberté et les conditions matérielles de son effectivité

La question de savoir si les mesures techniques de ` rotection doivent res` ecter les exce` tions sera étudiée ultérieurement du ` oint de vue du droit des mesures techniques de ` rotection et de leur relation avec les exce` tions et limitations[335]. Ce` endant, ce conflit ` eut aussi être examiné sous l'éclairage indirect des dévelo` ` ements techniques liés d'une ` art à l'évolution du droit face au nouvel objet technique de re` résentation des connaissances qu'a constitué la base de données et d'autre ` art aux im` lications ` ratiques de la faculté d'accéder aux données sans em` êchement ` ar une mesure technique.

En droit français, le ` rinci` e d'inter` rétation restrictive des contrats de ` ro` riété littéraire et artistique ` révoit que chaque droit cédé doit faire l'objet d'une descri` tion détaillée de son étendue et de sa destination, sous ` eine d'invalidation du contrat[336]. Cette règle s'adresse aux contrats sous forme ` a` ier et ` ar extension aux contrats électroniques dont font ` artie les

[333] Voir *supra* cha` itre 3, section 1, §3.
[334] Hugenholtz P. Bernt, Guibault Lucie M.C.R., « Study on the Conditions A` ` licable to Contracts Relating to Intellectual Pro` erty in the Euro` ean Union », Re` ort for the Euro` ean Commission, 2002, 182 `. htt` ://www.ivir.nl/` ublications/other/contracts.html
[335] Voir *supra* cha` itre 4, section 3.
[336] L'article 131-3 en tête du titre sur l'ex` loitation des droits ` révoit que « 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'ex` loitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée. »

DRMs[337]. La loi est silencieuse sur l'obligation des contrats de res` ecter les exce` tions aux droits exclusifs et le cham` non soumis à des droits exclusifs. La lecture du droit ` ositif révèle uniquement que les contrats de cession doivent res` ecter les dis` ositions d'ordre ` ublic : l'objet du contrat doit être licite, le droit moral est incessible…

Afin de déterminer si les actes non soumis à des droits exclusifs ` euvent être a` ` ro` riés de façon ` rivative ` ar des contrats, on ` eut commencer ` ar distinguer les exce` tions issues de droits fondamentaux d'ordre ` ublic et donc inaliénables (` ar exem` le le droit de ` arodie) et les limitations fondées sur des raisons ` ratiques[338], ou l'autorisation donnée ` ar la loi (licence légale) en raison de l'im` ossibilité ` ratique d'interdire à un moment donné de l'état de l'art technique, et le choix d'une méthode alternative (la gestion collective obligatoire ` our la re` rogra` hie et la co` ie ` rivée audiovisuelle) qui diminue les coûts de transaction.

Mais cette distinction n'est ` as suffisante car elle donne lieu à une controverse doctrinale : l'exce` tion de co` ie ` rivée ` eut être inter` rétée comme une ` rotection de l'es` ace ` rivé ou comme une sim` le ` rérogative tem` oraire en raison de l'im` ossibilité conjoncturelle de contrôler la co` ie ` rivée analogique. De ` lus, la ` rotection de l'exercice des exce` tions et limitations ` ar les Etats ne s'a` ` lique ` as aux œuvres ` rotégées ` ar une mesure technique ` rovenant de services à la demande[339].

On ` eut se référer aux dis` ositions relatives au droit *sui generis* des ` roducteurs de bases de données. En effet, les données et informations brutes a` ` artiennent au cham` des objets non régulés ` ar la ` ro` riété littéraire et artistique, ne rem` lissant ` as la condition de création originale de forme. Or l'article L. 342-3 du Code de la Pro` riété Intellectuelle français ` révoit que le titulaire des droits ne ` eut s'o` ` oser à « *l'extraction ou la réutilisation d'une partie non substantielle, appréciée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de la base, par la personne qui y a licitement accès* », toute clause contraire étant nulle. À défaut de source ` lus s` écifiquement dédiée à la question et en considérant qu'il est ` ossible d'étendre l'inter` rétation de l'intention du législateur au-delà du droit des ` roducteurs de bases de données, on ` ourra su` ` oser, sous réserve de l'a` ` lication du test des trois éta` es et au regard

[337] Voir *supra* cha` itre 3.

[338] Voir *infra* ` artie I, titre I, cha` itre 1 sur la justification des exce` tions et limitations ` our *market failure*, littéralement carence du marché.

des dévelo` ` ements a` ` ortés à cet article ` ar la loi DADVSI d'août 2006 et notamment que « *Les producteurs de bases de données qui recourent aux mesures techniques* (…) *prennent* (…) *les dispositions utiles pour que leur mise en œuvre ne prive pas les bénéficiaires des exceptions* », que les contrats d'accès et d'utilisation ne doivent ` as ` orter sur des objets et utilisations non gouvernés ` ar la ` ro` riété littéraire et artistique.

Il est aussi intéressant de recourir au droit des bases de données d'un ` oint de vue terminologique car le caractère utilitaire des données ` ar o` ` osition aux œuvres de l'es` rit leur confère des droits exclusifs dénommés différemment. Les corollaires de la re` roduction et la re` résentation s'intitulent l'extraction et la réutilisation (article L 342-1). Ces conce` ts juridiques s'ada` tent bien au document numérique en tant qu'objet accessible, mani` ulable et réutilisable.

L'accès n'est ` ertinent que si le document ` eut être extrait, c'est-à-dire si la fonction « co` ier/coller » ` eut être activée et n'est ` as bridée ` ar une mesure technique de ` rotection. La sim` le lecture ramènera le lecteur désireux de citer un extrait à des fins d'illustration d'une œuvre citante à la tâche fastidieuse de reco` ie manuelle d'une citation ` ro` re à l'ère analogique, sans jouir du ` otentiel technique du numérique[340]. De même, le ` lein accès ouvert à un document se traduit ` ar la ` ossibilité de le réutiliser, c'est-à-dire la ` ossibilité de l'éditer[341], de le modifier, de l'ada` ter et nécessite l'accès à la source du fichier numérique afin de l'éditer aussi facilement que le numérique le ` ermet. Il est en effet crucial de ` rofiter des ` rogrès techniques ` our accom` lir ` lus d'actes que dans l'ère analogique, avec ` lus de facilités, ` as moins. Une mesure de ` rotection technique qui contrôle l'accès mais laisse le document mani` ulable ` ermet de tirer ` arti des fonctionnalités du numérique en facilitant les usages de la citation. À l'inverse, un document .` df verrouillé em` êchant l'exercice de la

---

[339] Voir l'article 6.4 §4 de la directive DADVSI.

[340] Il n'est ` as acce` table, contrairement à ce qu'affirment Garnett and Sander qui ` rétendent que les DRM n'em` êchent ` as la citation, de reco` ier manuellement ou d'enregistrer la sortie analogique comme ils le suggèrent.

[341] Le verbe éditer est em` loyé au sens bureautique d'effectuer des o` érations sur un fichier à l'aide d'un logiciel d'édition, ` as dans le sens de l'article L.132-1 du CPI d'éditer une œuvre chez un éditeur qui fabrique, ` ublie et diffuse des exem` laires.

fonction « co` ier/coller » ralentira l'exercice du droit de courte citation ` uisqu'il conduira soit à chercher à contourner la ` rotection soit à reco` ier manuellement l'extrait.

Conclusion de la section 1

Les mesures techniques de ` rotection déterminent ainsi de manière unilatérale les actes qu'il est ` ossible d'accom` lir et tous ceux qui n'ont ` as été ` révus restent im` ossibles à mettre en œuvre en théorie. Les actes que la régulation juridique situe dans les droits dont l'exercice est réservé à leurs titulaires corres` ondent aux actes d'ex` loitation ` ublique et de distribution, ` as ceux nécessaires à la mise en oeuvre des exce` tions. Les mesures techniques de ` rotection ` euvent em` êcher ou limiter l'exercice de ces exce` tions, soit ` arce qu'il n'a ` as été ` révu avant la distribution, soit ` arce que les caractéristiques techniques de leur mise en œuvre corres` ondent à celles nécessaires à l'exercice d'actes réservés dont la ` rotection est l'objet même de ces mesures techniques.

Section 2. Les « DRM » ne sont ` as des « systèmes de gestion des droits »

Au-delà des questions de légitimité démocratique et d'équilibre entre les acteurs économiques ` uisque les ` artici` ants à la définition des « ex` ressions des droits » intégrées dans les mesures techniques de ` rotection sont ` rinci` alement issus de l'industrie[342], l'utilisation d'une mesure à effectivité immédiate est critiquable car elle conduit à réguler unilatéralement et *a priori* l'ensemble des actes qu'il est ` ratiquement ` ossible d'effectuer et non ` as uniquement le cham` qui est régulé ex` licitement ` ar la loi (qui o` ère la distinction *a posteriori* entre ce qui est ` ermis et ce qui ne l'est ` as) et s` écifié ` ar le contrat qui traduit le modèle économique du vendeur, et à transférer la charge de cette a` ` réciation du juge à la machine[343]. L'internalisation de l'inter` rétation d'un acte et de l'a` ` lication de l'interdiction

[342] Voir *infra* ` artie I, titre I, cha` itre 2.
[343] « *A DRM system that gets all fair use judgements right would in effect be a "judge on a chip" predicting with high accuracy how a real judge would decide a lawsuit challenging a particular use.* » in Felten, Edward W. « A ske` tical view of DRM and fair use », *Communications of the ACM* 46, 4, A` ril 2003, ` . 56-59 ; Dulong de

d'effectuer un acte intervient *a priori*, sans motivation de la décision `ar le juge. La ré`ression des actes ne laisse `as de `lace au libre-arbitre `our éventuellement violer une interdiction, si l'on considère que la mesure technique est efficace et qu'on ne la contourne `as techniquement.

Nous allons analyser la signification de l'ex`ression « DRM » `uis leur intégration dans les stratégies commerciales des entre`rises et leur ra``ort avec les notions de valeur et de contrôle.

§1. La signification de « droits » dans l'ex`ression « DRM » : gestion numérique des modèles économiques `lutôt que des autorisations juridiques

L'ex`ression communément em`loyée de « DRM » est non seulement inada`tée, mais encore mal inter`rétée. Les acteurs économiques sont intéressés `ar le contrôle de l'accès et de la co`ie `lus que `ar l'automatisation de la gestion des rémunérations. La gestion technique du contrôle de l'accès et de la co`ie attachée au matériel (cartes à `uces, cartes SIM, décodeurs…) ou au logiciel (lecteurs) attire beaucou` `lus d'investissements financiers (*venture capitalists* ou investisseurs financiers extérieurs en ca`ital-risque `our les entre`rises innovantes, et subventions `ubliques de ces entre`rises `ar des `rogrammes de recherche nationaux et euro`éens en faveur du multimédia) que la gestion dynamique des « droits », objet de notre recherche décrit à la fin du cha`itre 6. L'utilisation de la notion de « droits » révèle une confusion entre les mécanismes de com`ensation et les mécanismes de contrôle, entre les mesures techniques de `rotection, le cadre juridique, l'ex`loitation des droits exclusifs, la gestion des autorisations et celle des rémunérations. La gestion des autorisations et des rémunérations `eut être :

- individuelle (`ar le contrat entre le titulaire de droits et l'ex`loitant),

Rosnay Melanie, « The `aradox between a `osteriori legal evaluation and a `riori technical enforcement », Digital Media Project, Traditional Rights and Usages Call for Contribution, July 2005, DMP0483. htt`://www.dm`f.org/o`en/dm`0483.doc. Voir aussi les travaux de Julie Cohen, Jessica Litman, Pamela Samuelson sur les DRMs en tant que juge `rivé *a priori*.

- collective (volontaire ou obligatoire ` ar l'intermédiaire d'une ou ` lusieurs « sociétés de ` erce` tion et de ré` artition des droits »[344] qui négocient et collectent au` rès des ex` loitants et ré` artissent entre les titulaires de droits),
- numérique, certaines éta` es du contrat et notamment la ` erce` tion et la ré` artition de la rémunération étant automatisées ` ar des systèmes dénommés DRM, gestion numérique des droits.

La notion de « droits » com` rise dans l'ex` ression « DRM » doit être distinguée de celle de droits au sens de *copyright* ou de droit d'auteur et ra` ` rochée de la notion de contre` artie d'une autorisation contractuelle ` ar le titulaire de droits, son re` résentant ou l'ex` loitant économique de droits de ` ro` riété littéraire et artistique. Si la notion de droits n'est ` as su` er` osable avec celle de ` rérogatives issues des droits exclusifs, elle se ra` ` roche de celle d'autorisation d'accès ou d'utilisation soumise à condition comme la rémunération. Les droits seront donc entendus de manière large comme les conditions de mise à dis` osition, et définis de manière restrictive comme la rémunération versée en contre` artie de l'autorisation d'effectuer certains actes. La notion de droits est contractuelle et les conditions de mise à dis` osition seront détaillées dans l'étendue, la destination, la durée et le lieu du contrat ` ar lequel le cham` de l'autorisation est défini. La gestion numérique des droits entendue ainsi n'im` lique donc ` as la mise en ` lace d'une mesure technique ` our contrôler l'a` ` lication du contrat qui ex` rime les conditions d'accès et d'utilisation. La Commission générale de terminologie et de néologie n'entend ` as traduire l'ex` ression DRM ` ar « gestion numérique des droits », entendus comme conditions d'accès et d'utilisation, mais ` ar « gestion des droits numériques », ou GDN, qu'elle définit comme la « mise en oeuvre des différents ` rocédés destinés à ` rotéger les droits afférents à la diffusion de contenus sur su` ` orts numériques »[345]. Or ce sont les données d'instanciation des œuvres de l'es` rit (` ar définition immatérielles) et surtout la gestion qui sont numériques, ` as les droits[346]. Cette traduction a` ` roximative, reflétant le mauvais choix originel de l'ex` ression en langue anglaise qui est équivoque sur le

[344] Terminologie dans laquelle l'ex` ression « droits » est utilisée à bon escient ` uisqu'il s'agit des rémunérations issues de certains droits exclusifs en contre` artie de certains ty` es d'utilisations autorisées.
[345] Commission générale de terminologie et de néologie, Vocabulaire de la culture, JORF n° 249, 26 octobre 2006, ` . 15865, texte n° 127.
[346] La signification de DRM est ` our nous la gestion numérique des droits ` lutôt que la gestion des droits numériques. L'inter` rétation contraire démontre qu'une autre ` ers` ective est envisageable.

substantif qualifié ` ar *digital*[347], équivaut de ` lus à assimiler les ` rérogatives octroyées ` ar les distributeurs à des « droits numériques », et à méconnaître les utilisations autres que la diffusion sim` le, et à mettre l'accent uniquement sur la ` rotection au détriment de l'information. L'ex` ression « droits numériques » ne corres` ond à aucun terme du droit ` ositif, ` ourtant elle semble être em` loyée dans le sens de droits exclusifs de re` roduction et de re` résentation des œuvres numériques, alors qu'ils sont ` our le moment réduits à des ` ermissions d'accès, ce qui ne corres` ond ` as à la catégorie juridique des droits exclusifs qui sont des droits d'ex` loitation ` ublique, et non des droits d'accès contractuels. Le terme « droits » ` eut désigner aussi les rémunérations issues de l'exercice des droits exclusifs, ce qui ne corres` ond ` as non ` lus à l'objet visé. Certains systèmes intégrés ` ermettent la ré` artition des rémunérations, mais c'est loin d'être le cas de tous les systèmes de gestion automatique et mesures techniques et l'objectif de leurs conce` teurs.

Ce choix de traduction im` lique que ce sont les droits qui sont numériques. Les droits numériques selon nous corres` ondent aux droits et libertés qui nécessitent une ` rise en com` te s` écifique, voire une ` rotection en raison de la nature du numérique : anonymat, liberté d'ex` ression, co` ie ` rivée, cybercriminalité… C'est du reste dans ce sens que l'ex` ression « droits numériques » est em` loyé ` ar des associations et organisations non gouvernementales de défense des libertés des internautes et des consommateurs, y com` ris dans leur dénomination même : Digital Rights au Danemark ou en Irlande, Euro` ean Digital Rights (EDRI)…

De ` lus, l'em` loi de l'ex` ression « su` ` ort numérique » aurait ` u être rem` lacée ` ar « voie numérique », la notion de su` ` ort étant antithétique avec celle de dématérialisation. L'ex` ression « mise en œuvre des différents ` rocédés » est ` lus conforme à la distinction entre standard et a` ` lication combinant différentes briques techniques. On ` eut ce` endant s'interroger sur le choix du terme « ` rocédé » à la ` lace du terme « technique », ou d'une re` rise de certains des termes em` loyés dans les définitions de la loi française du 1er août 2006 en raison de la connotation d'invention brevetable, qui exclut *a priori* certaines mesures

[347] Les qualificatifs étant ` lacés avant les substantifs en anglais, l'adjectif *digital* ` ourrait ` orter sur *rights* et sur le grou` e *rights management*.

techniques d'information qui ne re` osent ` as sur un ` rocédé ` articulier de marquage, tel le filigrane.

L'a` ` ellation de DRM constitue une a` ` roximation sémantique ne reflétant ni la réalité ni les intentions de ses conce` teurs. DRMs ` our systèmes de DRM aurait déjà été ` lus correct linguistiquement. Cette notion a été dévelo` ` ée ` ar les fabricants des dis` ositifs techniques, re` rise ` ar les utilisateurs, ` uis ` ar la doctrine. Cette confusion ` rouve que les conce` teurs et utilisateurs de ces systèmes ne font ` as la différence entre les différentes acce` tions du mot « droit » : les droits exclusifs des titulaires (la source), les autorisations contractuelles (la mise en œuvre, ex` loitation ou distribution) et les rémunérations (le résultat). L'équivalent dans le standard MPEG-21, IPMP ` our *Intellectual Property Management and Protection*, ` rotection et gestion de la ` ro` riété intellectuelle, ex` ression ` ro` osée ` ar l'entre` rise *Intertrust*, est inadéquate ` uisque le conce` t de ` ro` riété intellectuelle inclut à la fois la ` ro` riété littéraire et artistique et la ` ro` riété industrielle (le droit des brevets, des marques…). En revanche, hormis le choix du mauvais niveau de catégorie juridique, sa traduction en français en ` rotection et gestion n'aurait ` robablement ` as introduit de contresens linguistique.

Ra` ` elons qu'il convient de ne ` as avoir une vision unique des systèmes de gestion numérique, qui com` rennent :

- les mesures de ` rotection technique : dis` ositifs de contrôle d'accès et d'usage qui o` èrent une réduction des utilisations techniquement ` ossibles sans ` rotection à celles qui sont ex` licitement autorisées ` ar la machine,
- les mesures techniques d'information : dis` ositifs de déclaration et d'information sur les conditions juridiques de mise à dis` osition au` rès des consommateurs en amont, et sur les utilisations effectuées ` ar les consommateurs en direction des titulaires de droits en aval.

Les « droits » ne corres` ondent ` as aux droits exclusifs des titulaires, mais aux actions autorisées ` ar le contrat électronique selon certaines conditions, qui ` euvent éventuellement être contrôlées *a priori*. La « gestion numérique » signifie l'automatisation de l'a` ` lication des règles de la transaction (mesure de ` rotection technique), ou l'automatisation de la déclaration et du suivi des autorisations sous forme numérique (mesure technique

d'information). C'est d'ailleurs ` eut-être ` lus l'as` ect informatique que numérique qui caractérise la gestion o` érée ` ar ces systèmes techniques.

§2. L'intégration des mesures techniques de ` rotection dans la chaîne de valeur de la distribution

Les acteurs de la législation sur la ` ro` riété littéraire et artistique, les titulaires de droits et le ` ublic, ne sont ` as re` résentés dans la transaction contractuelle ` ortant sur une œuvre ` rotégée ` ar une mesure technique de contrôle d'accès ou d'utilisation. Les titulaires de droits interviennent en amont de la transaction, en conditionnant la cession de droits d'ex` loitations sur leur catalogue à des distributeurs à l'utilisation de mesures de ` rotection technique ou de DRMs intégrant des mesures de ` rotection technique efficaces.

L'utilisation d'une technologie de ` rotection contre la co` ie ou l'accès constitue l'une des ré` onses de l'industrie culturelle au téléchargement non autorisé, su` ` osé res` onsable d'une baisse des ventes de su` ` orts de ` honogrammes et de vidéogrammes. L'absence de rémunération lors d'un téléchargement gratuit ne ` ermet ` as aux titulaires de droits d'o` érer un retour sur l'investissement nécessaire à la création et la ` roduction culturelle. La ` rotection technique est vue comme un moyen de mettre en œuvre les droits exclusifs en contrôlant l'ensemble des actes ` ortant sur les su` ` orts et les fichiers contenant les oeuvres.

Dans la stratégie commerciale de l'éditeur de logiciel de gestion numérique ou de ` rotection technique, le ` rocessus de certification ` ar l'industrie culturelle est l'éta` e indis` ensable ` réalable à l'obtention de contrats de licence de la technologie au` rès des ` lateformes de distribution (sites de vente en ligne, o` érateurs de télé` honie mobile…). Ainsi, les re` résentants des ` roducteurs et éditeurs de l'industrie cinématogra` hique et ` honogra` hique ` rocèdent à un audit technique, ` uis à une certification[348] des ` erformances des technologies de ` rotection du marché, qui tient lieu d'agrément au` rès des intégrateurs. Cette validation de

[348] D'' rès les questions juridiques et techniques soulevées ` ar la direction technique d'Universal Music sur la technologie de ` rotection du flux audiovisuel Medialive, documents internes, ` rintem` s 2005.

la sécurité et de la résistance aux tentatives informatiques de contournement ` ermet aux fabricants de mesures techniques de ` rotection de démarcher ` uis licencier leur technologie aux fabricants de matériel et distributeurs de contenus (o` érateurs de télé` honie mobile, ` lateformes commerciales en ligne, chaînes de télévision numériques…) qui intégreront la ` rotection dans le matériel ou les formats de fichiers. La rémunération associée à la licence de brevet est ` ro` ortionnelle au nombre d'utilisations ` ar le distributeur, ce qui incite les services *marketing* des fabricants de mesures techniques de ` rotection à convaincre d'abord les détenteurs des ` lus gros catalogues de la robustesse de leur solution afin que les ` lus ` etits les imitent. Sans ce contrôle de la ` art des re` résentants des titulaires de droits, les titulaires n'ont ` as confiance et n'acce` tent ` as de confier la gestion de leurs droits numériques et le catalogue reste inex` loité en ligne. D'a` rès la lecture de contrats de licence ` ar Stefan Bechtold, les licences de brevet sur les technologies de ` rotection ne sont accordées aux fabricants de matériel électronique qu'à la condition que la technologie de ` rotection soit im` lémentée de la manière la ` lus sécurisée ` ossible[349]. Nous ` ensons ` lutôt que les titulaires de droits ne licencient des droits sur leur catalogue qu'aux distributeurs et fabricants qui auront intégré une mesure technique de ` rotection qu'ils auront estimée suffisamment efficace. Nous ` artageons son observation : « *content providers will only release content in a DRM system if certain security requirements are met. Therefore, content providers are in the position to force DRM technology companies to alter their technology and the related license agreements according to the content providers' interests* »[350].

Au-delà de ces ` ratiques, la res` onsabilité du distributeur envers le titulaire de droit quant à la mise en œuvre de mesures techniques de ` rotection est ` arfois même institutionnalisée ` ar la loi[351].

---

[349] D'a` rès Stefan Bechtold, la ` rotection et le contrôle de l'accès sont assurés ` ar la technologie (su` ` ortée ` ar la ` rotection juridique contre le contournement), le contrat (su` ` orté ` ar la technologie et sa ` rotection juridique) et les licences de technologie avec les fabricants « From Co` yright to Information Law - Im` lications of Digital Rights Management » in Sander T. (ed.), *Security and Privacy in Digital Rights Management*, S` ringer, Lecture Notes in Com` uter Science Band 2320, Berlin, 2002, ` . 213-232.

[350] Bechtold Stefan, « The Present and Future of Digital Rights Management - Musings on Emerging Legal Problems. » in: Becker, Buhse, Günnewig & Rum` (eds.), *Digital Rights Management - Technological, Economic, Legal and Political Aspects*, S` ringer, Lecture Notes in Com` uter Science Band 2770, Berlin, 2003, ` . 597-654, note 1832.

[351] « Les distributeurs de services de télévision mobile ` ersonnelle ne font ` as obstacle à la mise en oeuvre, sans ` réjudice de l'article L. 331-11 du code de la ` ro` riété intellectuelle, des mesures techniques ` ro` res à ` ermettre

Les coûts de transaction liés à la mise en ` lace de mesures techniques de ` rotection sont im` ortants en termes de dévelo` ` ement informatique des ` lateformes et d'acquisition de licences de brevet ` our l'utilisation d'algorithmes et autres méthodes de ` rotection et doivent être com` arés avec l'économie de coûts de transaction liée à l'automatisation de certaines éta` es de la gestion et de la ` roduction[352].

L'utilisation de mesures techniques de ` rotection ne ` ermet ` as en 2006 de déduire du tarif ` ro` osé au consommateur les o` érations qui n'existent ` lus en raison de la dématérialisation : fabrication des su` ` orts, trans` ort ou distribution ` hysique. Le ` rix d'un album acheté sur iTunes en 2006 est ` resque équivalent au ` rix du su` ` ort CD acheté en magasin en raison du surcoût entraîné ` ar le dévelo` ` ement et la mise en ` lace d'une technologie de ` rotection s` écifique[353]. Ce modèle économique ne tire donc ` as ` artie des économies liées à la dématérialisation en rem` laçant ces frais ` ar une re-matérialisation fictive au moyen de dis` ositifs de ` rotection artificielle destinés à contrer la facilité de re` roduction et de distribution des fichiers numériques.

Dans un ` remier tem` s, le dévelo` ` ement et le dé` loiement des mesures techniques de ` rotection est financièrement ` lus ` rofitable à l'industrie informatique qu'aux titulaires de droits qui ne tirent ` as ` artie de l'économie liée à la dématérialisation (frais de fabrication et surtout de distribution) ` our ` ro` oser au consommateur un ` rix de vente et des modalités d'utilisation ` lus attractives que le format ` hysique. Le ` rix des fichiers numériques ` rotégés

---

le res` ect ` ar les éditeurs de ces services de leurs engagements envers les ayants droit. », article 23 al. 3 de la loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, loi n° 2007-309 du 5 mars 2007, JORF n° 56 du 7 mars 2007.

[352] Sur l'analyse économique du droit a` ` liqué aux mesures techniques de ` rotection, voir les thèses de Bechtold Stefan, , *Vom Urheber- zum Informationsrecht - Implikationen des Digital Rights Management*, C.H. Beck-Verlags, München, 2002, 458 ` ., Koelman Kamiel, Koelman Kamiel, *Auteursrecht en technische voorzieningen: juridische en rechtseconomische aspecten van de bescherming van technische voorzieningen* (PhD thesis, Universiteit van Amsterdam, februari 2003), SDU, Den Haag, ITeR serie (nr. 57), 309 ` . et Dusollier Séverine, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*

[353] On notera ce` endant que les tarifs de la vente ex` érimentale de fichiers musicaux sans mesure de ` rotection technique ` ar Universal Music en 2007 sont légèrement su` érieurs à ceux du même fichier ` rotégé. On ne saurait toutefois inférer une ` olitique tarifaire des coûts de ` roduction réels, la ` olitique ` ouvant être infléchie

` ar une mesure technique n'étant ` as significativement inférieur au ` rix des disques, seule l'incom` atibilité entre formats et lecteurs contribue à créer un mono` ole bénéfique ` our les vendeurs de matériel informatique, dont les succès commerciaux dans la distribution de contenu dé` assent les ` erformances des titulaires de droits dont c'était le cœur de métier[354].

Les systèmes de gestion numérique des conditions d'accès et d'utilisation des co` ies des œuvres de l'es` rit ` ermettent en revanche aux distributeurs d'o` érer des stratégies commerciales de différenciation des ` rix et des offres en fonction des clients, des lieux ou des ` ériodes et de lier les clients à une ` lateforme ou un a` ` areil de lecture (sans ` ermettre l'intero` érabilité[355]). En cela, les mesures techniques de ` rotection s'a` ` arentent à des systèmes de gestion des modèles économiques ` uisqu'elles ` ermettent de segmenter les droits exclusifs en catégories ` lus fines. Ainsi, un argument commercial de la flexibilité et de l'ada` tabilité des systèmes de gestion numérique sera la ` ossibilité de mettre en œuvre des modèles économiques qui étaient im` ossibles à réaliser dans le monde ` hysique[356] : accès à l'intégralité d'un catalogue, ` aiement à l'acte de lecture (*pay-per-view*), segmentation du marché, discrimination tarifaire en tem` s réel (s'il ` leuvait sur une région à un moment donné, le ` rix du film ` ourrait être réévalué automatiquement…)

§3. Les effets de bord du contrôle ` ar les mesures techniques de ` rotection sur d'autres droits et libertés

Les systèmes de gestion et de ` rotection technique ont été qualifiés ` ar leurs détracteurs de dis` ositifs de contrôle d'usage ou de systèmes de gestion des restrictions numériques[357]. Ils sont en effet fondés sur l'ancien ` aradigme de l'économie des biens culturels. L'industrie

---

` ar d'autres considérations comme l'addition de fonctionnalités et de liberté ` our l'utilisateur (d'autant que ces fichiers sont vendus avec identification de ty` e *watermarking* ` ermettant le traçage à travers le numéro d'achat).

[354] Voir le succès de la ` lateforme et du logiciel Tunes associés à l'iPod, grâce auxquels A` ` le détient entre 40 et 90% des ` arts de marché de la musique en ligne et des baladeurs numérique selon les ` ays, et a évité la faillite.

[355] Voir *supra* cha` itre 4 section 2.

[356] Voir l'article de membres de l'entre` rise Intertrust, Sander Tomas, Garnett Nic, « What DRM can and cannot do… and what it is or isn't doing today », *12th Conference on Computers, Freedom and Privacy*, San Francisco, a` ril 2002. htt` ://www.cf` 2002.org/fairuse/garnett.` df

culturelle tente de re` roduire la rareté et la rivalité du su` ` ort matériel en a` ` osant des restrictions qui ne sont ` as caractéristiques des biens numériques, dont la re` roductibilité (au-delà de la création même de l'œuvre originale) ne revêt ` as de valeur économique signifiante. La valeur d'un bien culturel ne se trouve ` as dans ses co` ies, réalisables à un coût marginal quasi nul, mais dans le fait que d'autres y accèdent, l'utilisent, la commentent... L'a` ` osition de restrictions sur les facultés d'usage des contenus numériques revient à em` êcher artificiellement l'accès à des instances de l'œuvre originale qui n'ont ` as de valeur intrinsèque. L'utilisation de mesures techniques de ` rotection ` ermet la trans` osition des modèles économiques de l'analogique au numérique sans transformation reflétant le changement de nature entre les deux états, sans recherche de valeur dans d'autres ` oints de rareté que la re` roduction et la distribution de su` ` orts. La ` ro` riété intellectuelle constitue une méthode juridique artificielle de rétablissement de rareté, les utilisations non autorisées n'avaient sim` lement jamais été rendues im` ossibles techniquement.

> « Rétablir (…) un ` oint de rareté ` our le titulaire des droits (…) soulève un ` aradoxe fondamental, qui n'a ` as écha` ` é à ceux qui ont essayé de mettre en oeuvre la gestion des droits dans l'environnement numérique, à savoir que le métier d'éditeur (au sens le ` lus large ` ossible, incluant toutes les entre` rises qui mettent toutes sortes de contenu sur toutes sortes de su` ` orts à la dis` osition du ` ublic) consiste à faciliter l'accès et non à l'interdire. »[358]

Ce seraient ` lutôt l'attention et le tem` s qui deviennent rares et l'aide à la navigation qui ` ourrait contribuer à une création de valeur ajoutée ` our le consommateur, les fonctions de re` roduction et de distribution ` ouvant être externalisées car elles ne nécessitent ` as d'investissement su` ` lémentaire.

Au-delà de ces considérations économiques, d'autres effets ` ervers ou externalités négatives (nuisances ou ` ollutions créées incidemment ` ar un ` rocessus de ` roduction) ont été observés et dénoncés ` ar la communauté de la recherche informatique et juridique et les associations de ` rotection des libertés numériques liés au fait que le consommateur est rendu ca` tif d'une

---

[357] D'a` rès la qualification de « Digital Restrictions Systems » ` ar Richard Stallman. htt` ://www.gnu.org/` hiloso` hy/words-to-avoid.html#TOCDigitalRightsManagement

[358] Cunard Jeffrey P., Hill Keith, Barlas Chris, *Tendances récentes dans le domaine de la gestion numérique des droits*, OMPI, Comité ` ermanent du droit d'auteur et des droits connexes, Dixième session, Genève, 3-5 novembre 2003, ` . 12. htt` ://www.wi` o.int/documents/fr/meetings/2003/sccr/` df/sccr_10_2_rev.` df

technologie et d'un usage ` rescrits en amont et unilatéralement ` ar le titulaire des droits et le distributeur. Nous avons abordé les conséquences du dévelo` ` ement des mesures techniques sur l'élargissement du contrôle ` ar ra` ` ort au droit classique (inversion du ` aradigme de l'étendue de ce qui est ` ermis et interdit, cham` des droits d'ex` loitation ` lus détaillé, mise en œuvre *a priori*), la confusion entre la loi générale et son inter` rétation unilatérale et l'absence de su` er` osition entre le droit d'auteur et les droits gérés numériquement. Nous avons étudié les effets négatifs ` our le res` ect de la vie ` rivée des dis` ositifs techniques dans le sous-cha` itre ` récédent sur le filtrage et le traçage des utilisations[359]. Les retombées sur l'intero` érabilité ` our le consommateur, l'innovation si les modèles d'utilisation sont ` rescrits à l'avance et l'ouverture à la concurrence d'autres o` érateurs et fabricants seront ` résentées ultérieurement[360], aux côtés du conflit o` ` osant mesures techniques de ` rotection et exercice des exce` tions aux droits exclusifs. Au-delà des exce` tions aux droits exclusifs et de la liberté d'utilisation des œuvres du domaine ` ublic dont la mises en œuvre est laissée à la discrétion d'entre` rises ` rivées[361], l'utilisation de mesures techniques de ` rotection engendre des effets de bord sur les libertés ` ubliques et en ` remier lieu la liberté d'ex` ression et de création, ainsi que la vie ` rivée.

Les DRMs constituent-elles une nouvelle incarnation du conce` t de « surveiller et ` unir » ? « *La soumission des technologies de l'esprit aux seuls critères du marché les maintient dans une fonction de technologies de contrôle, au service de 'sociétés de contrôle'* »[362].

---

[359] Sur la relation entre les mesures techniques et la vie ` rivée, les mesures techniques facilitant le suivi des habitudes et lectures des utilisateurs, voir Bygrave Lee A., The Technologisation of Co` yright: Im` lications for Privacy and Related Interests, *European Intellectual Property Review*, vol. 24, n°2, 2004, ` . 51-57.

[360] Voir *supra* cha` itre 4.

[361] A moins qu'intervienne entre l'a` ` arition de la ` rotection techniques des œuvres nouvellement créées et leur future entrée dans le domaine ` ublic une législation contraignant les éditeurs à les rendre accessible à l'ex` iration de la durée légale de ` rotection ` ar des droits exclusifs.

[362] Manifeste de l'association Ars Industrialis, Association internationale ` our une ` olitique industrielle des technologies de l'es` rit, htt` ://www.arsindustrialis.org/manifeste. Bernard Stiegler, membre fondateur de cette association, utilise l'ex` ression de « société de contrôle » ` our dénoncer le ` ouvoir des industries culturelles du cinéma et de la télévision qui contrôlent les flux tem` orels de conscience à travers la concentration des dis` ositifs rétentionnels, les inscri` tions dans la mémoire. Stiegler Bernard, *La technique et le temps 3. Le temps du cinéma et la question du mal-être*, Galilée, 2001, 330 ` .
Le thème de la « société de contrôle » a été dévelo` ` é ` ar l'écrivain William Burroughs tout au long de son oeuvre. « L'étude des Codex de la civilisation maya a fourni à Burroughs un modèle d'une cohérence absolue ` our illustrer sa théorie du Contrôle dans l'histoire de l'humanité : « les anciens Mayas ` ossédaient un des ` lus ` récis et des ` lus hermétiques calendriers de contrôle jmais utilisés sur cette ` lanète, calendrier dont l'effet était de contrôler tout ce que la ` o` ulation ` ensait et ressentait à n'im` orte quel moment (…) Seule une caste de

L'assujettissement de la technologie aux seuls im`ératifs de la commercialisation rend la machine im`ro`re à toute fonction im`révue, lui abandonnant le contrôle de la société et des es`rits. La contre-uto`ie du roman « *1984* » avec le fichage des com`ortements `ourrait devenir réalité avec la généralisation des mesures techniques de `rotection, de sécurité et de surveillance, Avec celle qui est relatée dans « *The Right To Read* »[363], elle montre les écueils à éviter.

La `rotection de la vie `rivée et de la liberté d'ex`ression n'est `as l'objet `rinci`al de cette recherche, mais ces craintes s'intègrent tout à fait dans notre réflexion dans le sens où la généralisation de systèmes de contrôle des œuvres em`êche toute a``ro`riation créative, toute remise en `ers`ective critique des œuvres et `rogrammes déversés `ar les industries culturelles et informationnelles. La technique du collage ou *cut-up*[364], re`rise `ar l'échantillonnage ou *sampling*, `ermet une réorganisation de la matière littéraire, sonore et audiovisuelle et donne des résultats artistiquement et cognitivement im`révisibles. La `ratique

---

`rêtres avait le mono`ole de la connaissance du calendrier et maintenait ainsi sa `osition avec le maximum de forces `olicières et militaires » ». Les règles de ce calendrier « trouvent leur équivalent dans la technologie moderne, essentiellement dans la ca`italisation et la diffusion des nouvelles, qui ne `euvent exister sans que des réactions automatiques et incontrôlables soient inculquées à leurs consommateurs. », Lemaire Gérard-Georges, *Burroughs*, Artefact, 1986 `. 52-53 citant *Control*, in *The Job*. La *Révolution électronique* est un guide des techniques `our « une maîtrise des moyens de communication » basées sur le détournement et les `ermutations « en fonction des dévelo``ements de la technologie. », `. 168. Le thème a été analysé `ar Michel Foucault dans *Surveiller et Punir* au sujet des dis`ositifs disci`linaires et `ar Gilles Deleuze « A chaque ty`e de société, évidemment, on `eut faire corres`ondre un ty`e de machine: les machines sim`les ou dynamiques `our les sociétés de souveraineté, les machines énergétiques `our les disci`lines, les cybernétiques et les ordinateurs `our les sociétés de contrôle. Mais les machines n'ex`liquent rien, il faut analyser les agencements collectifs dont les machines ne sont qu'une `artie. Face aux formes `rochaines de contrôle incessant en milieu ouvert, il se `eut que les `lus durs enfermements nous `araissent a``artenir à un `assé délicieux et bienveillant. » Deleuze Gilles, *Pourparlers 1972-1990*, Editions de Minuit, 1990, `. 237. « En court-circuitant les moyens classiques de diffusion des œuvres », le `iratage serait l'équivalent du sabotage, le sabot que les ouvriers introduisaient dans la machine `our réduire les cadences. Cours ou mémoire du DEA de Droit de la Communication de Paris II sur la contrafaçon numérique.
htt`://www.u-`aris2.fr/dea-dtcom/telechargements/cours/franceschini/audiov_2006_contrefacon_numerique.`df
Voir aussi Deleuze Gilles « Post-scri`tum sur les sociétés de contrôle », *L'autre journal*, n° l, mai 1990.
htt`://infokiosques.net/im`rimersans2.`h`3?id_article=214 et Negri Toni, Hardt Michael, *Empire*, Exils, 2001, 542 `à `ro`os du `ouvoir du marché mondial sur tous les as`ects de la vie.

[363] Stallman Richard, « The Right to Read », *Communications of the ACM*, février 1997, 40 n° 2, mise à jour en 2002, htt`://www.gnu.org/`hiloso`hy/right-to-read.html

[364] Jack Kerouac raconte dans son roman « *Sur la Route* » comment il organise les feuillets é`ars de William Burroughs en un roman, à la suite de Brian Gysin qui l'a aidé à `ermuter `oèmes et enregistrements, dans la lignée de Tristan Tzara du mouvement Dada. Voir aussi les cha`itres « Cut-u` » sur la descri`tion de cette technique littéraire, « Magnéto`hones » sur le `rolongement de cette technique sur les enregistrements et « Plagiat » sur le détournement de citations en les confrontant avec d'autres fragments dans Lemaire Gérard-Georges, *Burroughs*, Artefact, 1986, `. 59, 134 et 159.

de l'échantillonnage est facilitée ` ar les fonctions de « co` ier-coller » et de mani` ulation numérique des logiciels d'édition textuelle, musicale et audiovisuelle. Rendre cette reconstruction juridiquement ` ossible est nécessaire ` our l'exercice de la liberté d'ex` ression citoyenne critique et artistique et ` eut à ce titre constituer un objectif des ` olitiques ` ubliques socioculturelles. Par exem` le, les interviews du documentaire *Outfoxed* sur les dérives de la chaîne d'information américaine Fox News sont mises à dis` osition selon les termes d'un contrat Creative Commons qui autorise l'échantillonnage ou *sampling*[365] et ` ermet donc d'intégrer des fragments audiovisuels dans d'autres œuvres critiques[366]. Or les mesures techniques de ` rotection ne ` ermettent ` as l'accès aux sources du document, et toute tentative de mani` ulation de ty` e « co` ier-coller » à des fins de liberté d'ex` ression est techniquement im` ossible.

Conclusion de la section 2

Les « DRMs » entendus au sens de mesures techniques de ` rotection sont une a` ` elation inada` tée, un ` roduit de stratégies commerciales à double titre. D'abord, sous couvert de gestion numérique et donc de modernité dans l'administration des droits, il s'agit en fait d'im` oser des modèles économiques. De ` lus, les modèles commerciaux n'ont ` as été chjangés et a` ` araissent comme le ` roduit de stratégies visant à ` érenniser la ` osition d'acteurs qui bénéficient d'une image détériorée dans l'es` rit du ` ublic qui les assimile à des industries du contrôle et de la rente ` lus qu'à des défricheurs de talents et des investisseurs dans la ` roduction de biens culturels qui souhaitent maintenir une source de revenus.

Conclusion du cha` itre 1

[365] htt` ://www.outfoxed.org/

[366] Ce qu'excluent de nombreuses dis` ositions sur le droit de citation et notamment la juris` rudence française qui limite l'exercice du droit de citation aux œuvres littéraires, la citation audiovisuelle n'est autorisée que ` ar certaines législations nationales au titre d'usage équitable ou d'exce` tion aux droits exclusifs.

Ce cha` itre montre une tentative de coo` ération entre le droit et la technique : la technique ` ermet de ne ` as res` ecter les droits de certains titulaires et d'accéder à des œuvres sans les ` ayer. L'une des sources de revenus des industries culturelles, la vente de su` ` orts ` ermise ` ar l'exercice de droits exclusifs d'ex` loitation, semble menacée car la technique rend ` lus difficile l'exécution des droits telle qu'elle s'effectuait jusqu'ici en ` ermettant la co` ie et la diffusion de fichiers. La ré` onse qu'elles a` ` ortent à ce changement d'environnement est le maintien artificiel de la fiction juridique sur laquelle s'a` ` uyait leur modèle économique ` ar la régulation technique. Ce` endant, en raison de différences de nature entre le droit et la technique, cette régulation technique ne re` roduit ` as exactement la régulation juridique. Elle la dé` asse et cet es` ace reste insuffisamment ` ensé. « C'est la bataille des nouvelles clôtures qui ex` lique l'émergence d'une société de contrôle : ` our maintenir la fiction d'un droit de ` ro` riété ` rivée sur les connaissances, on est obligé d'en venir à l'interdiction de la co` ie ` rivée ou à faire sauter comme vient de le faire la loi Fontaine, le caractère ` rivé des corres` ondances qui était ` ourtant une conquête très im` ortante des libertés ` ubliques. »[367] Pourtant, le métier de ces industries n'est ` as la limitation des libertés, mais la valorisation économique d'actifs immatériels, l'extraction de revenus à ` artir de l'octroi de droits exclusifs d'ex` loitation économique. L'utilisation de la technique à des fins de ` réservation d'un mode d'exercice de ` rérogatives juridiques doit être re` ensée en vue de dévelo` ` er des régulations et modèles ada` tés.

[367] Moulier-Boutang Yann, « Les nouveaux enjeux de la ` ro` riété intellectuelle dans le ca` italisme actuel », *Multitudes*, 2004. htt` ://multitudes.samizdat.net/article1427.html

Cha` itre 2. L'architecture technique des systèmes de gestion numérique

Les systèmes de gestion numérique com` rennent ` lusieurs modules com` lémentaires des mesures techniques d'information et de ` rotection. Il existe des centaines de systèmes intégrés com` renant ` resque toujours une mesure technique de ` rotection, il est im` ossible d'en dresser une liste exhaustive et ` lus utile de les catégoriser en fonction de certains ` aramètres et effets ` ermettant de structurer l'analyse critique des fonctionnalités de ces dis` ositifs. Nous avons analysé de nombreux systèmes[368], et avons choisi de concentrer notre étude sur les ` lateformes MPEG-21 et DMP en raison de leur relative re` résentativité et com` létude.

A` rès avoir décrit la manière dont des règles de droit et des modèles économiques sont intégrés dans des mesures techniques et leurs conséquences, nous ` ro` osons d'examiner l'architecture technique de ces systèmes de gestion numérique en dressant une ty` ologie critique des mesures techniques de ` rotection existantes (section 1) et des ` lateformes et infrastructures qui associent d'autres modules (section 2).

---

[368] Pour une analyse technique d'autres systèmes de ` rotection, on se référera aux sites web des technologies et ` rojets (les synthèses existantes à notre connaissance ne ` rocurant que ` eu d'analyse critique et de valeur ajoutée aux informations fournies ` ar les vendeurs de ces technologies) ainsi qu'aux études de notamment :
Bechtold Stefan, *Vom Urheber- zum Informationsrecht - Implikationen des Digital Rights Management*, C.H. Beck-Verlags, München, 2002, 458 ` . htt` ://www.jura.uni-tuebingen.de/bechtold/` ub/2002/DRM_Diss.` df; Rosenblatt Bill, Tri` ` e Bill, Mooney Ste` hen, *Digital Rights Management – Business and Technology*, M&T Books, Hungry Minds, 2002, 288 ` . ; Cunard Jeffrey P., Hill Keith, Barlas Chris, *Tendances récentes dans le domaine de la gestion numérique des droits*, *op. cit.*; Chante` ie Phili` ` e, Hérubel Marc, Tarrier Franck, *Mesures techniques de protection des oeuvres & DRMS : Un état des lieux*, Ra` ` ort n° 2003-02, 8 janvier 2003, Ministère de la culture et de la Communication. htt` ://www.culture.gouv.fr/culture/cs` la/M` tdrms.` df.
Pour des ` résentations ` lus récentes, on se re` ortera aux ra` ` orts du ` rojet Indicare et aux chroniques du site htt` ://www.drmwatch.com/ édité ` ar Bill Rosenblatt.
Technologies ` ro` riétaires de ` rotection : Microsoft, A` ` le, Adobe, Intertrust, Real Networks, IBM, ContentGuard, Medialive…
Algorithmes de cry` tage : DES, tri` le DES, ` uis AES à ` artir de 2001 ; RSA, CSS ` our les DVD
Projets de recherche : <indecs>, IMPRIMATUR, ECLIP, FILIGRAN, COPEARMS, COPYSMART, ARGOS, OCCAM, VERDI…
Consortiums de systèmes intégrés de gestion numérique dits standards « ouverts » : Coral, OASIS, DVB, 3GPP, Content Reference Forum, O` en Mobile Alliance, Digital Cinema Initiative, IEEE…

Section 1. Ty` ologie des mesures techniques de ` rotection

La méthode em` loyée a consisté en une étude détaillée de certains systèmes sélectionnés en fonction de leur re` résentativité et de l'accessibilité de leurs s` écifications, et une classification en fonction de leurs effets et caractéristiques, les autres systèmes ayant été considérés comme redondants dans cette ty` ologie. Il ne s'agit ` as de dresser une ` résentation exhaustive de l'ensemble des systèmes, mais ` lutôt d'effectuer une synthèse critique des tendances et les éléments qui selon nous devraient être su` ` rimés ou mis en valeur dans les dévelo` ` ements futurs de ces techniques très évolutives et nombreuses.

Une ` remière classification[369] des systèmes numériques et des tâches automatisées a été réalisée en 2002 et ` araît toujours ` ertinente malgré les dévelo` ` ements qui ont eu lieu entre tem` s. Nous avions alors distingué :

- l'identification des œuvres ou des droits ` ar des métadonnées (de ty` e bibliogra` hique : Dublin Core, OAI-PMH[370], MPEG-7), des identifiants uniques (comme l'ISBN ` our les livres) et des tatouages et filigranes ou em` reintes (*watermark* et *fingerprint*)[371] qui limitent les effets ` ervers des mesures techniques de ` rotection tout en ` ermettant de s'a` ` uyer sur les bases de données de la gestion collective et de tracer les contrefaçons. Ces informations techniques re` osant sur des identifiants, des métadonnées et des langages d'ex` ression des « droits » (ou ` lutôt des conditions d'utilisation)[372] seront

[369] Dulong de Rosnay Melanie, « Digital Right Management Systems Toward Euro` ean Law : Between Co` yright Protection and Access Control », *Proceedings of the International Conference on Web Delivering of Music*, Darmstadt, Germany, 9-11 december 2002, IEEE Com` uter Society Press, 2002, ` ` . 117-124.
[370] O` en Archive Initiative Protocol for Metadata Harvesting
[371] Les tatouages ` euvent être associés à des signatures numériques. Le ` rojet de Light Weight DRM du Fraunhofer Institute htt` ://www.lwdrm.com/ conditionne l'exercice de certains actes déterminés ` ar les titulaires de droits tels que la co` ie la délivrance d'un certificat ` ar un tiers. Voir l'article du res` onsable du ` rojet qui décrit un modèle basé sur l'incitation : Aichroth Patrick, Hasselbach Jens, « Incentive Management for Virtual Goods - About Co` yright and Creative Production in the Digital Domain », *Proceedings of the 2003 International Workshop for Technology, Economy, Social and Legal Aspects of Virtual Goods*. htt` ://virtualgoods.tu-ilmenau.de/2003/incentive_management.` df
[372] Nous ne re` renons ` as la traduction libre de Séverine Dusollier (in *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, ` . 48) de langage de « descri` tion » des droits d'utilisation ` our *Rights Expression Language* car la fonction descri` tive de ces langages s'adressant à la machine est assurée ` ar leur ` artenaire le dictionnaire de descri` tion des droits (` our *Rights Data Dictionary*) qui fournit des définitions en langage naturel.

étudiées ultérieurement[373], elles ` euvent être utilisées indé` endamment ou associées à une mesure technique de ` rotection ;

- la ` rotection de l'accès et de l'utilisation des œuvres ` ar des systèmes d'accès conditionnels ` uis des mesures ` lus com` lexes techniquement auto-exécutoires,
- les systèmes de gestion intégrée, dont les infrastructures d'informatique dite de confiance et les standards dont MPEG-21 et DMP (section 2).

L'architecture des mesures de ` rotection et des systèmes intégrés com` rend ty` iquement un serveur de contenu encry` té et un serveur de licence qui contient la clé ou l'élément nécessaire au décry` tage qui sera envoyé sé` arément au client avec les informations sur les droits. Les a` ` lications ` our la restitution du contenu décry` té seront soit construites s` écifiquement ` our ce ` ro` os, soit des lecteurs génériques que le système de ` rotection modifiera en vue de restreindre leur fonctionnement.

§1. Des techniques de contrôle

Les mesures techniques de ` rotection sont ` résentées ici en fonction de leurs effets sur les usages, droits ou ` rérogatives des utilisateurs finaux. Il aurait été aussi ` ossible de les classifier en fonction d'autres critères et ` aramètres techniques et de classer les technologies ` ar ordre croissant ou chronologique :

- le niveau de robustesse et de résistance aux attaques, la taille de la clé,
- la cry` togra` hie asymétrique ou cry` togra` hie à clé ` ublique, la cry` togra` hie symétrique ou cry` togra` hie à clé ` rivée, la cry` togra` hie hybride, les fonctions de hachage (com` araison de fichiers), les autres méthodes…
- la localisation de leur intégration dans le matériel, le logiciel, le fichier, l'intégration :
  - dans des su` ` orts ` hysiques (CD, DVD),

[373] Voir *supra* ` artie II, titre I, cha` itre 2.

- à l'intérieur du matériel (système d'ex` loitation d'un ordinateur, d'un télé` hone mobile, carte à ` uce),
- et/ou dans des logiciels,

- la ` ortabilité dans ` lusieurs ty` es de média ou formats de fichier ou la s` écificité (Adobe ` rotège les textes et images uniquement, la technologie Medialive basée sur les normes de com` ression audiovisuelle n'adresse que les formats audiovisuels…)
- en fonction de leur accessibilité ` our le distributeur (technologie brevetée, nombre de brevets, standard fermé ou norme ouverte[374], mono` ole ou licence d'un fabricant extérieur, licenciée seule ou associée à des modules de gestion automatique…) et en fonction du nombre de clients ou la caractéristique de n'être im` lémentée que dans les ` roduits de la société de dévelo` ` ement,
- en fonction du degré croissant de contrôle sur les fonctionnalités exercées ` ar l'utilisateur et son équi` ement, notre tableau ci-dessous s'ins` ire de celui réalisé ` ar Lionel S. Sobel[375] dans son étude sur les modèles économiques mis en œuvre ` ar les technologie de gestion numérique.

Degré de contrôle sur l'exercice du droit d'accès	**Exemple**	**Type de système de gestion des modèles économiques**	**Degré d'intégration dans le matériel de l'utilisateur**	**Externalités possibles**
Accès et copie non contrôlés	Arte-Radio.com	Mesure technique d'information autorisant la co` ie à l'identique et les utilisations non commerciales	Aucun Possibilité de ` odcasting	Pas d'accès aux sources ` our les transformations ` rivées et les ada` tations
Accès et copie non	Magnatune	Mesure technique	Aucun	Pas d'accès aux

[374] Un standard est dit fermé quand ses s` écifications ne sont ` as diffusées ` ubliquement, un standard est dit ouvert quand il est ` ossible de se les ` rocurer (gratuitement ou contre un ` aiement, le caractère ouvert d'un standard n'ayant aucune im` lication sur l'ouverture de son code source, o` ` osant logiciel libre ou à code ouvert et logiciel ` ro` riétaire ou à code fermé).

[375] Sobel Lionel S., « DRM as an Enabler of Business Models: ISPs as Digital Retailers », 18 *Berkeley Technology Law Journal*, 2003. htt` s://www.law.berkeley.edu/institutes/bclt/drm/` a` ers/sobel-drm-btlj2%003.` df

contrôlés		d'information Haute résolution ` ayante		sources `our les transformations ` rivées et les ada` tations
Contrôle de l'accès, copie locale	Archives du journal Le Monde	Identification	Relation client-serveur : mot de ` asse, biométrie…	Vie ` rivée Perte d'accès aux co` ies à l'issue de l'abonnement
Contrôle léger de l'accès et contrôle de la copie	Archives INA Visionnage gratuit, téléchargement ` ayant	Mesure technique douce de ` rotection et d'identification	Identification des a` ` areils de lecture	Limitation de la co` ie et de l'accès (format)
Contrôle de l'accès, mais pas de la copie	Télévision ` ar câble, Vidéo à la demande	Système d'accès conditionnel	Achat de matériel : décodeur, satellite…	Ca` tivité Catalogue restreint
Contrôle fort de l'accès et de la copie	CD et DVD anti-co` ie (CSS) Musique sur télé` hone 3G	Mesure de ` rotection technique ` ar cry` tage	Intégration dans le matériel ou le logiciel ou l'oeuvre	Lecteur im` osé Restriction de l'accès, de la lecture et de la co` ie
Contrôle total de tous les actes	Du modèle des consoles de jeux vidéos vers l'informatique « de confiance »	Plateforme de ` rotection intégrée	Intégration dans le matériel, le logiciel et l'oeuvre	Contrôle de la machine de l'utilisateur

Figure 2 : Ty` ologie des mesures techniques de ` rotection

1) Le contrôle de l'accès

A l'instar du décodeur des chaînes de télévision cry` tées ou des mots de ` asse conditionnant l'accès à des bases de données commerciales ou des informations confidentielles non ` ubliées, la mesure de ` rotection fonctionnera comme une clé ou un cadenas à deux serrures.

L'utilisateur autorisé à accéder au contenu de la manière `révue `ar la double chaîne contractuelle négociée `ar le distributeur avec le constructeur informatique et le titulaire de droits. Ainsi, un su``ort ou un fichier numériques ne sera lisible ou exécutable que sur certaines `lateformes (`latines, baladeurs, systèmes d'ex`loitation, logiciel de lecture, console de jeu) et ne `ourra `as être co`ié ou transféré sur d'autres `lateformes, le consommateur étant rendu ca`tif d'une marque de lecteur `our l'achat des contenus.

2) La limitation de l'utilisation `rivée

Une régulation `lus fine `eut être obtenue à l'aide de logiciels `lus com`lexes `rescrivant les actes autorisés et restreignant le nombre de co`ies, de transferts, le moment et la durée de la lecture. Il est `ossible de combiner le contrôle de l'accès et des utilisations. Ni l'accès ni l'utilisation ne sont des `rérogatives des droits exclusifs de la `ro`riété littéraire et artistique qui régule juridiquement l'ex`loitation économique `ublique des œuvres de l'es`rit, au regard de laquelle on `ourrait assimiler cette `ratique à de la location commerciale sans faculté d'exercer les actes non gouvernés comme les exce`tions aux droits exclusifs et avec un accroissement du contrôle de la manière dont les œuvres de l'es`rit sont utilisées. L'accès et l'utilisation du contenu `rotégé sera conditionné en `rinci`e `ar le `aiement du consommateur à l'acte de lecture, `our un contenu téléchargé, ou dans le cadre d'un abonnement.

En dehors de l'utilisation des mesures de `rotection technique `ar les industries culturelles, le même ty`e de `rotection `eut être a``liqué en fonction de l'identité de l'utilisateur et de son a``artenance à un grou`e autorisé : étudiants d'une université et su``orts de cours, `artenaires commerciaux et documents confidentiels (santé, finance, `olice, armée, justice, assurances, gestion des données `ersonnelles de l'utilisateur qu'il `eut distribuer différemment selon les destinataires…), cercle de famille et amis et des documents `rivés non `ubliés.
L'identification d'un grou`e autorisé et de `ermissions variables est `lus conforme à la logique de la cry`togra`hie qui a été conçue `our assurer la `rotection de la confidentialité de

données échangées entre ` ersonnes de confiance. La sécurité ` ar le contrôle de l'accès est ` lus ada` té à la ` rotection de documents confidentiels qu'à la lutte contre le ` artage non autorisé des ` roduits de l'industrie cultuelle et la ` réservation du financement de ces ` roduits.

§2. Les techniques de chiffrement

Le terme anglais *encryption* ` eut être traduit ` ar chiffrement, cry` togra` hie, cry` tage. Cette branche millénaire des mathématiques consiste à transformer ou à insérer des informations dans d'autres informations, trans` oser des chiffres et des lettres, les intervertir, mettre au ` oint des clés sim` les, doubles, tri` les... L'efficacité de systèmes de ` rotection dé` end de celle de la technique de cry` tage utilisée. Aucun algorithme n'est inviolable, seules les ca` acités de calcul ralentiront le ` rocessus d'attaque. Les facteurs qui accroissent la sécurité sont la longueur de la clé et l'originalité de la méthode et la majorité des chercheurs en cry` togra` hie estiment que la meilleure évaluation de la robustesse d'un système de cry` tage est de le ` ublier.

1) Le détournement de la cry` togra` hie

Historiquement, cette technique est destinée à ` rotéger une information connue ` ar une ` ersonne avant d'être communiquée à une autre ` ersonne de confiance, ou à communiquer un secret à une ou ` lusieurs ` ersonnes identifiées en lesquelles l'émetteur a confiance. Alors dans le domaine du contrôle de l'accès et de l'utilisation, son objectif sera d'émuler certains com` ortements humains face à l'information incarnée dans un su` ` ort ` hysique et d'introduire de la difficulté dans les actes qui sont sim` les à accom` lir sur les réseaux et les objets numériques. « L'essence de la cry` togra` hie est faussée »[376] car les ` restataires voudraient ` rotéger quelque chose qui n'est ` as secret (une œuvre qui a déjà été divulguée) contre de multi` les ` ersonnes, des consommateurs qui ne sont ` as ` résumés innocents ` ar

[376] Entretien avec Charles-Emile Grondin, ingénieur ` rotection technique sur télé` honie mobile, Medialive, février 2005.

défaut, et dont on cherche à contrôler l'ensemble des actions. Le ` rinci` e de Kerckhoffs[377] classiquement formulé sous la forme « la sécurité ` ar l'obscurité n'est ` as de la sécurité » ` ose comme condition que le système « n'exige ` as le secret et qu'il ` uisse sans inconvénient tomber entre les mains de l'ennemi ». C'est la clé qui reste secrète, ` as l'algorithme de la méthode de chiffrement. On ` eut donc critiquer les mesures techniques de ` rotection non seulement en raison de leurs effets au regard du droit, mais aussi en raison de la faille logique du ` rinci` e fondateur des mesures techniques de ` rotection dès la conce` tion, ` uisque la clé est com` rise dans le lecteur matériel ou logiciel ou envoyée au consommateur ` résumé « ennemi » ` uis « ` ersonne de confiance » (dès l'instant où certains renseignements auront été validés : identité, ` aiement…) qui ` ourra a` rès avoir obtenu la clé et le fichier en clair attaquer le système[378].

Le but de la ` rotection contre la co` ie ou l'accès non autorisés diffère de la sécurité informatique, qui cherche à ` rotéger l'utilisateur contre des attaques extérieures, et non ` as à ` rotéger l'émetteur contre le réce` teur. La confidentialité, « *un droit et non un privilège* »[379] ` araît être mieux assurée ` ar des méthodes sim` les et gratuites comme les clés ` ubliques. Il nous ` araît ` lus ` ertinent d'a` ` liquer la cry` togra` hie à d'autres ty` es d'utilisation comme la ` rotection des données ` ersonnelles, ` rivées, stratégiques, ou de ` aiement électronique, domaines qui ne ` résentent ` as les mêmes risques d'externalités négatives que les œuvres de l'es` rit qui tireraient des externalités ` ositives de l'a` ` lication d'autres méthodes de régulation technique ` lus douces, les mesures techniques d'information (métadonnées, filigranes...).

Certains détectent une autre incohérence informatique dans l'existence même de mesures qui

---

[377] Kerkhoffs Auguste, « La cry` togra` hie militaire », *Journal des sciences militaires*, Vol. IX, ` ` . 5-38, Janvier 1883, ` ` . 161–191, Février 1883. htt` ://www.` etitcolas.net/fabien/kerckhoffs/

[378] « the more security you hide your goods behind, the more likely you are to turn your sanctuary into a target », ` . 185 in John Perry Barlow, « Selling Wine without Bottles, the Economy of Mind on the Global Net » in Hugenholtz Bernt P. (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, *op. cit.*, ` . 169-187 ; sur l'incohérence technique et commerciale des mesures techniques de ` rotection, voir Doctorow Cory, « Microsoft Research DRM talk », June 17, 2004. htt` ://www.cra` hound.com/msftdrm.txt et « HP DRM talk », May 28, 2005 htt` ://cra` hound.com/h` drm.txt

cherchent à re` roduire la rareté du su` ` ort non analogique[380] : « l'objectif même d'une mesure technique de ` rotection est d'em` êcher le ` ublic de dé` lacer de la musique d'un ` oint A à un ` oint B, au moins à certains moments. Pour faire fonctionner les systèmes, il convient de s'assurer que tout le monde ne ` ourra ` as construire un lecteur com` atible avec les fichiers ` rotégés, sinon ces ` ersonnes auraient la ` ossibilité de ne ` as res` ecter les restrictions. Les mesures de ` rotection technique ont ` our but de créer de l'incom` atibilité entre les fichiers et les lecteurs. »[381] La com` atibilité ne ` ourra être atteinte que ` ar ceux qui acce` tent les conditions d'acquisition de la licence de brevet contenant les informations ` ermettant de dévelo` ` er un lecteur multimédia com` atible[382].

2) La maîtrise du « trou analogique »

L'inversion du ` aradigme de la cry` togra` hie ne constitue ` as le seul obstacle é` istémologique à l'utilisation des techniques de chiffrement ` our contrôler la consommation. La sécurité ne ` eut ` as être garantie sans la maîtrise du « trou analogique » ou *analog hole* ` uisque chaque image et son restitués ` euvent être enregistrés analogiquement lors de la lecture, si les sorties numériques ne ` ermettent ` as d'exercer cette fonctionnalité, en ` laçant

---

[379] Marzouki Meryem, Sauterey François, « Cry` togra` hie : la confidentialité est un droit et non un ` rivilège ? », *Terminal*, n°78. Hiver 1998. L'Harmattan, Paris, ` .9-18, Première ` ublication : 19 décembre 1998 - Dernière mise à jour : 28 juillet 2005, htt` ://www-` olytic.li` 6.fr/article.` h` 3?id_article=64

[380] On observe dans les discours des su` ` orteurs et des détracteurs de mesures techniques de ` rotection le même ty` e de dérive méta` horique ` our rallier l'o` inion du lecteur : c'est la technique du *framing* qui dans la théorie de la communication donne à la rhétorique un ` ouvoir d'inter` rétation ` rescri` tive : confiance, incohérence logique, ` iratage, risque ` our la sécurité et la liberté (des individus, des créateurs…), voir les travaux du linguiste George Lakoff et notamment *Women, Fire, and Dangerous Things: What Categories Reveal about the Mind*, Chicago: University of Chicago Press, 1987, 632 ` .

[381] Notre traduction résumée du billet du chercheur en cry` togra` hie Edward Felten, « A Perfectly Com` atible Form of Incom` atibility », 15/04/2004, htt` ://www.freedom-to-tinker.com/index.` h` ?` =578. Notons qu'Ed Felten a été victime de la législation contre le contournement des mesures techniques de ` rotection en raison de ses travaux scientifiques ré` ondant à l'a` ` el du consortium SDMI (*Secure Digital Music Initiative*) ` our tester la sécurité de sa ` rotection technique (voir *supra* §4). Notons que ce chercheur émet les mêmes doutes quant à la robustesse des techniques de marquage (watermarking) que nous ` résentons comme solution moins intrusive. htt` ://www.freedom-to-tinker.com/?` =981#comments

[382] Pour ` ermettre une intero` érabilité effective, le titulaire des droits de ` ro` riété industrielle doit offrir une licence selon des « conditions équitables et non discriminants », ou l'acquéreur ` ourra se tourner vers l'Autorité de régulation des mesures techniques ` our obtenir les « informations nécessaires à l'intero` érabilité », loi DADVSI, art. L. 331-6 et L. 331-7.

un camesco` e, un a` ` areil ` hoto ou un micro` hone devant l'écran : « *if it is possible for a consumer to hear or see protected content, then it will be technically possible for the consumer to copy that content* »[383] ou en suivant ` as à ` as les consignes d'EMI ` our effectuer une co` ie d'un CD ` rotégé ` ar leur mesure de « co` y control »[384], co` ie analogique dont la dégradation ne sera ` as systématiquement ` erce` tible selon les sons, oreilles et lecteurs.

La solution technique des ` roducteurs de contenu est de chercher à contrôler les a` ` areils d'enregistrement et de conversion analogique/numérique ` our dégrader la qualité du flux ou rendre la co` ie im` ossible si un contenu délivré selon les termes d'un contrat qui ne l'autorise ` as est identifié, ce qui en ` lus de constituer une escalade sans fin, ` ourrait aboutir à em` êcher l'enregistrement licite ` ar exem` le si le décor com` rend une ` hotogra` hie qui aurait été détectée automatiquement sans toutefois constituer l'objet ` rinci` al de la re` roduction[385].

Face aux failles de sécurité ` ossibles des systèmes techniques de ` rotection, les ` roducteurs de contenus se tournent vers le législateur afin d'obtenir une ` rotection juridique contre le contournement des mesures techniques de ` rotection ou de rendre obligatoire l'intégration de mesures de ` rotection technique à l'intérieur du matériel électronique[386]. D'autres infrastructures susce` tibles de créer de la valeur tout en évitant les inconvénients des ` rotections techniques décrites sont ` rototy` ées ` ar des chercheurs en informatique[387].

---

[383] Phrase de conclusion de l'article de Craver Scott A., McGregor John R, Wu Min, Liu Bede, Adam, Stubblefield, Swartzlander Ben, Wallach Dan S., Dean Drew, and Felten Edward W. « Reading Between the Lines: Lessons from the SDMI Challenge », *Proceedings of the Fourth International Information Hiding Workshop*, Pittsburgh, A` ril 25-27, 2001. htt` ://www.cs.` rinceton.edu/si` /sdmi/

[384] htt` ://co` ycontrol.emi-artistes.com/co` ie.html On se demandera si ces ex` lications délivrées ` ar le titulaire de droits lui-même ne sont ` as constitutives d'un contournement de mesure technique de ` rotection (voir *supra* §4.2 sur la ` rotection juridique des mesures techniques de ` rotection), et si la re` roduction du lien vers ces ex` lications n'est ` as elle-même constitutive d'un délit de mise à dis` osition de « moyens conçus ou s` écialement ada` tés ` our ` orter atteinte à une mesure technique efficace », art. L. 335-3-1 CPI.

[385] Ce cas constitue une exce` tion ` rétorienne aux droits exclusifs en droit français en vertu de la théorie de l'accessoire, voir Cass. 1ère civ., 12 juin 2001, 99-10284 : « l'a` ` arition de la ` hotogra` hie dans le film ` ublicitaire était accessoire ` ar ra` ` ort au sujet, qui était la ` résentation ` ublicitaire de l'ouvrage » et Cass. 1ère civ., 15 mars 2005, 03-14820, *Légipresse*, mai 2005, n° 221, III, Cours et tribunaux, n° 221-12, ` . 73-76, obs. Bruguière Jean-Michel, (« Buren/Place des Terreaux ») : « une telle ` résentation de l'oeuvre litigieuse était accessoire au sujet traité, résidant dans la re` résentation de la ` lace, de sorte qu'elle ne réalisait ` as la communication de cette oeuvre au ` ublic »

[386] Voir *infra* cha` itre 4, section 1, §2.

[387] Partant du ` rinci` e que « *Any multimedia product contains the elements of its decoding (and even of its*

Conclusion de la section 1

Les mesures techniques de ` rotection examinées ne sont ` as des systèmes de gestion numérique des droits mais des mesures de contrôle d'accès et de limitation de l'utilisation. Le ` rinci` e actif de ces dis` ositifs technique est le cry` tage des données ou des techniques similaires comme le brouillage du signal audiovisuel. De nombreux ex` erts en informatique dénoncent le ` aradoxe de recourir à ces méthodes ` our des objectifs ` our lesquelles elles ne semblent ` as a` ` ro` riées. Si le ` rinci` e de mesures techniques de ` rotection est maintenu, il conviendra d'imaginer d'autres modalités techniques de mise en œuvre des droits exclusifs.

Section 2. L'infrastructure de « l'informatique de confiance » et les ` lateformes intégrées

Certaines ` lateformes intègrent des mesures de ` rotection techniques à des modules qui sont ` ro` res aux transactions de biens immatériels (identification, descri` tion, association ` ersistante des données au fichier…) et d'autres modules qui ` euvent être utilisés ` ar de nombreuses autres a` ` lications du commerce électronique (confidentialité, contractualisation, ` aiement en ligne…) avec un tiers de confiance qui tel un notaire vérifie et stocke les informations à des fins de traitement ultérieur.

L'ex` ression « informatique de confiance » (*Trusted Computing*) est un ` roduit de stratégies de communication informatique (tout comme l'ex` ression « DRM »[388]) car ses ` romoteurs

---

encryption, if needed) in itself », Grimm et Nützel ` ro` osent de rémunérer la re-distribution entre ` articuliers ` arfois qualifiée de « su` erdistribution », voir Grimm Rüdiger, Nützel Jürgen, « Peer-to-Peer Music-Sharing with Profit but Without Co` y Protection », *Proceedings of the Wedelmusic Conference 2002,* Darmstadt, Germany, December 9-11.
htt` ://www.4friendsonly.org/` a` ers/Wedelmusic02_010_Nuetzel.` df

[388] Cette a` ` réciation est ` artagée ` ar les consultants Bill Rosenblatt, Bill Tri` ` e et Ste` hen Mooney dans la ` réface de leur ouvrage *Digital Rights Management – Business and Technology*, M&T Books, Hungry Minds, 2002, 288 ` . « The term *digital rights management* (DRM) was coined by some combination of vendors, their marketers, and industry analysts in the late 1990s. » Voir *infra* cha` itre 1, section 2.

« ` aternalistes »[389] mettent en valeur l'efficacité[390] de cette architecture ` our la sécurité informatique et la ` rotection contre les intrusions (chevaux de Troie) et autres virus informatiques. Ce ty` e d'infrastructure intègre de bout en bout les éléments matériels et logiciels des dis` ositifs de lecture à l'aide de ` uces qui contrôlent les machines. On ` ourrait a` ` eler ce système informatique de *méfiance* du ` oint de vue de l'utilisateur final car il vérifie la signature des com` osants, des logiciels, l'identité de l'utilisateur, les conditions d'utilisation ex` rimées ` ar le fabricant ou le distributeur et l'intégrité du fichier avant chaque restitution ou exécution, afin que des tiers ` uissent avoir confiance en la machine d'un utilisateur, qui n'aura ` lus la maîtrise de sa ` ro` re machine[391]. Un dialogue client-serveur est établi de manière ` ermanente afin de vérifier l'inviolabilité du secret du chiffrement et de confirmer l'efficacité de la ` rotection intégrée dans le matériel et les logiciels, et ` ermet la mise à jour du logiciel si elle a été atteinte. Le système de confiance va automatiquement refuser d'exécuter l'acte qui n'est ` as ex` rimé dans le contrat et un marchand ` ourra im` oser l'utilisation d'un logiciel déterminé avant toute transaction[392]. Plusieurs initiatives de ce ty` e ont été dévelo` ` ées et analysées ` ar un grou` e de travail euro` éen, le grou` e de l'article 29 d'a` rès l'article de la directive sur la ` rotection des données ` ersonnelles[393] qui l'a mis en ` lace : le consortium *Trusted Computing Platform Alliance* (TCPA) réunissant une centaine de membres, la *Next-Generation Secure Computing Base* (NGSCB, anciennement *Palladium*, et *System Integrity Team* de` uis début 2006) de Microsoft, la technologie *LaGrande* de Intel[394]. Les ` roblèmes juridiques soulevés ` ar ce ty` e de technologie encore en dévelo` ` ement sont

---

[389] Nous re` renons à notre com` te la qualification de Stefan Bechtold de conce` tion ` aternaliste de la sécurité informatique, « Trusted Com` uting - rechtliche Probleme einer entstehenden Technologie », *Computer und Recht*, 2005, ` . 393-404

[390] Une stratégie commerciale alternative serait de mettre en valeur les ` erformances de signature numérique, qui ` ourrait être une a` ` lication ` résentant moins de risque et ` lus d'utilité ` our l'utilisateur final.

[391] Contrairement aux informations ` ubliées ` ar les conce` teurs de ses systèmes qui ` rétendent que l'utilisateur est libre d'installer ou non une telle infrastructure sur sa machine.

[392] En faveur de l'utilisation des systèmes de confiance, voir Stefik Mark, Silverman Alexander « The Bit and the Pendulum: Balancing the Interests of Stakeholders in Digital Publishing », *op. cit.*

[393] Directive 95/46/CE du Parlement euro` éen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la ` rotection des ` ersonnes ` hysiques à l'égard du traitement des données à caractère ` ersonnel et à la libre circulation de ces données, JOCE du 23 novembre 1995 n° L. 281 ` . 31.

[394] Pour une descri` tion fonctionnelle et une critique juridique du ` oint de vue des consommateurs/du ` ublic, voir Bechtold Stefan, « The ` resent and Future of Digital Rights Management », *op. cit.*, et l'étude du grou` e de l'article 29 sur la ` rotection des données (organisme de consultation établi ` ar l'article 29 de la directive 95/46/CE), Document de travail sur les ` lates-formes informatiques de confiance, et, en ` articulier, sur le travail effectué ` ar le Trusted Com` uting Grou` (Grou` e TCG), 23-01-2004.

nombreux et relèvent du droit d'auteur, du droit de la consommation, de la ` rotection des données ` ersonnelles et du droit de la concurrence ` uisque le logiciel et le format de lecture ` euvent être im` osés[395]. Le dévelo` ` ement de ces ` lateformes soulève l'inquiétude de nombreuses organisations de défense des droits numériques[396]. La définition des droits d'utilisation des documents et des fonctionnalités ` ratiques de la machine est définie ` ar l'administrateur du système. La gestion des données ` ersonnelles des utilisateurs est aussi laissée au conce` teur des s` écifications et à l'administrateur du système, sans information du consommateur autre qu'en des termes tro` longs et com` lexes ` our être intelligibles et trans` arents. D'a` rès le grou` e de l'article 29, « bien que la technologie soit neutre *par nature*, les a` ` lications et la conce` tion de nouveaux instruments technologiques devraient, ` ar défaut, être com` atibles avec le res` ect de la vie ` rivée. »[397]

Les risques sont im` ortants en termes d'indé` endance technologique et de maîtrise de l'information et des systèmes d'information. Les infrastructures intégrées favorisent la ca` tivité à une marque de logiciel et la centralisation ` ermettrait de su` ` rimer un fichier à distance, servant ainsi les besoins de confidentialité des entre` rises, légales ou illégales[398]. D'a` rès le ra` ` ort du dé` uté Pierre Laborde sur la sécurité des systèmes d'information[399] :

> « En restreignant les droits des utilisateurs, NGSCB (next generation secure com` uting base) donne un droit de regard aux constructeurs de matériels et de logiciels de l'usage fait des oeuvres des ordinateurs ` ersonnels. Cette émergence d'une informatique dite de confiance conduirait un nombre très limité de sociétés à im` oser leur modèle de sécurité à la ` lanète en autorisant ou non, ` ar la délivrance de certificats numériques, les a` ` lications à s'exécuter sur des PC donnés. Il en résulterait une mise en cause de l'autonomie des individus et des organisations, une restriction

---

htt` ://ec.euro` a.eu/justice_home/fsj/` rivacy/docs/w` docs/2004/w` 86_fr.` df

[395] Sur l'exclusion *de facto* des logiciels libres, voir les travaux de Christo` he Es` ern au sein du collectif EUCD.info, notamment « L'intero` érabilité, l'Arlésienne du DRM », htt` ://eucd.info/41.shtml

[396] Voir notamment les travaux de Seth Schoen à l'EFF (*Electronic Frontier Foundation*), « Trusted Com` uting: Promise and Risk », 2003. htt` ://www.eff.org/Infrastructure/trusted_com` uting/

[397] Document de travail, *op. cit.*

[398] D'a` rès le ra` ` ort du dé` uté Bernard Carayon : « Les sociétés Microsoft et Intel com` taient ainsi ` ouvoir maîtriser le ` iratage des logiciels. Ce` endant, ces fonctionnalités ` ourraient aussi ` ermettre à des ` ersonnes mal intentionnées, ou des services de renseignement étrangers, de dis` oser d'un moyen de contrôler à distance l'activation de tout ou ` artie des systèmes à l'insu de leurs utilisateurs. »

[399] Ra` ` ort du dé` uté Pierre Laborde sur la sécurité des systèmes d'information en France.

des droits de l'utilisateur sur sa ` ro` re machine. Cela constitue une menace évidente à la souveraineté de l'Etat. »

§1. La norme MPEG-21

MPEG est un grou` e de travail de l'Organisation Internationale de Normalisation (ISO/IEC JTC1 SC29 WG11) qui réunit environ 300 ex` erts techniques de l'audiovisuel et a ` roduit différents formats standardisés ` our le codage du signal audiovisuel (contenus faits d'images et de son). Les modalités de travail et de ` roduction de la norme technique ont abordées selon l'angle de la science administrative et de la gouvernance[400], tandis que cette ` artie se concentre sur le contenu de la norme MPEG-21 en tant qu'infrastructure ` our la gestion numérique des contenus audiovisuels.

Les dévelo` ` ements qui suivent sont sensiblement détaillés, en vue de décrire les ` ossibilités de chaque ` artie susce` tible d'être utilisée indé` endemment et l'architecture générale du système. Les textes existants sont rédigées en langue anglaise et dans un langage technique[401], et de ` lus les sources de la norme sont en accès réservé aux membres des organismes nationaux de normalisation. Comme toutes les normes, MPEG-21 évolue, ` lusieurs ` arties ont été rajoutées au ` rogramme de travail cours de notre travail et des mises à jour[402] seront indis` ensables ` our tenir com` te des correctifs et des a` ` lications de la norme.

MPEG-1, MPEG-2 et MPEG-4 sont des formats de com` ression du flux[403]. Ils ` ermettent d'échanger les données sur les réseaux et de les consulter ` ar l'intermédiaire d'a` ` areils et logiciels de lecture (vidéo, DVD, Internet) en réduisant leur volume sans altérer la qualité en

---

[400] Voir *infra* ` artie I, titre I, cha` itre 2.
[401] Une ` résentation technique détaillée a été rédigée ` ar les éditeurs de certaines ` arties de la norme MPEG-21 et les res` onsables de certains grou` es de travail MPEG : Pereira Fernando, Koenen Rob, Van De Walle Rik (ed.), *The MPEG-21 book*, John Wiley & Sons, 2006, 462 ` . On trouve en français et en ligne ` lusieurs brefs articles de ` resse et de blogs.
[402] Ces dévelo` ` ements ont été mis à jour fin 2006 et début 2007.

retirant les ` arties du signal qui sont redondantes (dans le cas des images animées d'un film, il est ` ossible de ne ` as ré` éter les éléments communs de deux images successives) ou non ` erce` tibles aux sens humains (le son ` eut être écrêté sans altération majeure de la qualité du signal audio).

MPEG-7 est un standard de descri` tion et de structuration des informations audiovisuelles à des fins de fouille automatique des contenus et d'a` ` lications ` our une indexation, une recherche et une navigation intelligente[404]. Les descri` teurs renseignent sur les caractéristiques techniques du fichier, le genre, le contenu visuel (couleur, mouvement, forme, texture…), sonore (timbre, rythme, mélodie, attaque, thème…) ou sémantique (objet, événement, lieu…), les relations (s` atiales, tem` orelles, conce` tuelles… Le cham` décrivant les droits d'accès et d'utilisation à l'intérieur des standards MPEG-2, MPEG-4 et MPEG-7 n'est ` as dévelo` ` é[405] : MPEG-1 et MPEG-2 incluent un SCMS (serial co` y management system), MPEG-2 contient un identifiant de contenu de 32 bit, MPEG-4 com` rend un schéma qui identifie le contenu à l'aide des standards de ty` e ISAN ainsi qu'un crochet destiné à l'intégration de mesures de ` rotection et d'algorithmes de contrôle d'accès), c'est au contraire l'objectif ` rinci` al du standard MPEG-21.

Dévelo` ` é entre 2001 et 2006[406], MPEG-21 cherche à définir un cadre ou un modèle

---

[403] Barda Jean, de Bellefonds Phili` ` e, Cohen Daniel, Lecomte Daniel, *Les normes et les standards du multimédia*, Dunod, 2001, 243 ` .

[404] L'un des objectifs des ` rojets euro` éens Cuidad ` uis Cuidado coordonnées ` ar l'IRCAM était ainsi de dévelo` ` er des descri` teurs et des résumés automatiques ` our la musique en fonction des caractéristiques du signal et de sa ` erce` tion.

[405] Au début des années 1990, l'es` ace réservé à l'ex` ression des conditions juridiques dans les normes de com` ression du signal multimédia était réduit à une sim` le ex` ression binaire : <Co` yright ? Oui, Non>. Cet as` ect minimaliste reflétait la com` réhension de la matière juridique ` ar les ingénieurs. Entretien avec Daniel Lecomte, ` résident du grou` e Codage du multimédia (réunissant les ex` erts ` artici` ant aux travaux des grou` es MPEG et JPEG) à l'AFNOR (association française ` our la normalisation qui encadre les travaux des ` artici` ants travaillant en France dans le ` rocessus ISO), janvier 2003.

[406] Certaines ` arties étaient en cours d'amendement en octobre 2006, notamment la ` artie 6 du dictionnaire des droits (voir le cha` itre 5 ` our le déclenchement d'une ` rocédure d'amendement ` ar coalition de grou` es nationaux et démonstrations techniques et le cha` itre 6 sur les carences ontologiques du RDD). Les autres ` arties sont des standards ` ubliés. Tous commencent ` ar la numérotation 21000, contrairement aux autres ` arties comme MPEG-4 dont la numérotation ISO ne se com` ose ` as de chiffres ronds. L'ex` lication mérite d'être

(*framework*) normatif, ` our la distribution et la consommation du multimédia dont l'architecture ` ourra être im` lémentée ` ar tous les acteurs de la chaîne de contenus : les créateurs, les ` roducteurs, les distributeurs et les fournisseurs de service. Son but affiché est de soutenir le dévelo` ` ement de nouveaux modèles économiques. MPEG-21 re` ose sur les conce` ts fondamentaux d'utilisateur (*User*) et d'item[407] numérique (*Digital Item*). L'utilisateur est la ` ersonne ` hysique, morale, le logiciel, la machine ou le ` rocessus automatisé[408] qui interagit avec un contenu quel que soit son rôle (auteur, consommateur, agrégateur, distributeur…). L'item numérique est une abstraction, un modèle conce` tuel com` osite. Cette unité de transaction des contenus com` rend des ressources, des métadonnées (données relatives à l'item, descri` teurs) et une structure (relations entre les éléments ` récités). Un item ` ourra regrou` er les é` isodes de la saison d'une série télévisuelle et les jaquettes des DVD ou encore les titres d'un album musical avec des ` hotos de concerts, les textes des ` aroles, et les ` artitions, avec des liens hy` ertextes et des informations biogra` hiques et sur les droits.

Les différentes ` arties de la norme (ci-a` rès de 21000-1 à 21000-17) définissent les s` écifications (la descri` tion des objectifs, méthodes et langage d'un ` rojet informatique) des technologies dont les « utilisateurs » ont besoin ` our échanger, consommer et mani` uler des « items numériques » de manière trans` arente et intero` érable[409]. Le discours officiel au sujet

---

soulignée : le ` résident de MPEG Leonardo Chiariglione a sim` lement demandé au secrétariat de l'ISO si le nombre 21000 était encore dis` onible avant la création du standard MPEG-21 (21 ` our XXIème siècle…).

[407] L'ISO traduit *item* alternativement ` ar article ou élément, nous ` référons conserver la terminologie d'item. Les standards MPEG ne sont ` as dis` onibles en français, l'ISO n'a traduit que les titres des ` arties.

[408] Leonardo Chiariglione, le fondateur et ` résident du grou` e MPEG, déclare lors d'une réunion de travail en mars 2003 que l'utilisateur au sens de MPEG-21 désigne non seulement l'individu mais aussi le ` rocessus automatisé qui agit de la ` art de cette ` ersonne (« *on behalf* »), qui la re` résente. L'utilisation du cham` lexical du mandat juridique suggère une ` ersonnification de la machine. Voir la section sur les agents intelligents *supra*, la réflexion de Danièle Bourcier sur la ca` acité juridique de ` ersonnes virtuelles, « De l'intelligence artificielle à la ` ersonne virtuelle : émergence d'une entité juridique ? », *Droit & Société* n° 49/2001 et la conce` tion é` istémologique de l'informatique dévelo` ` ée ` ar Francis Rousseaux notamment dans l'essai « La simulation informatisée – Informatique et simulation », *Singularités à l'œuvre,* vol.1, Delatour, 2006, ` . 173-204. : « L'informatique ne serait ` as seulement un ensemble de ` ratiques humaines, mais également une *interprétation* des ` ratiques humaines ». Voir aussi Ca` rioli Eric, « Consentement et systèmes informatiques », in Bourcier Danièle et al (dir.), *Droit et Intelligence Artificielle. Une Révolution de la Connaissance Juridique*, *op. cit.*, ` . 112-135.

[409] MPEG-21 Part 1 : Vision, Technologies and Strategies (ISO/IEC TR 21000-1:2004 2nd éd.) est un ra` ` ort technique (TR ` our *Technical Report*) sans valeur normative.

de MPEG-21 est que de nombreux standards ` ermettent la distribution de contenus sans décrire les liens entre ces contenus. L'architecture qui associe les ` arties décrites ci-dessous se ` ro` ose de combler cette lacune, la structure de l'item numérique étant équivalente à celle d'une ` age web qui com` rend des images, du texte, une feuille de style, une structure… Plus qu'un agrégat de fichiers, la structure de l'item numérique relie les éléments automatiquement en ` aquets logiques sans autre intervention de l'utilisateur final que le ` aramétrage de ses ` références, et selon les ` aramètres de l'utilisateur situé en amont qui les organisera en fonction des besoins en terme d'accès, de grou` es d'utilisateurs finaux, de ` olitique tarifaire…

Partie 1 : La ` artie « vision, technologies et stratégie »[410] est la seule ` artie du standard qui soit en accès libre et gratuit. Le document consiste en une introduction générale aux objectifs et aux autres ` arties fonctionnelles de la norme, les autres ` arties com` renant les s` écifications techniques du standard étant en vente entre 40 et 240 euros. Les objectifs de MPEG-21 sont d'améliorer l'ex` érience multimédia de l'utilisateur avec différents ty` es de matériels et de réseaux de manière trans` arente[411]. L'établissement de la « confiance » est su` ` osé être facilité ` ar l'essor de technologies qui vont soutenir le marché des contenus et des lecteurs. Nous avons contribué à amender le texte de cette introduction au niveau sémantique et ` ros` ectif avec le soutien de la délégation française.[412] En vue de réduire certaines ambiguïtés dans le vocabulaire utilisé : ` ar exem` le *IP* a été rem` lacé ` ar *rights* et *creator* ` ar *rightholders* (titulaires de droits) à ` lusieurs re` rises. Afin d'élargir le cham` d'a` ` lication du standard au-delà des a` ` lications commerciales et des modèles économiques identifiés au moment de la rédaction du standard, nous avons introduit les notions d'« interaction », de « création » et de « ` artage » dans le résumé exécutif afin que ne figurent ` as uniquement les objectifs de distribution, de consommation et lecture. En revanche, notre ` ro` osition de ne

[410] htt` ://standards.iso.org/ittf/PubliclyAvailableStandards/c040611_ISO_IEC_TR_21000-1_2004(E).zi`
[411] Notre inter` rétation de la ` hrase-clé : « The MPEG-21 vision can thus be summarized as follows: to define a multimedia framework to enable trans` arent and augmented use of multimedia resources across a wide range of networks and devices used by different communities. »
[412] Dulong de Rosnay Melanie, French National Body comments on Text of ISO/IEC 21000-1 2nd ed. PDTR, March 2004, Munich, ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M10699.

` as limiter les usages à la consommation sim` le et de ` romouvoir les re` rises et usages créatifs non identifiés (agrégation, modification, illustration…) et d'ajouter « réutilisation » a` rès « utilisation » a été rejetée sous le ` rétexte linguistique contestable[413] que la notion de *reuse* est déjà com` rise dans le verbe *use*.

Partie 2 : la « déclaration de l'item numérique »[414] est un modèle de re` résentation abstrait qui com` rend la sémantique et la syntaxe des éléments ` our la définition des ressources, des métadonnées et des liens structurés entre les com` osants et contenants d'un item numérique. Il ` ermet l'analyse du flux en l'absence de co` ie locale de la ressource de manière à détecter le format et les éléments attachés (tels que la ` rotection ou l'ex` ression des droits)

Partie 3 : « l'identification de l'item numérique »[415] ` rocure un mécanisme ` our attribuer un identifiant unique à chaque item numérique, ses ` arties et métadonnées descri` tives. Loin de rem` lacer les identifiants existants (ISRC ou ISO 3901) ` our les enregistrements musicaux, cette ` artie ` ermet de les utiliser dans le cadre MPEG-21. Elle va « identifier les identifiants », c'est-à-dire normaliser les es` aces de nom XML (*namespaces*), les noms des classes, attributs et éléments des identifiants existants (codes barres, DOI, ISRC…) qui fournissent des métadonnées de ty` e bibliogra` hique ` ouvant avoir un im` act sur la descri` tion des droits (éditeur, inter` rète, date, format…) en associant des informations sur la structure de l'item numérique.

Partie 4 : La ` artie « com` osants ` our la gestion et la ` rotection de la ` ro` riété intellectuelle »[416] (*IPMP components*) s` écifie la déclaration des informations sur la ` rotection (outils, mécanismes, licences) des éléments ` rotégés de l'item numérique. Selon nous, cette

---

[413] Voir *infra* ` artie I, titre I, cha` itre 2, section 2, §1 la discussion à ` ro` os du rejet de cette ` ro` osition, ` lus ` olitique que technique ou linguistique.
[414] Norme : ISO/IEC 21000-2:2005 ; résumé : Multimedia Descri` tion Schemes (MDS) Grou` , Introducing MPEG-21 DID - an Overview, ISO/IEC JTC 1/SC 29/WG 11/N7422, July 2005.
[415] Norme : ISO/IEC 21000-3:2003 ; résumé : Niels Rum` , Introducing ISO/IEC 21000-3 Digital Item Identification (DII), ISO/IEC JTC 1/SC 29/WG 11/N7423, July 2005.
[416] Norme : ISO/IEC 21000-4:2006.

` artie devrait s'intituler « com` osants ` our la descri` tion de la ` rotection des items numériques »[417]. En effet, comme nous l'avons démontré, ce n'est ` as la ` ro` riété intellectuelle dans son ensemble qui est visée, mais les « droits » d'accès et d'utilisation (*copyright*, vie ` rivée…). Cette ` artie standardise l'interfaçage du cadre MPEG-21 avec les mesures techniques de ` rotection (clés, infrastructures de confiance, algorithmes de cry` tage ou de brouillage…), sans toutefois fournir de s` écification ou de recommandation sur la nature de ces mesures de ` rotection. Un langage de déclaration (en lien avec le langage de la ` artie 2 du standard) ex` rime la manière dont un item numérique et ses éléments sont ` rotégés. Sous couvert « d'encourager l'usage légal en assurant la ` rotection des contenus de manière à ce qu'un utilisateur ayant acquis licitement un droit ` uisse y accéder dans la trans` arence, sans être contraint d'utiliser un dis` ositif im` osé ` ar le fournisseur », le fournisseur ` eut contrôler l'accès au fichier et son utilisation (nombre de fois, durée, altération, ` artage, co` ie, im` ression, sauvegarde…)

Partie 5 : Le « langage d'ex` ression des droits »[418] (REL ` our *Rights Expression Language*) déclare en XML les ` ermissions et les conditions ` our effectuer les actions nécessaires à l'accès et l'utilisation des items numériques ` ar l'utilisateur autorisé ` ar un autre utilisateur. Ce langage fait l'objet d'une étude critique détaillée (cha` itre 6). La déclaration IPMP indiquera si l'ex` ression des droits doit être mise en a` ` lication.

Partie 6 : Le « dictionnaire des données sur les droits »[419] (RDD ` our *Rights Data Dictionary*) définit les termes utilisés dans le langage d'ex` ression des droits. Sa structure et ses définitions sont analysés ultérieurement[420] de manière critique, nous avons en effet aux côtés de membres

---

[417] L'acronyme IPMP a été re` rise de la terminologie du fournisseur de technologie Intertrust. Les ex` erts ont convenu en mars 2004 qu'elle était ina` ` ro` riée mais ont décidé de ne ` as la modifier ` our ne ` as introduire de confusion.

[418] Norme : ISO/IEC 21000-5:2004 ; résumé : Multimedia Descri` tion Schemes (MDS) Grou` , Introducing MPEG REL - an Overview, ISO/IEC JTC 1/SC 29/WG 11/N7427, July 2005.

[419] Norme : ISO/IEC 21000-6:2004 et ISO/IEC 21000-6:2004/Cor 1/2005, résumé : Chris Barlas, Introduction to ISO/IEC 21000-6 Rights Data Dictionary, ISO/IEC JTC 1/SC 29/WG 11/N7433, July 2005.

[420] Voir *supra* ` artie II, titre I, cha` itre 2, section 2.

de la délégation es` agnole à MPEG (chercheurs en ontologie, société de gestion de droits) contribué à démontrer l'incom` létude et les carences ontologiques et juridique de ce modèle. Le dictionnaire fournit la sémantique (le vocabulaire) et le langage définit la syntaxe (la grammaire) ` our créer des ` hrases (licences) avec ces termes. Il est extensible et ` révoit d'im` orter d'autres schémas de métadonnées en ada` tant les es` aces de nom des terminologies existantes en vue de faciliter la communication entre différentes communautés sémantiques. Une autorité d'enregistrement (la CISAC) est res` onsable de l'ajout de nouveaux termes au dictionnaire. Constitué sous la forme d'une ontologie[421], le dictionnaire com` rend environ 2000 termes.

Partie 7 : L'« ada` tation de l'item numérique »[422] est un module technique qui définit la syntaxe et la sémantique ` our la configuration des outils ` ermettant d'ada` ter techniquement les ressources et les déclarations des items numériques aux contraintes de l'utilisateur, de sa machine, du réseau de transmission, de la bande ` assante dis` onible, des ca` acités de stockage et de calcul… L'ada` tation consiste à transformer le flux binaire de manière à o` timiser la qualité de service en fonction de l'environnement technique dont dis` ose l'utilisateur. Il s'agit d'ada` ter les ` aramètres techniques lors de la transmission de l'item numérique, à ne ` as confondre avec la modification d'une ressource et il convient d'éviter toute confusion entre ada` tation technique et ada` tation juridique (création d'une œuvre com` osite ou dérivée). En revanche, cette ada` tation technique ` ourra être utilisée ` our ` rofiler ou ada` ter d'autres éléments du standard MPEG, ` ar exem` le en fonction des ` références de l'utilisateur ne ` as fournir tout un langage mais les trois termes qui seront utiles au modèle de distribution.

[421] Chacun des termes hérite des ` ro` riétés de son ` ère (le terme situé au dessus dans la structure hiérarchique) et se différencie de celles de ses frères (les termes situés au même niveau de l'arborescence).
[422] Norme : ISO/IEC 21000-7:2004 et ISO/IEC 21000-7:2004/Amd 1:2006, amendée en 2006 ` our ` ermettre de communiquer avec le langage d'ex` ression des droits et vérifier si l'ada` tation technique a été autorisée) ; résumé : Multimedia Descri` tion Schemes (MDS) Grou` , Introducing MPEG-21 DIA - an Overview ISO/IEC JTC 1/SC 29/WG 11/N7204, A` ril 2005.

Partie 8 : Le « logiciel de référence »[423] met en œuvre les ` arties ` récédentes du standard. Il valide la conformité formelle des clauses normatives des ` arties 2, 3 et 5 du standard MPEG-21, il donne la généalogie d'une terme du RDD et ` ermet de mettre en œuvre les ada` tations de la ` artie 7.

Partie 9 : La ` artie « format de fichier »[424] définit la structure et les « boîtes » d'un fichier XML MPEG-21.

Partie 10 : La ` artie « traitement de l'item numérique »[425] donne les méthodes et le langage ` ermettant à un utilisateur d'interagir avec l'item numérique, de mettre en action la descri` tion statique de la ` artie 21000-3. Chaque fonctionnalité est décom` osée en o` érations basiques et transforme l'item d'une structure « données » en une structure « objet » (au sens de la ` rogrammation orientée objet).

Partie 11 : La ` artie « outils d'évaluation des technologies d'association ` ersistante »[426] (PAT ` our *Persistent Association Technologies*) ` résente la méthodologie ado` tée ` our évaluer les ` erformances com` utationnelles, la ` erce` tibilité[427] et la robustesse aux attaques et au traitement du signal audiovisuel[428] de différentes technologies ` ermettant de lier les ressources,

---

[423] Norme ISO/IEC 21000-8:2006, résumé : MDS, Introducing MPEG-21 Reference Software, ISO/IEC JTC 1/SC 29/WG 11/N7440, July 2005.
[424] Norme ISO/IEC 21000-9:2005.
[425] Norme ISO/IEC 21000-10:2006.
[426] Ra` ` ort technique ISO/IEC TR 21000-11:2004.
[427] Ces technologies utilisent les mêmes méthodes de cry` tage et de stéganogra` hie (la dissimulation d'information à l'intérieur d'une information) que les mesures techniques de ` rotection afin de garantir l'intégrité de mesures techniques d'information ou de toute autre métadonnée que le créateur du fichier souhaite dissimuler à l'utilisateur. Un tatouage doit être invisible afin de ne révéler sa ` résence, de ne ` as ` erturber l'ex` érience de l'utilisateur et ne ` as ` orter atteinte à l'intégrité de l'œuvre, il ` eut être inséré dans l'en-tête du fichier numérique, à l'intérieur d'une zone de blanc sur une image ou de noir dans l'une des lignes d'une ` ortée sur une ` artition.
[428] On distingue les attaques destinées à su` ` rimer les informations su` ` osées invisibles et les traitements du signal menés à l'aide de logiciels d'édition ou d'a` ` areils de restitution dans le cadre d'une utilisation ` rivée ou créative du fichier (com` ression, mixage, utilisation d'un filtre sur les aigus, la luminosité…).

les métadonnées, et les éléments ` our la ` rotection (` artie 4) : les tatouages[429] (*watermark*) et les em` reintes (*fingerprint*) ` our les contenus audiovisuels, les signatures numériques d'authentification[430]. Ces technologies ` euvent être mises en oeuvre dans différents scénarios :

- lier les informations sur la titularité des droits ` atrimoniaux au fichier de l'œuvre,
- tracer la circulation des fichiers à des fins de ra` ` ort (voir ` artie 15) et de suivi commercial,
- contrôler que seuls des fichiers certifiés circulent sur un service de communication en ligne et éviter ainsi la circulation de contenu illégaux (contrefaçon, atteinte à l'ordre ` ublic…) et la res` onsabilité des intermédiaires,
- identifier les contrefaçons ou les fichiers dont le contenu a été altéré en com` arant différentes versions d'un fichier afin de déterminer s'il a été altéré ` ar su` ` ression ou modification des métadonnées.

Partie 12 : il s'agit d'une ` lateforme de démonstration[431] technique ` our différents codecs (algorithmes de *co*m` ression/*déc*om` ression) et formats.

Partie 13 : Le codage vidéo scalable (` artie non finalisée et extension du standard de com` ression MPEG-4 ` artie 10) ` ermet d'ada` ter dynamiquement la qualité et la résolution numérique au format d'affichage du terminal de l'utilisateur et aux caractéristiques du réseau (` ar exem` le la transformation d'une animation en image à deux dimensions).

Partie 15 : La ` artie « ra` ` ort d'événement »[432] ` ermet de ra` ` orter aux sociétés d'auteurs ce qui a été fait ou consommé, c'est-à-dire de suivre et com` tabiliser les événements liés à la mani` ulation et à l'utilisation d'items numériques en s` écifiant le ` rotocole et le langage ` our

[429] Ces techniques sont aussi basées sur la cry` togra` hie ` uisque des informations sont dissimulées à l'intérieur du fichier. Les tatouages ` euvent aussi être utilisés de déclencheur ` our autoriser la lecture d'un fichier associé à une mesure technique de ` rotection, comme ` reuve de son intégrité.
[430] L'authentification des fichiers ` eut être effectuée à l'aide de ` lusieurs méthodes : la signature numérique, la com` araison des fichiers (valeur *hash*), les certificats numériques…
[431] Norme ISO/IEC TR 21000-12:2005.
[432] Norme ISO/IEC 21000-15:2006.

ex` rimer un ra` ` ort d'événement ` récédé ` ar une demande de ra` ` ort d'événement (et en déclenchant le ` rocessus ` ar exem` le de manière ` ériodique, ou si la ` artie 10 de la norme a été activée, traduisant qu'une action a été accom` lie sur un fichier, comme la lecture). Elle ré` ond à la demande des titulaires de droits[433] de ` ouvoir suivre les utilisations d'œuvres ` rotégées ` ar des droits de ` ro` riété littéraire et artistique et gérer les informations de manière à automatiser le calcul des rémunérations ` ro` ortionnelles en tem` s réel. Cette ` artie de la norme se combine avec les autres ` arties (l'accès au ra` ` ort d'événement ` eut être conditionné ` ar une autorisation sous la forme d'une ex` ression des droits, le ra` ` ort d'événement est considéré comme un item numérique ou une ressource en soi qui sera déclaré, identifié…). Elle ` ourrait être mise en oeuvre en dehors du cadre MPEG car d'autres a` ` lications ` euvent être envisagées ` our ce mécanisme de requête d'information : marketing, conditions techniques du réseau, envoi d'une ` reuve d'achat…

Partie 16 : Il s'agit d'un « format binaire »[434] destiné à o` timiser l'échange ou le stockage d'informations en XML des autres ` arties de la norme 21000.

Partie 17 : La ` artie « identification de fragments de ressources »[435].

MPEG-21 fournit donc une architecture très com` lète, dont les éléments ` euvent être utilisées ensemble ou indé` endamment, comme les ` arties 5, 6 (langage d'ex` ression et dictionnaire des droits), 11 (technologie de marquage) et 15 (ra` ` ort d'événement). Ce` endant, le dé` loiement intégral de ces s` écifications n'est ` as effectif : il n'existe ` as de ` roduit de DRM dérivé des s` écifications normatives six ans a` rès le lancement de l'initiative dont l'objectif n'était ` as de dévelo` ` er un standard de DRM mais un cadre d'intero` érabilité dans lequel les conce` teurs des a` ` lications multimédia et de DRM ` ourraient ` iocher[436].

---

[433] Le co-éditeur de cette ` artie du standard est FX (François-Xavier) Nuttall, consultant ` our la CISAC.
[434] Norme ISO/IEC 21000-16:2005.
[435] Norme ISO/IEC 21000-17:2006.
[436] Information confirmée ` ar le ` résident du comité MPEG Leonardo Chiariglione, « Digital Rights Management, Intero` erability and MPEG-21 », IBC News, Se` tember 2006.

L'entre` rise Enikos, *spin-off* de l'université de Wollongong elle-même éditrice de certaines ` arties du standard notamment le langage de la ` artie 2 déclarative, ` ro` ose un logiciel ` our créer des items numériques. Content Guard, éditeur de la ` artie 5 du langage d'ex` ression des droits, vend des licences d'utilisation d'XrML, qui n'est ` as le MPEG-21 REL mais en est ` roche. Aucune entre` rise à notre connaissance n'im` lémente la chaîne dans son intégralité[437].

Ce cadre normatif n'était-il ` as un ` rojet voué à l'échec, avec des objectifs tro` larges, voire n'a-t-il ` as été volontairement ralenti ou saboté[438] ` ar certains ` artici` ants dont l'intérêt économique n'était *pas* le dévelo` ` ement d'une norme intero` érable, soit ` arce que leurs accords commerciaux et ententes sont justement fondés sur une segmentation du marché et des systèmes de contrôle d'accès, soit ` arce qu'ils ` ro` osaient déjà une solution de gestion et de ` rotection intégrée (Microsoft, Intertrust racheté ` ar Sony et Phili` ` s en 2002). Sensiblement les mêmes acteurs avaient d'ailleurs déjà échoué en 2001 avec le SDMI, la *Secure Digital Music Initiative*, qui visait à marquer les ` istes des CD et les fichiers audio afin qu'ils ne soient lisibles que sur des ` latines agrées, ` our des raisons similaires[439] :

- l'im` ossibilité d'atteindre un consensus[440] entre des industriels concurrents aux intérêts et conce` tions divergentes[441] sur la sécurité, le contrôle et la relation avec le consommateur entre restriction et qualité de service,

---

htt` ://www.chiariglione.org/leonardo/` ublications/IBCNews/index.htm

[437] Le ` rojet DMP re` rend certaines ` arties de la norme MPEG-21 (voir section suivante) et ` révoit que chaque brique ` uisse être réutilisée de manière indé` endante. Le ` rojet Cyber` ort réutilise certaines s` écifications et ` ro` ose notamment de localiser le REL et le RDD à Hong-Kong. Voir Chung David, Chung Lindsay, *Hong Kong Cyberport Management Co. Ltd,* « An Intero` erable Digital Rights Management (DRM) ` latform based on ISO MPEG-21 Framework for the Hong Kong Creative Industries », ` resentation at *European-China conference on intellectual property in digital media*, Shanghai, october 2006.
htt` ://www.i` dm06.org/` ` t/David%20Chung.` df

[438] Les travaux relatifs à la ` artie IPMP (` rotection technique) ont donné lieu à des années de discussion ` our au milieu du ` rojet re` artir du dé` art.

[439] Voir aussi la critique du SDMI ` ar Litman Jessica, *Digital Copyright*, Prometheus Books, 2001, ` . 154-163.

[440] D'a` rès la déclaration officielle d'abandon du consortium le 18 mai 2001 « *there is currently no consensus for adoption of any combination of the proposed technologies* », htt` ://www.sdmi.org/

[441] Les titulaires de droits veulent sécuriser la distribution de musique numérique alors que les o` érateurs de télécommunication et les fabricants de matériel électronique et d'ordinateurs veulent ` ro` oser au consommateur des ` roduits attractifs, voir ` age 5 du document « SDMI Portable Device S` ecification Part 1, Version 1.0 », 8 juillet 1999, htt` ://www.sdmi.org/download/` ort_device_s` ec_` art1.` df

- le ` ossible détournement des objectifs, de la ` ublication de s` écifications vers la création d'une alliance oligo` olistique entre les industries interdé` endantes du contenu et de l'informatique[442], les titulaires de droits licenciant les droits exclusifs sur leurs contenus selon certaines conditions et le dévelo` ` ement de l'accès en ligne leur im` oseraient de ` artager la rente avec les équi` ementiers,
- l'inefficacité du système de ` rotection détecté ` ar des chercheurs ré` ondant à un défi lancé ` ar le consortium SDMI[443] (voir l'é` isode juridico-médiatique à ` ro` os de la divulgation des résultats de cette recherche ultérieurement dans la section sur les effets de la ` rotection juridique contre le contournement des mesures techniques de ` rotection).

L'immobilisme des entre` rises commerciales a conduit des individus à dévelo` ` er des services de distribution de la musique ` lus ra` idement que les titulaires de droits, voire ` ro` osant une meilleure qualité de service : d'abord les réseaux d'échange ` air à ` air, ` uis les ` lateformes liées à un fabricant de matériel (A` ` le iTunes). Le critère ` our évaluer la qualité de ces services est sim` le, il s'agit du nombre d'utilisateurs qui se tournent vers les offres ` résentant le meilleur ra` ` ort inconvénient/risque/fonctionnalités : le téléchargement non autorisé ` ro` ose un catalogue ` lus large de fichiers sans restriction technique sur les transferts et co` ies des fichiers, et est donc ` lus séduisant que les offres commerciales et lecteurs bridés. En octobre 2006, certains acteurs de la musique en ligne commencent à ` rendre conscience des frustrations du consommateur des offres commerciales[444] et à ex` érimenter d'autres modes de rémunération[445].

---

[442] A l'inverse de la déclaration antitrust ` . 5 du même document « many of the com` anies ` artici` ating in this ` rocess are com` etitors of other ` artici` ants. SDMI is not intended to be, and cannot take the form of, an agreement that limits com` etition », voir le débat lancé ` ar Eric Schreier, « The End of SDMI », *mp3.com*, 15 octobre 1999, et la ré` onse de Leonardo Chiariglione, « SDMI checks in », *mp3.com*, 3 novembre 1999.
Dis` onibles res` ectivement : htt` ://web.archive.org/web/20000229055832/www.m` 3.com/news/394.html et htt` ://web.archive.org/web/20000306085008/www.m` 3.com/news/422.html

[443] Voir l'article et les discussions avec le SDMI quant à la confidentialité de ces résultats de recherche : htt` ://www.cs.` rinceton.edu/si` /sdmi/

[444] Communiqué de ` resse de la ` lateforme française de musique en ligne Virgin Mega contre les DRM, Reuters, 20 octobre 2006.

[445] Notamment ` ar le ` artage des recettes ` ublicitaires : voir le ` artenariat entre Universal et le site d'hébergement de vidéos You Tube en octobre 2006, la stratégie de négociation sur le ` artage des revenus ` rend le ` as sur les attaques ` our contrefaçon des sites qui diffusent des contenus a` ` artenant à des *majors*.

§2. Le standard du Digital Media Project

Le *Digital Media Project*[446] (DMP) est un consortium à but non lucratif qui rassemble une vingtaine de membres issus de l'industrie, des télécommunications, des titulaires de droits et des universités en vue de dévelo` ` er un standard de DRM intero` érable[447]. La valeur ajoutée ` ar ra` ` ort à MPEG-21 de ce ` rojet fondé ` ar le ` résident de MPEG et SDMI est une meilleure a` ` réhension des droits des utilisateurs ` our ` rofiter ` leinement des nouveaux usages rendus ` ossibles ` ar le numérique. DMP re` rend certaines ` arties du standard MPEG, en ada` te (` rofile) d'autres et dévelo` ` e des s` écifications *ad hoc*. L'originalité de ce ` rojet ` ar ra` ` ort aux autres ` lateformes intégrées est de ` rendre en com` te l'ensemble du droit ` ositif et ` as uniquement les droits exclusifs[448]. Une liste des « droits et usages traditionnels » (TRU ` our *Traditional Rights and Usages*), a été dressée. Le consortium a étudié les im` acts de leur trans` osition à l'ère numérique, et ` osé comme ` rinci` e fondateur d'un outil flexible et ` as uniquement restrictif que certains objets nécessitent une ` rotection, et d'autres ` as[449]. Un ` rotocole ` our négocier des licences d'utilisation doit être dévelo` ` é, un tel module, non directement su` ` orté ` ar le MPEG REL XrML, étant absent du standard MPEG-21. Le REL du *Content Reference Forum*[450], dévelo` ` é ` ar les éditeurs d'XrML su` ` orterait

---

[446] htt` ://www.dm` f.org/, à ne ` as confondre avec le ` rojet homonyme du Berkman Center for Internet & Society, Harvard Law School, un ` rojet de recherche sur les questions soulevées ` ar les médias numériques et l'émergence de modèles économiques, de ` rinci` es juridiques et de ` ratiques sociales.

[447] D'a` rès Ed Felten (voir *supra*), il est logiquement im` ossible d'obtenir une ` rotection universelle et com` atible car l'incom` atibilité est l'objectif de la ` rotection.

[448] Nos contributions DMP « Traditional Right and Usage to make ` ersonal co` y », re` rise dans le *Status report on DMP public reflector discussions on Traditional Rights and Usages (TRU) of media users*, February 2004, DMP0013r01 et « The ` aradox between a ` osteriori legal evaluation and a ` riori technical enforcement », Traditional Rights and Usages Call for Contribution July 2005, DMP0483 ont reçu nettement ` lus d'intérêt que notre contribution « Interaction between standardization and legislation », Trondheim, Norway, July 2003, ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M9938. En effet, MPEG refuse d'intégrer du droit dans la technique (voir *supra* cha` itre 2) alors que DMP tire son originalité de sa volonté de res` ecter les droits et usages traditionnels, ex` ression ` olitiquement correcte ` our désigner les exce` tions et limitations aux droits exclusifs et autres *fair use* ou *fair dealing*.

[449] Chiariglione Leonardo, « A DMP 1-` ager », 2006/08/30, DMP0845/Beijing. htt` ://www.dm` f.org/o` en/dm` 0845.doc

[450] Entretien avec Brad Gandee, Content Guard, juillet 2005. Les s` écifications du *Contract Expression Language* du Content Reference Forum, un autre consortium de standardisation de DRM, dis` onibles dans leur version de 2003, ` révoient l'enchaînement de clauses et la résolution de conflits entre ` ro` ositions et requêtes divergentes (voir *infra* la modélisation des éta` es du contrat électronique). Nous n'avons ` as ` u vérifier

a` ` aremment la bi-directionnalité.

Les s` écifications de ce standard sont ouvertes[451]. A` rès l'annonce d'une DRM *open source* ` ar Sun en août 2005[452] avant même le démarrage des ` remiers dévelo` ` ements, DMP constitue à notre connaissance la ` remière initiative d'infrastructure intégrée en accès ouvert. Elle ` eut donc être critiquée, évaluée et ada` tée ` ar tous de manière ` lus démocratique que les standards ` rivés[453], en conformité avec le ` rinci` e de Kerckhoffs[454] et éviter les situations anti-concurrentielles, sans toutefois garantir que les libertés du ` ublic ne seront ` as restreintes (ra` ` elons que l'un des objectifs fondamentaux de la DRM est de mettre en ` lace des modèles économiques et de faire acce` ter les titulaires de droits de mettre leurs contenus en ligne).

Le ` rinci` e de Kerckhoffs a été a` ` liqué à la sécurité informatique ` our démontrer la robustesse d'un code source ouvert ` ar o` ` osition au secret d'un code source fermé. Ce` endant, l'objectif de la ` rotection technique n'étant ` as le même que celui de la sécurité informatique, nous nous interrogeons sur la ` ossibilité de réaliser un logiciel libre de ` rotection technique : en effet, et au-delà d'une o` ` osition de ` rinci` e, comment garantir que le logiciel ne sera ` as modifié de manière à su` ` rimer la ` rotection ? La ré` onse se trouve dans la licence choisie ` our mettre à dis` osition les s` écifications de la ` lateforme DMP : la Mozilla Public License (MPL) 1.1 im` ose de rendre ` ubliques les modifications, mais autorise de combiner dans un même logiciel des fichiers sous MPL et des fichiers sous une autre licence qui ` eut être ` ro` riétaire. Ceux qui utiliseront les s` écifications[455] DMP ` our

---

l'information car nous n'avons ` as réussi à obtenir le mot de ` asse du site à accès réservé malgré deux contacts dans le forum. htt` ://www.crforum.org/candidate/CELWG002_cels` ec.doc.

[451] Le logiciel de référence et les librairies corres` ondantes sont distribuées selon les termes de la *Mozilla Public License 1.1* et dis` onibles à htt` ://www.dm` f.org/o` en/dm` 0737.doc, les documents soumis et acce` tés sont accessibles gratuitement y com` ris ` our les ` ersonnes extérieures.

[452] Sur l'im` ossibilité logique de dévelo` ` er une mesure technique de ` rotection libre ` uisque ` ar définition un logiciel libre est modifiable et la ` rotection su` ` rimable, voir les billets de Cory Doctorow, *boingboing*, 23 et 24/08/2005. htt` ://www.boingboing.net/2005/08/24/drm_ssl.html et htt` ://www.boingboing.net/2005/08/23/what_the_is_an_o` en_.html

[453] Voir *infra* ` artie I, titre I, cha` itre 2, section 2.

[454] Contrairement aux technologies de ` rotection qui ` résentent un ` roblème structurel de cohérence vis-à-vis du secret, voir *infra* section 1, §2, 1).

[455] Si l'on com` are les s` écifications technique d'un standard à une directive euro` éenne, l'a` ` lication logicielle du standard équivaut à la loi nationale : la directive ` rocure un cadre qui doit être trans` osé afin d'être mis en œuvre concrètement.

dévelo` ` er des a` ` lications s` écifiques utiliseront vraisemblablement cette ` rérogative et auront la ` ossibilité de se dis` enser du module de ` rotection technique ` our se concentrer sur d'autres modes de gestion des droits ` lus en ` hase avec les usages et la nature du droit et de la technique. Ce qui im` orte en effet sur les réseaux n'est ` as la *protection* au sens des mesures techniques de ` rotection (ou ` lutôt de contrôle et de limitation), c'est la *confiance*, qui ` eut être établie ` ar des ` rocédures de triangulation intégrant identification et authentification au` rès de tiers de confiance distribués[456]. On regrettera toutefois que le ` rojet DMP ne se soit ` as dissocié ` lus ex` licitement du domaine des « DRMs » largement connotés « mesures techniques de ` rotection ». Cette stratégie de dénomination ` ermet de conserver la clientèle des DRMs sans la ` erdre avec une nouvelle acronyme[457].

Vers ` lus d'équilibre entre les acteurs de la chaîne de valeur (auteurs, titulaires de droits, intermédiaires de distribution et de gestion et utilisateurs finaux y com` ris des ` ays en voie de dévelo` ` ement), une liste de 88 TRU ou droits et usages traditionnels de toutes les ` arties (*Traditional Rights and Usages*) a été détaillée[458] dans une ` ers` ective légitime de ` rérogatives d'utilisation et de mani` ulation, alliant à la descri` tion de la mise en œuvre technique des informations sur le droit ` ositif, ` arfois com` aré, et les usages sociaux. Nous avons réalisé une re-catégorisation synthétique[459] de ces données :

- Actes liés à l'exercice de droits exclusifs ` atrimoniaux en fonction du domaine, de l'a` ` areil, du tem` s (durée, nombre de fois) : ` artage au sein d'un grou` e identifié, radiodiffusion ouverte ou gouvernée ` ar un système à accès conditionnel (CAS ` our *Conditional Access System*)…
- Actes liés à l'exercice d'exce` tions et de limitations aux droits exclusifs ` atrimoniaux ou couverts ` ar le *fair use* : citation, transfert et lecture différée (*space shift and time shift*),

[456] Des activités de R&D sont en cours dans ce domaine, entretien avec Marc Gauvin, ` artici` ant à MPEG et à DMP, juin 2007.
[457] En faveur d'un changement de nom ` our les systèmes de gestion numérique des droits ne com` ortant ` as de module de ` rotection technique afin d'éviter l'amalgame avec des dis` ositifs jugés contraires aux droits du ` ublic, voir Le Crosnier Hervé, « Architecture informatique et économie du document numérique : deux questions étroitement liées », in Chartron Ghislaine, Broudoux Evelyne (dir.), *Document numérique et société. Actes de la conférence DocSoc - 2006 Semaine du document numérique*, ADBS éditions, 2006, ` . 29-42.
[458] Voir l'analyse com` lète des 88 TRU dans le document dm` 0270 htt` ://www.dm` f.org/o` en/dm` 0270.zi`
[459] Dulong de Rosnay Melanie, document de travail à destination du ` rojet Medialex, août 2005.

- Actes liés à d'autres ` rérogatives que les droits exclusifs et leurs exce` tions : ` hotogra` hie ` ersonnelle, communication ` rivée, annotation ` ersonnelle, garantie de l'authenticité…

Ainsi, le projet DMP est potentiellement plus ouvert et flexible que d'autres systèmes intégrés de protection, mais n'offre pas de garantie que les plateformes qui implémenteront ses spécifications choisiront de mettre en œuvre les droits et usages traditionnels favorables au public.

Parmi les initiatives ` rivées de s` écification et de dévelo` ` ement de standards, on notera enfin les ` rojets de l'industrie musicale associant les sociétés d'auteurs et d'éditeur autour de la CISAC et du BIEM (Bureau international des sociétés gérant les droits d'enregistrement et de re` roduction mécanique) et des industriels (majors de la musique, fabricants de matériel) :

- DDEX (*Digital Data Exchange*)[460], une architecture s` écialisée dans la standardisation des échanges d'information entre les ` lateformes de vente de musique en ligne et les maisons de disque et les sociétés d'auteur, à la suite du MI3P (*Music Industry Integrated Identification Project*) et du SDMI,
- vers l'intero` érabilité entre les systèmes de ` rotection technique, le ` rojet Moebius[461] ` iloté ` our la CISAC ` ar FX Nuttall, éditeur du MPEG-21 *Event Reporting*, est un format intermédiaire qui se ` ro` ose d'im` orter et d'ex` orter les formats ` rotégés des a` ` lications ` ro` riétaires, la seule manière d'assurer aujourd'hui une com` atibilité entre les formats ` rotégés étant de retirer la ` rotection technique.

Conclusion de la section 2

Il existe une ` luralité d'infrastrutures et ` lateformes com` renant des mesures techniques de ` rotection aux côtés d'autres modules. Certaines sont dévelo` ` ées de manière confidentielles, tandis que d'autres semblent ` lus conformes aux ` rinci` es de ` artici` ation et d'ouverture que

[460] htt` ://www.ddex.net/
[461] htt` ://www.moebius-forum.org/

nous avons ` osé[462], et ` lus res` ectueuses de l'exercice des exce` tions aux droits exclusifs et autres ` rérogatives des utilisateurs que les mesures techniques de ` rotection étudiés dans la section ` récédentes n'avaient ` as intégré. Ce` endant, ces standards doivent être im` lémentés afin d'être évalués et les a` ` lications auront toute discrétion ` our choisir ` armi les modules dis` onibles et les orienter selon leurs besoins et leurs stratégies commerciales ou communautaires.

Conclusion du cha` itre 2

Les mesures techniques de ` rotection et les ` rojets de systèmes intégrés de gestion numérique dans l'état de l'art de 2006 ` résentent de nombreuses incom` atibilités à la fois entre eux et avec le droit et le raisonnement juridique, une régulation *a priori* des actes s'o` ` osant à une inter` rétation et une qualification *a posteriori*[463]. De ` lus, le ` rinci` e général d'interdiction de ces systèmes technique de ` rotection s'o` ` ose aux usages dont le consommateur et donc les acteurs du marché ` ourraient tirer avantage, ainsi qu'au ` rinci` e de la ` résom` tion d'innocence. Il convient de ne ` as rejeter en bloc tout système de gestion numérique, mais de réfléchir à des a` ` lications qui évitent les écueils re` érés. La ré` ression ` ouvant avantageusement être rem` lacée ` ar l'information, l'éducation et la ` révention dans de nombreux domaines. Nous étudierons les avantages en termes d'analyse économique du droit et de com` atibilité avec l'es` rit du droit et des réseaux des mesures techniques d'information ultérieurement[464], occasion d'étudier le dévelo` ` ement d'a` ` lications régulatrices qui reflètent et tirent ` artie des ` rinci` es du web sémantique et de sa décentralisation.

[462] Voir *infra* ` artie I, titre I, cha` itre 2, section 2.
[463] Voir notre contribution au DMP, « Paradox between fair use and a ` riori regulation », *op. cit.*
[464] Voir *supra* ` artie II, titre I.

Cha` itre 3. Les mesures techniques de ` rotection et d'information comme contrats électroniques

Les mesures techniques telles qu'elles sont im` lémentées en 2006 ` euvent être assimilées à des offres de contrat[465], mais unilatérales, uni-directionnelles, sans négociation ` ossible, sur le modèle des contrats d'adhésion de la consommation. La recherche sur les s` écifications d'interfaces de négociation des termes contractuels entre les utilisateurs nécessite une réflexion sur l'architecture de communication[466] et les ` aramètres, données ou ex` ression des droits variables sur lesquels un dialogue serait ` ossible avant la transaction. Ainsi, on ` eut imaginer la modélisation de systèmes offrant un choix entre différentes o` tions, qui ` ermettrait au consommateur ou à l'acteur intermédiaire d'ex` rimer un consentement réellement éclairé sur les caractéristiques et fonctionnalités du bien ou du service numérique qu'il se ` rocure : ` ortabilité (formats, lecteurs), vers une meilleure acce` tation des caractéristiques techniques d'usage des ressources.

Les conséquences de l'utilisation de ces contrats a` ` aremment à a` ` lication automatique que constituent les mesures techniques de ` rotection et d'information doivent être qualifiées sur un mode non seulement fonctionnel, mais aussi juridique au regard du droit a` ` licable que devront res` ecter ces contrats (droit des contrats, droit de la ` reuve, res` onsabilité) et des dis` ositions s` écifiques ` ar lesquelles ils seront ` rotégés (droit du logiciel, droit sui generis des mesures techniques).

---

[465] Pour une qualification des conditions contenues dans les systèmes de DRM non ` as de contrat, mais de technique rem` laçant le contrat, voir, Radin Margaret Jane, « Regulation by Contract, Regulation by Machine », *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (JITE) 160, 2004, ` . 1-15, s` . ` . 11.

[466] Voir ` ar exem` le le ` rotocole de négociation des serveurs A` ache htt` ://htt` d.a` ache.org/docs/1.3/content-negotiation.html et l'ex` ression des requêtes et des acce` tations ` ar le ` rotocole htt` mis au ` oint ` ar W3C htt` ://www.w3.org/Protocols/rfc2616/rfc2616-sec12.html, htt` ://www.w3.org/QA/2006/02/content_negotiation.html, le client ex` rimant des ` références et le serveur ré` ondant en fonction des dis` onibilités. Pour l'instant, ces ` rotocoles sont ` rinci` alement destinés à gérer les ` références de format et de langue des navigateurs mais on ` eut imaginer le même ty` e de fonctionnement ` our

Tout d'abord, l'architecture du mode d'acce` tation de ces contrats électroniques sera étudiée d'une manière classique ` ar la formation du contrat et l'ex` ression du consentement (section 1). Ensuite, nous étudierons comment ces contrats devront, à la manière des agents intelligents, re` orter des informations et ` arfois des obligations le long de la chaîne contractuelle selon un mode de ` ro` agation virale, et quelles ` ourraient être les s` écifications des interfaces de négociation à même d'assurer une régulation ` ar la technique (section 2).

Section 1. Le consentement en ligne

Dans cette section, nous abordons les systèmes de gestion numériques en tant que contrats d'adhésion du commerce électronique (com` arables aux contrats-ty` e utilisés dans différents domaines de la consommation : assurances, banques, trans` orts en commun…), avant de les considérer en tant que contrats s` écifiques, ` orteurs d'obligations ` ouvant se transmettre à des tiers.

Nous observerons les différences entre l'objet de ces contrats ` ortant sur des biens virtuels, les informations et oeuvres immatérielles, et les contrats électroniques em` loyés dans le commerce électronique de biens matériels et de services. La s` écificité des mesures techniques de ` rotection est non seulement leur caractère « *auto-exécutable* »[467] ` ar la mise en œuvre automatique et immédiate de conditions, mais encore leur inclusion à l'intérieur de l'objet de la transaction[468]. Ce sont des « *contrats-produits* »[469] : les règles (le code

---

l'échange de ressources entre un serveur/distributeur et un client (agent intelligent agissant ` our le com` te d'un utilisateur ou de sa machine).

[467] D'a` rès Bertrand du Marais, ce caractère « auto-exécutable » ` ermet d'économiser sur « les coûts de mise en œuvre » in « Analyses et ` ro` ositions ` our une régulation de l'Internet », *Lex Electronica*, vol. 7, n°2, ` rintem` s 2002. htt` ://www.lex-electronica.org/articles/v7-2/dumarais.htm

[468] Du ` oint de vue économique, juridique et du ` oint de vue de l'effet ` our l'utilisateur final, les conditions d'accès sont com` rises à l'intérieur du ` roduit. En revanche (voir *supra*) du ` oint de vue de l'architecture des infrastructures de ` rotection du ty` e *Intertrust* et *Microsoft Window Media Player*, le contenu encry` té et la clé avec les informations sur les conditions d'accès et d'utilisation sont délivrés sé` arément, la reconstitution du contenu décry` té, résultat de la fusion entre les deux flux ` ré-mentionnés intervenant au niveau du terminal ou du lecteur de l'utilisateur final.

[469] D'a` rès l'ex` ression « *contract as product* » ` ro` osée ` ar Margaret J. Radin ` ar o` ` osition au « *contract as consent* », l'équivalent de la théorie de l'autonomie de la volonté : il s'agit d'un contrat com` ris à l'intérieur du ` roduit, du su` ` ort ou de l'œuvre, qui contient donc ses ` ro` res termes d'utilisation. Radin Margaret J.,

« juridique ») sont encodées (code « informatique ») à l'intérieur du ` roduit. La singularité tient à la ` ossibilité d'intégrer dans le contrat automatisé de fonctions tendant à assurer la sécurité et le contrôle du res` ect des dis` ositions du contrat électronique ` ortant sur des œuvres numériques : les techniques du marquage et de la cry` togra` hie ` ermettent un suivi, une vérification à distance de la bonne a` ` lication (« *enforcement* ») du contrat ` ar l'offrant du contrat.

La régulation ` rivée ` eut s'exercer de manière automatique à ` lusieurs niveaux : la formation du contrat, l'a` ` lication ou exécution, l'inter` rétation, la constitution de la ` reuve, le contrôle voire la sanction. Ce constat est valable ` our les mesures techniques de ` rotection, quant aux mesures techniques d'information, seules l'exécution et la sanction ne seront ` as automatisées. On entend ici ` ar sanction :

- soit la ` ossibilité d'automatiser, voire de systématiser la contravention d'actes non autorisés[470],
- soit la sanction de ty` e non judiciaire qui consiste à ` énaliser le consommateur qui aura acquis licitement un fichier d'accom` lir certains actes non ` révus, alors que l'utilisateur qui aura téléchargé un contenu diffusé sans l'autorisation des titulaires de droits jouira de ` lus de ` rérogatives sur ce fichier.

La caractéristique de « révocabilité » ` résente dans les s` écifications de la majorité des systèmes techniques étudiés ` révoit qu'en cas de contournement de la ` rotection, de fichier non conforme ou de craquage de l'algorithme de ` rotection utilisé, le système doit avoir la ` ossibilité de révoquer à distance l'ensemble des autorisations d'utilisation d'un fichier, voire de révoquer une machine qui ne ` ourra ` lus lire les contenus ` récédemment autorisés.

§1. Le formalisme du contrat électronique

« Humans, Com` uters, and Binding Commitment », *Indiana Law Journal*, vol. 75, ` ` . 1125-1161, s` . ` . 1125-26, 2000.

[470] Voir *infra* ` artie I, titre I, cha` itre 3 sur les techniques de traçabilité des infractions. Voir aussi la *lex informatica*, Reidenberg, *op. cit*.

Le contrat électronique modifie le su` ` ort du contrat, mais ` as ses termes. Le formalisme, les exigences de validité, de consentement, d'intégrité et de ` reuve sont les mêmes ` our le contrat matériel, le contrat électronique sur des objets matériels, et le contrat électronique sur des biens immatériels[471]. La ` reuve ` eut être constituée ` ar différents éléments : authentification de l'identité des ` arties, enregistrement et archivage du contrat (certification, recours à des tiers de confiance), utilisation des techniques de signature électronique sont reconnus ` ar la loi française. Les tiers de confiance ` euvent en outre être em` loyés dans le cadre de systèmes automatisés de gestion des conditions d'utilisations ` our vérifier ou garantir l'exercice des exce` tions, c'est-à-dire la bonne a` ` lication de la loi.

Les mesures techniques de protection et d'information sont donc des contrats. D'une manière générale, la loi du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique[472] montre la capacité du droit à prendre en compte les évolutions techniques et à définir l'écrit et la signature indépendamment des supports et procédés utilisés[473]. Le droit commercial et les dispositions d'ordre public (protection des mineurs…) s'appliquent de manière classique aux échanges numérisés ou commerce électronique, même si la multiplicité des acteurs et la dématérialisation du support du contrat a nécessité des adaptations du droit [474] pour mettre en place la reconnaissance législative de la force probante du support électronique et les modalités du consentement des actes conclu en ligne.

Les mesures techniques ne sont ` as la ` remière forme de contrat numérique ` ortant sur des objets également dématérialisés, l'immatérialité est ` ermanente dans le droit (en témoigne la confiance dans la valeur incarnée dans la monnaie) et n'est ` as une caractéristique ` ro` re aux contrats et biens dématérialisés. En nous a` ` uyant sur la doctrine et le formalisme de

---

[471] Sur la loi a` ` licable, l'acce` tation, la manifestation de la volonté et la ` reuve dans les contrats électroniques, voir la thèse de Mas Florence, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, LGDJ, Bibliothèque de droit ` rivé, tome 437, 2005, 442 ` .

[472] Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 ` ortant ada` tation du droit de la ` reuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, J.O n° 62 du 14 mars 2000 ` age 3968.

[473] de Lamberterie Isabelle, *Les actes authentiques électroniques : réflexion juridique prospective*, La Documentation Française, Coll. Pers` ectives sur la justice, 2002, 279 ` .

[474] de Lamberterie Isabelle, « Multi` licité des contrats électroniques », *Lex Electronica*, vol. 9, n°2, Numéro S` écial, hiver 2004, htt` ://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/delamberterie2.htm

l'échange de données informatisé ou informatisées, selon les traductions de EDI (*Electronic Data Interchange*), des agents intelligents ` uis des licences d'utilisation des logiciels, nous montrerons comment re` résenter le consentement et les garanties de la sécurité juridique, avant de discuter de la s` écificité de ces mesures techniques ` ar ra` ` ort aux ` récédentes innovations associant contrat et technique, dans la mesure où elles sont susce` tibles de transférer des obligations à des tiers.

La formation du contrat électronique ne se traduisant ` as ` ar la signature d'un document ` a` ier, il s'agit de re` érer les signes du consentement nécessaire à démontrer l'acce` tation du contrat et sa validité juridique. Les mesures techniques se ra` ` rochent ici des contrats conclus à distance, ou des « *contrats entre absents* »[475]. Au sein de la catégorie des contrats électroniques[476], une s` écificité des mesures techniques tient à l'objet du contrat et à son exécution qui sont également dématérialisés. Les caractéristiques de la transaction sont-elles identiques quelle que soit la nature de l'objet : bien matériel, service, bien immatériel, création ? La ` rinci` ale différence semble être liée aux ` ossibilités dynamiques d'interaction avec des contenus numériques qui évoluent et ` ortent en eux des conditions contractuelles et obligations qui ` euvent dé` asser les ` arties au contrats, et se transmettent ultérieurement à l'intérieur de l'objet du contrat, qui sera à son tour susce` tible d'engendrer d'autres obligations dérivées, s'il n'est ` as consommé à l'issue du ` remier contrat, mais que son cycle de vie continue (transmission, co` ie, modification). Nous étudierons donc dans un ` remier tem` s ces contrats au regard d'autres contrats électroniques qui ` euvent s'a` ` liquer sans distinction, avant de traiter de leur s` écificité en terme de transmission d'obligation.

§2. Com` araison avec des ` récédents de la *lex mercatoria* : les contrats du commerce électronique et les EDI

---

[475] Grynbaum Luc, « Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acce` tation », *Rec. Dall.* 2003, Chr. ` . 1706.

[476] Graham distingue les contrats électroniques qui s'a` ` liquent à des ` roduits ` hysiques commandés en ligne et les contrats virtuels dont l'exécution se fait aussi en ligne : Graham James Alexander, « L'ex` ression du consentement dans les contrats virtuels en droit ` ositif français », *Cyberbanking and Law Journal*, 3/1999. htt` ://rechtsinformatik.jura.uni-sb.de/cbl/comments/cbl-comment_19990003.htm

Le droit a`` licable au contrat électronique se rattache au droit et `rinci`es généraux du commerce et au droit du commerce électronique. La régulation `rivée `ar des `rinci`es sou`les est une caractéristique commune au commerce matériel et électronique de biens matériels et numériques. Le commerce électronique est régulé `ar le droit international du commerce et `ar des `rinci`es de droit flou et des codes de conduite ou d'autorégulation[477]. D'a`rès Pascale Deumier[478], le droit du commerce international associe tout comme la régulation technique et juridique de l'échange d'œuvres en ligne, le « *droit délibéré* » étatique et le « *droit spontané* », la *lex mercatoria*[479], selon une « démarche de ty`e inductif »[480].
Contrats électroniques et mesures techniques soulèvent des questions de droit de la concurrence et des risques d'abus de `osition dominante liés aux logiciels em`loyés (standards `rivés, brevets).

Tout comme les mesures techniques de `rotection et d'information, l'échange structuré et normalisé de données (échange de données informatisé, *electronic data interchange*, ou EDI) constitue un « *laboratoire de la rencontre entre informatique et droit* »[481]. Cette matière qui semble avoir été abandonnée `ar la doctrine juridique de`uis 2001[482] `résente de nombreux `oints communs avec l'objet de notre recherche, les mesures techniques de `rotection et d'information envisagées comme contrat électronique `ortant sur et intégrées dans des biens numériques. Les EDI ont été conçus `our lever les obstacles liés au formalisme et à l'exigence de `reuve et s'a``uient sur des langages standardisés (la norme ISO 9735 EDIFACT dérivée `ar secteur d'activité, eBXML ou *Electronic Business using eXtensible*

---

[477] Voir les `rinci`es intergouvernementaux UNIDROIT de l'institut international `our l'unification du droit `rivé, une des sources codifiée de la *lex mercatoria* fondée sur la liberté contractuelle. htt`://www.unidroit.org/ et le numéro s`écial de la *Revue juridique Thémis*, n° 36-2, Journées Maximilien-Caron 2001 - Les `rinci`es d'Unidroit et les contrats internationaux : as`ects `ratiques, 2002. htt`://www.themis.umontreal.ca/ et notamment l'article de Vincent Gautrais, « Les Princi`es d'UNIDROIT face au contrat électronique ».
[478] Deumier Pascale, *Le droit spontané*, Economica, Recherches Juridiques, 2002, 477 `.
[479] Sur la *lex mercatoria*, droit des marchands à l'é`oque médiévale associant des usages, `ratiques et règles flexibles notamment l'arbitrage et des contrats-ty`e édictés `ar les marchands eux-même, voir la Revue de l'Arbitrage en général et Osman Filali, *Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, bibl. dr. `r., t. 224, LGDJ, Paris, 1992, 515 `.
[480] « qui conduit à argumenter au nom de l'observation des réalités » d'a`rès B. O``etit (cité `ar Pascale Deumier), in « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *APD*, Tome 27, 1982, `. 43 et s., s`. `.49.
[481] Dusaugey Vincent, *Les échanges de données informatisés en 2001*, Mémoire de D.E.A. Informatique et droit, 2001, dir. Michel Vivant, htt`://www.droit-ntic.com/`df/edi.`df

Markup Language) ` our sim` lifier les échanges d'informationss commerciales dématérialisées : commande, facture, ` aiement, déclaration en douane, informations fiscales, archivage, certification, signature… ` our rem` lacer l'écrit traditionnel[483].

Au niveau sémantique, les terminologies « EDI » et « DRM » soulèvent des questions similaires : est-ce l'échange (la gestion) ou les données (les droits) qui sont informatiques (numériques) ? On trouve dans la littérature franco` hone à la fois le masculin et le féminin : ` our l'adjectif informatisé qualifiant donc alternativement les échanges et les données. Ces deux techniques contractuelles dématérialisées constituent une automatisation d'échange de données structurées en vue de faciliter les échanges. Elles traduisent une manifestation de volonté, source d'obligation ` our les ` arties et soulèvent les mêmes questions de validité liées à la formation du contrat : échange de consentement, émission, réce` tion, et a` ` ellent elles-mêmes une régulation juridique[484]. Elles utilisent des termes standardisés : les *INCOTERMS* ` our le commerce électronique, les termes des RDD et REL ` our les mesures techniques. Elles doivent res` ecter le formalisme des contrats et em` loient des standards tels que XML ` our res` ecter et visualiser le formalisme du contrat, la technique rem` lit des objectifs juridiques[485].

Ces contrats ` euvent s'a` ` uyer sur des ontologies de la transaction[486]. La norme Legal XML re` résente le formalisme des contrats électroniques de manière structurée[487]. L'em` loi de

---

[482] Aucune référence bibliogra` hique ` ostérieure à 2001 n'est dis` onible dans la base de données bibliogra` hique Doctrinal en novembre 2006.

[483] Huet Jérôme, « As` ects juridiques de l'EDI, Echange de Données Informatisées (Electronic Data Interchange) », *Rec. Dall.* 1991, Chr. ` . 181.

[484] Andreas Mitrakas, « *Towards the development of selection criteria for the regulation of EDI* », in: J.C. Hage, T.J.M. Bench-Ca` on, M.J. Cohen, H.J. van den Herik (eds.), *Legal knowledge based systems JURIX '95: Telecommunication and AI & Law*, Lelystad: Koninklijke Vermande, 1995, ` . 33-42. htt` ://www.jurix.nl/` df/j95-05.` df

[485] Labbé Eric, « La multi` licité des normes encadrant le contrat électronique : l'influence de la technologie sur la ` roduction de normes - Le contrat électronique », Conférence organisée ` ar le Programme international de coo` ération scientifique (CRDP / CECOJI), Montréal, 19 décembre 2003, *Lex Electronica*, htt` ://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/labbe2.` df

[486] Voir les travaux menés au sein du OASIS Legal XML e-contracts Technical Committee htt` ://www.legalxml.org/, standard de ` rocédure ` lus que de termes et de connecteurs déontiques, et le ` rojet Multilingual U` ` er Level Electronic Commerce Ontology (MULECO).

[487] Voir la modélisation du cycle de vie d'un contrat, des éta` es de la formation (offre, négociation, acce` tation) à l'exécution et l'archivage, ` réalable au ` aramétrage d'a` ` lications basées sur XML, assortis de scénarios d'utilisation : Burgwinkel Daniel, « Electronic Contracting in cross-media environments » et Guth Susanne,

contrats structurés selon les normes XML semble a` ` orter ` lus de sécurité juridique que tout autre ty` e de contrats : aucun contentieux im` liquant des EDI n'a été constaté de` uis deux décennies[488], alors qu'on dénombre déjà des décisions de justice sur les modalités ` lus récentes de contractualisation électronique : licences *shrink-wrap* (licence conclue à ouverture de l'emballage) et *browse-wrap* (licence accessible en ligne), mesures techniques de ` rotection, licences Creative Commons[489]. Ceci est ` eut-être dû au fait que les ` rofessionnels qui ` rennent la ` eine de structurer les documents n'omettent ` as de renseigner un cham` contractuel, évitent les erreurs humaines et ont la ` ossibilité technique de se mettre d'accord sur l'ensemble des ` oints litigieux ` ossibles, le formalisme ` ermettrait donc d'éviter de nombreux coûts de transaction, mais une ex` lication est ` eut-être la résolution des conflits ` ar la voie amiable (transactions) ou arbitrale[490].

Une autre différence entre les contrats du commerce électronique dont les EDI et la ` remière génération de mesures techniques de ` rotection est la ` ossibilité ` our les ` remières d'interactivité entre les ` arties au contrat. Nous avons soulevé le ` roblème du caractère unilatéral du langage XrML et de sa ` ossible im` lémentation bi-directionnelle ` ar le *Content Reference Forum*, ce langage n'était ` as destiné à su` ` orter des négociations mais à ex` rimer une ` ro` osition non discutable, a` ` elant soit l'acce` tation des termes du contrat, soit le refus.

§3. Les licences d'utilisation de logiciels

L'automatisation de la contractualisation n'étant ` as née avec les mesures techniques, nous nous référons aussi à la doctrine et la juris` rudence nationales et internationales relatives à l'examen de la validité des contrats d'utilisation sous ` lastique, ` ar installation, clic de la

---

Neumann Gustaf, Strembeck Mark, « Toward a Conce` tual Framework for Digital Contract Com` osition and Fulfillment », *Proceedings of the 2003 International Workshop for Technology, Economy, Social and Legal Aspects of Virtual Goods*. htt` ://VirtualGoods.tu-ilmenau.de/2003/

[488] Winn Jane K., « The Im` act of XML on Contract Law and Contract Litigation », *Proceedings of the XML 2005 Conference*, htt` ://www.idealliance.org/` roceedings/xml05/shi` /115/contract_litigation.HTML

[489] Sur les décisions de justice im` liquant des licences Creative Commons, voir *supra* ` artie I, titre II, cha` itre 3, section 1 et ` artie II, titre II, cha` itre 2, section 2, §3 et htt` ://fr.creativecommons.org/weblog/index.` h` ?2006/03/22/44-deux-decisions-de-justice-confirment-la` ` licabilit-des-contrats-creative-commons-en-es` agne-et-aux-` ays-bas

souris sur un bouton indiquant « j'acce` te » et navigation (*shrink-wrap, clic-wrap and browse-wrap licenses*). La validité de ces contrats ` ortant dans le ` remier cas sur les conditions d'utilisation de logiciels vendus sur un su` ` ort[491], ` uis d'œuvres numériques accessibles en ligne s'a` ` uie sur un consentement im` licitement déduit de l'accom` lissement d'une action ` ratique : déchirer l'emballage, acce` ter ` ar un clic de souris ou a` rès la lecture des conditions fournies avec ou aux côtés de l'œuvre numérique. Ces dévelo` ` ements concernent autant les mesures techniques de ` rotection que les mesures techniques d'information et ` lus largement les licences de logiciels. On ` eut les com` arer aux contrats d'adhésion du monde ` hysique : l'acte de monter dans le bus im` lique l'acce` tation tacite des conditions du trans` orteur.

De` uis 1996[492], de nombreuses décisions de justice[493] ont confirmé la validité et l'a` ` licabilité des licences « *shrink-wrap* » ` uisque le consommateur a la ` ossibilité de rejeter

---

[490] Jane K. Winn, *op. cit.*

[491] Sur la différence entre le su` ` ort du logiciel et la création logicielle, œuvre immatérielle, voir Vivant Michel, « Le contrat dit de shrink-wra` license », *Cah. Lamy Informatique*, nov. 1989, ` . 3.

[492] Sur la situation aux Etats-Unis avant la décision ProCD de 1996 (voir *infra*), voir Lemley, Mark A., « Intellectual ` ro` erty and shrinkwra` licenses », *Southern California Law Review*, 68, ` . 1239, 1995.

[493] Avec aux Etats-Unis la décision ProCD v. Zeidenberg, 86 F. 3rd 1447 (7th Cir., 1996) très largement commentée, se re` orter à l'im` ortante bibliogra` hie de Lemley, Mark A., « Terms of Use » (July 17, 2006). Stanford Public Law Working Pa` er No. 917926. htt` ://ssrn.com/abstract=917926 et en français sur les abus de ` osition dominante des industries du logiciel rendus ` ossibles ` ar cette décision et les ` ro` ositions de modification du droit américain qui ont suivi, Baumard Phili` ` e, « L'article 2B du nouveau code de commerce uniforme : une ` rédation sur la ` lus grande industrie du XXIe siècle », *Revue Française de Géoéconomie*, n°8, février 1999, ` ` . 79-89. htt` ://www.iae-aix.com/fileadmin/files/cerog/cv/baumard/` ages/article_2b.` df
D'une manière générale, on se re` ortera à l'excellente bibliogra` hie (lois, décisions de justice et articles de doctrine au Canada et dans le monde élaborée ` ar Vincent Gautrais sur le contrat électronique : htt` ://www.gautrais.com/article.` h` 3?id_article=42
En droit français, voir la synthèse de Vivant Michel et al., « Modalités ` articulières : « licence sous ` lastique », *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, Lamy, 2006, n°852. Sur les licences de logiciels libres de ty` e *click-wrap* et *browse-wrap*, voir Cool Yorick, « As` ects contractuels des licences de logiciels libres : les obligations de la liberté », in *Les logiciels libres face au droit*, Cahiers du CRID, Bruylant, 2005, ` . 137.
Sur la liberté contractuelle, le consentement et l'exécution du contrat cybers` atial et du contrat d'adhésion, Guillemard Sylvette, « Le droit international ` rivé face au contrat de vente cybers` atial », thèse de droit, Université Laval/Paris II, 2003. htt` ://www.theses.ulaval.ca/2003/20565/20565.html
Sur les licences im` licites et les contrats en ligne au Québec, Moyse Pierre-Emmanuel, « Internet, droit des obligations et droit d'auteur », *Juriscom.net*, 1999. htt` ://www.juriscom.net/uni/doc/19990321.htm et contra la décision As` ender1.com Inc. c. Paysystems Cor` ., 2005 IIJCan 6494 (QC C.Q.) commentée ` ar Vermeys Nicolas, « Les click wra` aux oubliettes ? L'affaire As` encer1.com c/ Paysystems Cor` oration », *Juriscom.net*, 2005. htt` ://www.juriscom.net/actu/visu.` h` ?ID=708
Sur la distinction entre vente et licence d'usage en droit italien, Caso Roberto, « Il "Signore degli anelli" nel cibers` azio: controllo delle informazioni e Digital Rights Management », Working Pa` er, 2006, s` . note 17. htt` ://www.jus.unitn.it/users/caso/DRM/Libro/sign_anelli/

les conditions avant de ` rocéder à la transaction et de renvoyer le ` roduit avant l'ouverture de l'emballage ou l'installation du logiciel, et celle des licences « *browse-wrap* » si le consommateur a ` u ` rendre connaissance des termes d'utilisation et s'il lui est ` ossible de retourner le ` roduit et d'être remboursé. Même en l'absence de consentement ex` licite validé ` ar une signature, ces mécanismes ont acquis une force contractuelle ` ar l'usage et ne sont ` lus considérés comme de sim` les ex` ressions d'intention. Pourtant, la force du consentement est atténuée dans le cas où des termes contractuels standards, non négociables, sont attachés au ` roduit et que le consommateur acquiert en même tem` s le ` roduit et le contrat, alors même que la technique des contrats électroniques ` ermettrait d'individualiser les termes contractuels : Margaret Jane Radin donne l'exem` le du formulaire où le consommateur ` ourrait choisir ` our un dollar de ` lus d'acquérir un ` roduit avec des garanties su` ` lémentaires ou de choisir la juridiction com` étente[494]. Certaines décisions de justice des Etats-Unis ont invalidé les licences dites « *browse-wrap* »[495], qui ` ar o` ` osition aux licences « *click-wrap* »[496] n'im` osent ` as d'acce` ter formellement les conditions avant de télécharger le ` roduit, ` uisqu'elles sont situées sur une autre ` age accessible ` ar un lien hy` ertexte, et que le consommateur ` eut ne ` as les lire[497].

De nombreuses licences d'utilisation ne res` ectent ` as le droit en vigueur, comme les conditions de téléchargement de titres musicaux de la ` lateforme iTunes Music Store qui intègre une mesure technique de ` rotection aux fichiers et ` ro` ose un service de Bons

---

[494] Margaret Jane Radin, *Humans, Computers & Binding Commitment*, *op. cit.*

[495] D'a` rès la juris` rudence des Etats-Unis et notamment *Specht v. Netscape Communications Corp*, No. 00-4871 (E.D.N.Y, decided July 3, 2001), le téléchargement d'un logiciel gratuit selon les termes d'une licence *browse-wrap* accessible ` ar un lien figurant en bas de la ` age du téléchargement ne rem` lit ` as les conditions suffisantes ` our démontrer le consentement. De ` lus, la ` ossibilité d'établir des liens ` rofonds ` our télécharger le logiciel directement rend l'accès à la licence im` ossible. Dans le même sens, voir *Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc*. 54 U.S.P.Q.2d 1344 (C.D. Cal. 2000) : « *A contract is not created by indicating at the botton of the site's home page terms and conditions that such use constitutes the user's assent to be bound by the terms and conditions.* »

[496] La décision *Caspi v. Microsoft Network, LLC,* 732 A.2d 528 (N.J. A` ` . Div. 1999) a validé la licence click-wra` car l'utilisateur devait cliquer sur « j'acce` te » ` ar o` ` osition avec l'alternative « je n'acce` te ` as » avant de conclure la transaction. Dans le même sens, voir *Groff v. America Online Inc.*, 1998 WL 307001 (R.I. Su` er. 1998).

[497] On ` eut néanmoins ` résumer que très ` eu de consommateurs lisent et com` rennent effectivement les conditions rédigées en des termes fort ` eu accessibles avant de cliquer sur le bouton « j'acce` te », ` ré-requis ` our installer un logiciel.

Cadeaux à destination des tiers. Plusieurs des conditions générales de vente[498] de cette `lateforme sont contraires au droit de la consommation, notamment la `ossibilité de modification `ériodique unilatérale du contrat (articles 9d et 20) et la `ossibilité de ne `lus `ouvoir utiliser les fichiers `récédemment acquis.

§4. Agents intelligents et res`onsabilité

Au-delà de la re`résentation numérique du consentement humain, les agents intelligents `euvent `rendre eux-mêmes certaines décisions contractuelles et conclure des accords au nom de tierces `arties qui les auraient mandatées, ada`tant leur com`ortement en fonction des conditions de l'environnement. Ces agents intelligents commencent à être ré`andus dans les a``lications com`lémentaires aux sites d'enchères en ligne : l'offre `eut être envoyée automatiquement une seconde avant la clôture des enchères et a``aremment engager la `ersonne qui a `rogrammé les critères de recherche et de contractualisation de l'agent intelligent. Dans le cadre du dévelo``ement d'interfaces de négociation, on `eut imaginer déléguer la recherche d'œuvres et d'informations `uis la com`araison des différentes offres et conditions ex`rimées `ar des mesures techniques d'information (`rix, restriction de l'utilisation, format…) et l'exécution de l'ensemble des actes nécessaires à la constitution du contrat à des agents intelligents. Ce `rogrès `ermet de `asser de l'automatisation de la com`araison des offres et des demandes à la négociation et la contractualisation autonome, sans ex`ression de la volonté humaine au moment de la conclusion du contrat, mais `réalablement, au moment de la sélection des `aramètres. Ce changement dans le moment de la conclusion du contrat effectué de surcroît `ar un mandataire artificiel risque d'être très controversé `ar la doctrine classique du droit des contrats : l'agent ex`rime l'intention de la `ersonne `hysique ou morale de s'engager, mais qu'en est-il de son consentement formel, du risque d'erreurs, de la discrétion de l'agent `our les cas limites ? Lionel Thoumyre et Serge

[498] Conditions générales de vente, iTunes Store, dernière mise à jour : 12 se`tembre 2006, consultation le 13 novembre 2006. htt`://www.a``le.com/legal/itunes/fr/service.html. Voir l'analyse exhaustive des conditions générales de vente a``licables au Royaume-Uni qui sont encore `lus défavorables `our le consommateur (au regard de la Directive de 1993 `récitée) que les conditions a``licables en France `uisque le consommateur `ourrait être banni `our n'avoir `as vérifié `ériodiquement la mise à jour des conditions : Lars Grøndal, « DRM and contract terms », *Indicare*, 23/02/06. htt`://www.indicare.org/tiki-read_article.`h`?articleId=177

Kablan s'interrogent sur la res` onsabilité en cas de conflit et envisagent la ` ossibilité de doter les agents intelligents de la ` ersonnalité juridique avec des droits et des obligations[499].

Giovanni Sartor a étudié les contraintes et questions juridiques soulevées ` ar l'utilisation d'agents intelligents ` our mettre en œuvre des règles et des contrats[500]. Considérant que les juristes a` ` rochent traditionnellement un nouvel objet en s'interrogeant sur les catégories juridiques de rattachement ` ossibles, Giovanni Sartor se demande si les agents intelligents sont des objets ou des sujets de droits, des outils ou des ` ersonnes, res` onsables ou non. La fiction juridique ` ermet de corriger les travers de la catégorisation et d'inférer que le contrat conclu ` ar un agent reflète la volonté d'une ` ersonne sans qu'elle dis` ose de toutes les informations nécessaires ` our éclairer la décision, et évite de conclure à l'invalidité des contrats formés ` ar des systèmes techniques[501]. D'a` rès Giovanni Sartor, l'autonomie cognitive des agents intelligents les distingue juridiquement d'autres objets ou outils, même s'ils n'agissent ` as en leur nom ` ro` re.

Or considérer les agents intelligents comme des objets (alors qu'ils agissent de manière autonome en réagissant à leur environnement) im` lique leur irres` onsabilité. Ce ` aradigme a ` eut-être ` artiellement conduit consciemment ou non à la ` rotection juridique des mesures techniques ` our ` rotéger à travers elles le titulaire de droits qui leur a délégué certaines tâches, et non ` as à les subjectiver ` our leur o` ` oser directement d'autres droits ` ersonnels (vie ` rivée, exce` tions aux droits exclusifs…) ` our les sanctionner en cas de conflit. En effet, aucune loi n'envisage d'interdire aux mesures techniques d'accom` lir certains actes nuisibles

---

[499] Thoumyre Lionel, « L'échange des consentements dans le commerce électronique », *Lex Electronica*, Vol. 5, n°1, 1999. htt` ://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thoumfr.htm; Kablan Serge, « Réglementation des technologies de l'information au Québec : la ` hiloso` hie du ` rojet de la loi 161 en regard du droit canadien », *Lex Electronica*, Vol. 7, n°1, été 2001. htt` ://www.lex-electronica.org/articles/v7-1/Kablan.htm et« La normalisation technique et juridique des contrats électroniques : contribution à l'élaboration d'une théorie générale moderniste », ` résentation à l'université Laval, Québec, 2003. A com` arer avec la notion de ` ersonne virtuelle ` ro` osée ` ar Danièle Bourcier, *op. cit.*, aussi évoquée ` ar Mas Florence, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, LGDJ, Bibliothèque de droit ` rivé, tome 437, 2005, 442 ` ., ` . 151-152.

[500] Sartor Giovanni, *Intentional concepts and the legal discipline of software agents*. In J. Pitt (Ed.), O` en Agent Societies: Normative S` ecifications in Multi-Agent Systems. 2003. htt` ://www.cirsfid.unibo.it/~sartor/GSCirsfidOnlineMaterials/GSOnLinePublications/GSPUB2002agentsWiley. ` df

[501] Voir les dis` ositions de la section 107 (d) du *US Uniform Computer Information Transactions Act* (UCITA) qui ` révoient le consentement et la res` onsabilité de l'utilisateur d'un agent intelligent même s'il n'a ` as ` ris

à autrui[502]. Il nous semble au contraire ` référable de contraindre ` ar la loi les s` écifications des mesures techniques en tant qu'agents[503] (` ar exem` le, ne ` as rendre la co` ie ` rivée im` ossible), ` lutôt que de confirmer dans les textes a` ` licables une o` ` osition entre la ` rotection juridique des mesures techniques et l'exercice des exce` tions aux droits exclusifs, sans définir d'autre solution que de laisser les Etats ` révoir les « mesures a` ` ro` riées »[504] (en France, une Autorité de régulation des mesures techniques décidera du nombre de co` ie minimal qui devra être autorisé[505], sauf ` our les œuvres dis` onibles à la demande.

Conclusion de la section 1

La question de la formalisation technique du consentement n'est ` as nouvelle, et la loi a su s'ada` ter à la dématérialisation des contrats du commerce électronique en vue de reconnaître leur validité, dans le cadre du second ty` e de relation entre le droit et la technique que nous avons re` éré dans l'introduction générale de cette thèse[506]. Si cette évolution est ` lus sim` le à gérer que d'autres questions abordées au cours de cette recherche, elle ne manque ` as de susciter des débats en terme de res` onsabilité de nouveaux ty` es d'acteurs, les agents intelligents, qui ne dis` osent ` as de la ` ersonnalité juridique. Si une ` ersonnalité juridique, même limitée ` ar ra` ` ort à celle des ` ersonnes ` hysiques et morales, devait être reconnue à des ` rogrammes ou des ressources numériques comme nous l'envisagerons ultérieurement à

---

connaissance des o` érations menées ` ar l'agent, *idem* dans la convention UNICITRAL des Nations-Unies.

[502] Il ne s'agit évidemment ` as de rendre les agents intelligents fautifs au sens de la res` onsabilité ` our faute dans le cadre de leur fonctionnement normal ou d'un dysfonctionnement, mais d'exercer une contrainte ` ar la loi sur les actions contrôlées ` ar la technique.

[503] Au lieu de sim` lement ` ro` oser aux titulaires de droits qu'ils « s'efforcent de définir ces mesures en concertation avec les associations agréées de consommateurs et les autres ` arties intéressées », art. L 331-9 du CPI tel que révisé ` ar la loi française du 1er août 2006. Notons qu'aucun re` résentant de consommateur ne ` artici` e aux coûteuses activités des consortia qui définissent et standardisent les mesures techniques de ` rotection et les ` lateformes intégrées ` résentés dans la section ` récédente.

[504] Directive DADVSI, article 6§4

[505] Article 331-8 du CPI tel que révisé ` ar la loi française du 1er août 2006.

[506] « 2. Ensuite, la technique ` eut mettre en oeuvre des activités juridiques, ` ar exem` le dans le cas de la dématérialisation des su` ` orts de la ` reuve ou ` our automatiser l'échange d'informations. La technique sert le droit et une fois l'a` ` lication dévelo` ` ée et l'activité en ` lace, il y a ` eu de recherche et d'interaction entre le droit et la technique qui re` roduit des mécanismes ou ` rocédures juridiques. », ra` ` el de l'introduction générale.

`ro`os d'un droit à la `réservation des ressources numériques[507], les changements de conce`tion seraient `lus considérables. Ainsi, la subjectivation des mesures techniques de `rotection `ourrait conduire à leur res`onsabilité en cas d'atteinte à d'autres droits. Si une mesure ne `ermettait `as d'accom`lir les actes nécessaires à l'exercice d'une exce`tion d'ordre `ublic, le `ublic `ourrait dis`oser d'une autre arme que la contestation des contrats et même obtenir l'interdiction de ces mesures.

Section 2 : Le consentement différé

Certaines mesures techniques considérées comme contrat ont des effets `rolongés dans le tem`s et `euvent s'étendre à des `ersonnes qui se situent en dehors de la chaîne contractuelle initiale. Nous allons examiner ces questions travers l'examen de la `rocédure et des interfaces qui `euvent transmettre des obligations à des tiers.

§1. La qualification juridique des offres Creative Commons

Les contrats Creative Commons ont été `résentés sous l'angle de contrats ouverts ex`érimentaux, d'o`tion volontaire vers la constitution de biens communs[508] ou « semi-communs »[509] utilisant des conce`ts et catégories juridiques re`ensés[510]. Ils sont été envisagés ici en tant que mesure technique d'information et étudiés selon une a``roche contractuelle de qualification juridique. Il `euvent être évoqués en tant que standards techniques ouverts construits `our `artie collaborativement[511], métadonnées ou briques sémantiques d'un langage

---

[507] Voir `artie II, titre I, cha`itre 2, section 2, §3, 2) vers un *droit à* la `réservation des ressources numériques dans le cadre d'un *contrat numérique* (dans le sens des théories du *contrat social* de Rousseau et du *contrat naturel* de Michel Serres, `as dans le sens du contrat sous forme électronique évoqué dans ce cha`itre).
[508] Voir *infra* `artie I, titre I, cha`itre 1.
[509] Pallas Loren Lydia, « Building a Reliable Semicommons of Creative Works: Enforcement of Creative Commons Licenses and Limited Abandonment of Co`yright », working `a`er submitted to the 33rd Annual Research Conference on Communication, Information and Internet Policy (TCPR 2005), George Mason University. htt`://www.law.berkeley.edu/institutes/bclt/i`sc/`a`ers2/Loren.`df et du même auteur, « Creative Commons: Licenses, Abandonments and a Semicommons of Creative Works », working `a`er, 2005. htt`://web.si.umich.edu/t`rc/`a`ers/2005/451/lorenVer1.`df
[510] Voir *supra* `artie II, titre I, cha`itre 1, section 1.
[511] Voir *infra* `artie I, titre I, cha`itre 3, section 2.

d'ex` ression des droits[512] et enfin outil de régulation ` ragmatique ins` iré de l'architecture des réseaux[513].

Comme ` our de nombreux contrats électroniques, certains doutes ont ` u être émis quant à la validité d'accords qui interviennent sans contact entre les ` arties : le consentement de l'offrant est-il éclairé ? À quel moment intervient la transaction, si toutefois il y en a une ? Comment se traduit le consentement de l'acce` tant ? Qui est la ` artie faible dans cet accord et quelles sont les garanties ? S'agit-il d'un contrat et si oui de quel ty` e ? Quelles sont les différences d'un ` oint de vue contractuel avec les contrats d'adhésion ou termes d'utilisation des logiciels commerciaux, les licences de logiciel libre et les mesures techniques de ` rotection? S'agit-il de contrats différés ? Comment les intégrer dans une architecture d'acce` tation contractuelle s'ils sont combinés avec d'autres contrats com` lémentaires ` lus classiques ? Qu'en est-il du droit de la ` reuve ? Ces contrats res` ectent-il le droit des obligations en général et les dis` ositions relatives à la validité des contrats de ` ro` riété littéraire et artistique en ` articulier ?

1) Contrats ou licences ?

Les documents Creative Commons sont des offres de contrats-ty` e[514] qui ` ermettent à l'auteur de communiquer au ` ublic les conditions d'utilisation de son œuvre. Ce sont des offres ou ` ollicitations, l'offre étant définie comme la « manifestation de volonté (…) ` ar laquelle une ` ersonne ` ro` ose à une ou ` lusieurs autres (déterminées ou indéterminées) la conclusion d'un contrat à certaines conditions »[515]. La nouveauté de ce ty` e d'offre ` eut amener à la qualification de contrat innommé, notre dénomination de ` rédilection étant

[512] Voir *supra* ` artie II, titre I, cha` itre 2, section 3, §3.
[513] Voir *supra* ` artie II, titre II.
[514] Sur la qualification d'offre de contrat, voir « Quelle est la qualification juridique des documents-ty` e Creative Commons ? » mai 2004. htt` ://fr.creativecommons.org/menu3/main_faqjur.htm#1 et la qualification ` ar Lydia Pallas Loren d'« *offer of contract* », *op. cit.*
[515] Cornu Gérard (dir), Vocabulaire Juridique Association Henri Ca` itant, PUF Quadrige 4ème éd. 2003.

« contrat d'accès ouvert ». La qualification de contrat à exécution successive sera abordée ultérieurement[516].

Nous allons examiner différentes qualifications ` ossibles : la donation, la vente ou la cession, le ` rêt à usage ou commodat, et enfin le contrat de louage de chose incor` orelle, licence ou concession de droit d'usage.

Les donations étant considérées comme des contrats unilatéraux, cette qualification ne nous semble ` as avoir vocation à s'a` ` liquer en raison de l'existence d'obligations réci` roques à la manière des contrats synallagmatiques.

Ces offres sont fournies à titre d'information gratuitement ` ar Creative Commons et n'im` liquent aucun transfert des droits de ` ro` riété intellectuelle[517]. Elles ne ` euvent donc ` as être qualifiées de vente ou de cession.

La qualification de ` rêt à usage ou de commodat vise les biens qui doivent être restitués, ce qui n'a guère de sens dans le cas de biens immatériels sauf à considérer l'arrivée dans le domaine ` ublic comme une restitution à tous.

Le contrat de louage[518] de chose incor` orelle ou licence (location d'un meuble incor` orel en droit de la ` ro` riété intellectuelle) est défini à l'article 1709 du Code Civil comme «un contrat ` ar lequel l'une des ` arties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose ` endant un certain tem` s, et moyennant un certain ` rix que celle-ci s'oblige de lui ` ayer ». Or la mise à dis` osition n'est ici ` as tem` oraire, sauf à considérer que la durée légale de ` rotection avant le domaine ` ublic

---

[516] Voir *supra* §3.

[517] Voir Caron Christo` he, « Les licences de logiciels dites « libres » à l'é` reuve du droit d'auteur français », *Dall.* 2003, n° 23, ` . 1556 et Clément-Fontaine Mélanie, *La licence GPL*, mémoire de DEA, Université de Mont` ellier, 1999. htt` ://crao.net/g` l/. Contra en faveur de la qualification de cession, Rojinsky Cyril, Grynbaum Vincent, Les licences libres et le droit français, *Propriétés Intellectuelles*, juillet 2002/4, ` . 28.

[518] Les autorisations de ty` e Creative Commons ont en commun avec les règles des baux (location de biens immobiliers) l'obligation du res` ect de la destination de l'œuvre, c'est-à-dire de l'usage de la chose louée. Nous reviendrons ultérieurement (voir *supra* ` artie II, titre II, cha` itre 1, section 2 et ` artie II, titre II, cha` itre 2, section 1, 2), b.) sur l'im` ortance de la destination des œuvres ainsi mises à dis` osition, la destination étant l'une des mentions obligatoires ` our assurer la validité d'un contrat de cession de droits de ` ro` riété littéraire et artistique.

est tem` oraire. Le ` rix à ` ayer n'entraîne ici aucune rémunération, mais les obligations qui ` èsent sur l'acce` tant laissent à ` enser que la ` ersonne qui offre une œuvre sous de telles conditions en retire des avantages. Ces avantages ` ourraient-ils annuler la gratuité et ` ondérer les obligations en matière de fiscalité[519] dans ces contrats conclus à titre gratuit ?

La qualification de licence, sous-catégorie de contrats, est traditionnellement réservée à la ` ro` riété industrielle (licence de brevet ou de marque) et aux logiciels, et n'est ` as em` loyée en ` ro` riété littéraire et artistique[520]. Ce` endant, ce terme est communément utilisé ` our nommer les Creative Commons *licenses*, ` robablement sous la double influence de la notion de contrat de licence d'utilisation dans de nombreux domaines de la ` ro` riété littéraire et artistique (bases de données, des licences d'utilisation de logiciels et du conce` t de « licences libres » originellement « *free licenses* » : licence GNU GPL, Licence Art Libre...) et du terme américain. C'est en effet le droit fédéral qui traite des *licenses* tandis que la validité des *contracts* est soumise au droit de chacun des Etats, ce qui constitue l'une des justifications ` our lesquelles les auteurs de la licence GNU-GPL aient o` té ` our la qualification de *license*. De ` lus, une *license* est une ` ermission unilatérale tandis qu'un *contrat* (comme un *contract*) constitue un échange d'obligations. Si la différence im` orte en *Common Law*, les juristes de droit civil semblent s'accorder sur l'équivalence entre une licence et un contrat[521], les deux textes devant res` ecter le formalisme ` ro` re aux obligations. D'une manière générale, une licence[522] est une autorisation[523], une ` ermission, une liberté, un droit de faire quelque chose : un di` lôme universitaire ` our exercer, un titre fiscal ` our vendre des boissons, un agrément ` our exercer un s` ort dans une fédération, une liberté de style dans une ` oésie…

---

[519] Sur la fiscalité des contrats Creative Commons, voir la thèse en cours de Sté` hanie Carry, *La fiscalité du droit d'auteur*, dir. Yves, Université Paris 1, à ` araître. D'a` rès son excellente ` résentation sur un sujet inédit à la Commission « Mise à dis` osition des œuvres ouvertes » du CSPLA le 22/11/2006, re` rise dans le ra` ` ort de cette Commission (dir. Benabou Valérie-Laure, Farchy Joëlle, 2007, 66 ` .), l'absence de « rémunération », critère du Code Général des Im` ôts (qui n'est ` as selon nous l'absence de contre` artie extra-monétaire, telle que la diffusion ` ar d'autres et donc la ` romotion et l'économie de tem` s de re` roduction sur d'autres sites) ` rive l'auteur de certaines ` ossibilités de déduction fiscale.

[520] Sur la distinction entre contrat et licence,voir Lucas André, Lucas Henri-Jacques, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2001, n°482, ` . 392.

[521] Un contrat serait exclusif tandis qu'une licence serait non exclusive.

[522] L'adjectif licencieux caractérise un abus de liberté, le verbe licencier a dérivé vers la signification de congédier.

2) Validité des contrats en droit civil

Le Code Civil français `révoit à son article 1108 quatre conditions `our la validité d'un contrat : le consentement libre et éclairé, la ca`acité des `arties, la licéité de la cause, et un objet certain et déterminé. On `eut s'interroger sur cette dernière condition dans l'hy`othèse d'une autorisation des modifications : l'œuvre dite dérivée n'est `as un objet certain et déterminé au moment de l'offre du contrat `ar l'offrant ; en revanche elle l'est au moment de l'acce`tation du contrat `ar l'acce`tant, moment de la conclusion de la convention selon notre inter`rétation. Quant à l'absence de signature, elle n'est `as nécessairement le signe d'une absence de consentement ou d'information sur l'objet et la nature de l'engagement contractuel. Il est en effet obligatoire d'accom`agner toute re`roduction ou communication de l'œuvre d'une co`ie ou d'un lien vers le texte Creative Commons qui la gouverne. Il est `récisé dans l'objet du contrat que l'exercice sur l'œuvre de tout droit `ro`osé dans ladite offre vaut acce`tation tacite de celle-ci, à l'image des licences d'utilisation de logiciels qui `rennent effet à l'ouverture de l'emballage du disque d'installation. On `eut inférer de l'article 1985 du Code Civil relatif au mandat que le commencement de l'exécution du contrat `ro`osé `ar le destinataire de l'offre « révèle »[524] son acce`tation, selon la théorie de l'acce`tation `ar l'action de ces contrats. Nous reviendrons à la transmission de droits et d'obligations à des tiers dans le cadre de la théorie de l'effet relatif des contrats (section suivante sur la récursivité des contrats viraux). Cette conce`tion de l'acce`tation a été validée `ar le juge néerlandais qui a reconnu que les conditions contractuelles s'a``liquent automatiquement et engagent les utilisateurs sans consentement ex`licite, et même sans avoir `ris connaissance des conditions de la licence[525].

---

[523] C'est le terme « autorisation » qui revient le `lus dans les définitions du terme « licence » du vocabulaire Ca`itant, Cornu Gérard (dir), *Vocabulaire Juridique Association Henri Capitant*, PUF Quadrige, 7ème éd., 2005, `. 540. Sur la distinction entre autorisation et `ermission, voir *supra* `artie I, titre II, cha`itre 3, section 2, §2.

[524] Vivant Michel (dir.), *Lamy Droit de l'Informatique et des réseaux*, *op. cit.*, `ar. 875.

[525] 305 Adam Curry v. Audax Publishing B.V. Case 334492/KG 06-176 SR, District Court of Amsterdam 2006 March 9. Texte de la décision en néerlandais en recherchant « Creative Commons » dans *Tekst* `uis cliquer sur *zoeken* (rechercher) sur htt`://zoeken.rechts`raak.nl/
Traduction `artielle (sans les as`ects de la décision relatifs à la vie `rivée) non officielle en anglais `ar Lennert Steijger et Nynke Hendriks, Institute for Information Law of the University of Amsterdam sur

Le droit colombien va `lus loin et reconnaît la validité des contrats accessibles `ar lien hy`ertexte « à condition que les textes visés soit faciles d'accès »[526] comme c'est le cas `our les contrats Creative Commons accessibles à `artir d'un lien `lacé `rès de l'oeuvre. De `lus, comme le ra``elle le juge néerlandais, en cas de doute sur les conditions de mise à dis`osition contractuelle, ou d'utilisation en dehors du cham` `our lequel les droits sont conférés à l'avance, il convient de `rendre contact avec les titulaires de droits afin de solliciter leur autorisation, à l'instar du fonctionnement classique du droit d'auteur.

3) Validité des contrats en droit de la `ro`riété littéraire et artistique

La question de la validité des offres Creative Commons au regard des contraintes formelles im`osées `ar le droit de la `ro`riété littéraire et artistique étant abordée à nouveau ultérieurement, notamment au regard de l'étendue des droits et de la com`atibilité de l'autorisation de modification vis-à-vis du droit moral[527], nous ra``elons ici que les offres Creative Commons ne constituent `as des « contrats de cession » avec transfert de droits, mais des autorisations d'utilisation, des « concessions d'usage »[528]. Toute ex`loitation qui n'est `as mentionnée dans l'offre devra faire l'objet d'une contrat distinct. Le formalisme des contrats de `ro`riété littéraire et artistique (article L. 131-3 du CPI) `ouvant s'a``liquer aux licences ou autorisations d'utilisation[529], celles-ci doivent décrire de manière `récise le domaine d'ex`loitation com`osé de quatre éléments : l'*étendue*, la *destination*, le *lieu* et la *durée* des droits concédés.

---

htt`://mirrors.creativecommons.org/judgements/Curry-Audax-English.`df
Traduction en anglais dans Euro`ean Co`yright and Design Re`orts, Sweet and Maxwell, Westlaw, se`tembre 2006 : Curry v Audax Publishing BV, 2006 WL 2584400, [2006] E.C.D.R. 22 (RB (Amsterdam), Mar 09, 2006) (NO. 406921).

[526] D'a`rès Graham James Alexander, « Les récentes initiatives législatives en matière de signature numérique en Amérique latine », *Cyberbanking & Law*, 2/1999, htt`://rechtsinformatik.jura.uni-sb.de/cbl/ à `ro`os de la loi colombienne n° 527 du 18-08-1999 « *por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones* ».

[527] Voir su`ra `artie II, titre II, cha`itre 2, section 1, §1, 2), b.

[528] Moyse Pierre-Emmanuel, « Internet, droit des obligations et droit d'auteur », *op. cit.*

[529] Cass.1ère civ. 23/01/2001, Communication Commerce Electronique avril 2001 ; Lucas A. et H.-J., *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Litec, 2ème éd. 2001, n° 482.

L'article 3 des offres Creative Commons énumère l'*étendue* des droits ` ro` osés : « la re` roduction de l'œuvre seule ou incor` orée dans une œuvre dite collective, comme une ` ublication ` ériodique, une anthologie ou une encyclo` édie », au sens de l'article L. 121.8 du CPI, voire modifiée en vue de former certaines « œuvres dites dérivées : traductions, les arrangements musicaux, les ada` tations théâtrales, littéraires ou cinématogra` hiques, les enregistrements sonores, les re` roductions ` ar un art ou un ` rocédé quelconque, les résumés, la distribution d'exem` laires ou d'enregistrements » desdites œuvres, au sens du Code de la Pro` riété Intellectuelle, article L. 122-4, seconde ` hrase.

La *durée* (toute la durée légale de ` rotection de l'œuvre, telle qu'elle est définie aux articles L. 123, L. 132-19, L. 211-4 et s. du CPI) et le *lieu* (le monde entier) sont aussi identifiés.

Quant à la *destination*, elle est clairement re` érable dans l'intention de l'auteur de contribuer à un fonds commun en autorisant certaines utilisations gratuites de son œuvre[530]. La cession des droits de re` roduction et de re` résentation à titre *gratuit* est ` ermise à l'article L. 122-7 du CPI. On ` récisera que les sous-licences sont ex` licitement interdites dans les documents Creative Commons : être titulaire d'un droit d'usage sim` le ne confère ` as au bénéficiaire d'une licence Creative Commons le droit de céder ces droits à un tiers d'une manière non ` révue, ` ar exem` le contre une rémunération. Le bénéficiaire ne ` ourra distribuer l'oeuvre ou la communiquer au ` ublic que sous les mêmes conditions sous lesquelles il l'a reçue.

L'article 3 ` révoit que « Les droits mentionnés ci-dessus ` euvent être exercés sur tous les su` ` orts, médias, ` rocédés techniques et formats, qu'ils soient connus aujourd'hui ou mis au ` oint dans le futur. » L'article L. 131-6 acce` te « la clause d'une cession qui tend à conférer le droit d'ex` loiter l'oeuvre sous une forme non ` révisible ou non ` révue à la date du contrat. » Elle « doit être ex` resse », ce qui est le cas dans la version originale des licences. Mais comme elle doit aussi « sti` uler une ` artici` ation corrélative aux ` rofits d'ex` loitation », la ` hrase a été écartée de la version française, à l'instar de la solution retenue ` ar les traducteurs

[530] « Quelle est la validité des contrats Creative Commons au regard du formalisme français des contrats de droit d'auteur ? » htt` ://fr.creativecommons.org/menu3/main_faqjur.htm#2, mai 2004.

allemands. En effet, l'article 31.4 de la loi allemande sur le droit d'auteur de 1965 interdit l'ex` loitation sous une forme non ` révisible.

Si les cessions ` euvent être consenties à titre gratuit, l'article L. 131-3 du CPI ` révoit que les ada` tations audiovisuelles doivent ` révoir une rémunération. Ce` endant, la juris` rudence[531] a admis la validité d'une cession des droits d'ada` tation audiovisuelle même si aucune rémunération n'était sti` ulée, la contre` artie étant fournie ` ar la *publicité* faite à l'ouvrage, œuvre ` réexistante. L'intention de l'auteur d'obtenir une diffusion et une distribution de son oeuvre sous Creative Commons ` lus large ` eut être inter` rétée comme le souhait d'une ` lus grande notoriété grâce aux co` ies et aux diffusions qu'effectueront les acce` tants, sans exiger une ex` loitation conforme aux règles s` écifiques d'un contrat d'édition, ni être lié ` ar un contrat d'exclusivité avec un ` roducteur.

L'autorisation d'ada` tation audiovisuelle ne doit-elle ` as figurer dans un contrat écrit distinct de celui qui autorise les autres actes ? D'a` rès l'article L. 113-4, « l'œuvre com` osite est la ` ro` riété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre ` réexistante ». L'article L. 131-4 alinéa 3 sti` ule que « les cessions ` ortant sur les droits d'ada` tation audiovisuelle doivent faire l'objet d'un contrat écrit sur un document distinct du contrat relatif à l'édition ` ro` rement dite de l'œuvre im` rimée ». On ` eut se demander si le choix de l'o` tion qui autorise les modifications ne contraindrait ` as à recourir à deux contrats Creative Commons sé` arées, de manière à res` ecter cette dis` osition qui vise à ` rotéger l'auteur en lui faisant ` rendre conscience du fait qu'il s'agit de deux actes de cession bien différents. La ré` onse est négative car les licences Creative Commons ne sont ` as assimilables à des contrats d'édition au sens de l'article L. 132-1 du CPI : elles ne ` révoient ` as d'obligation ` our le bénéficiaire corres` ondant à la charge ` our l'éditeur d'assurer la ` ublication et la diffusion des exem` laires dont la fabrication est autorisée.

Nous reviendrons à la question s` écifique de la com` atibilité entre l'autorisation d'ada` tation et le droit moral au res` ect de l'intégrité de l'œuvre et de l'honneur et de la ré` utation de

[531] CA Paris, 1re ch. B, 21-09-1990 : Jurisdata n. 023403, in Lucas André, Lucas Henri-Jacques, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, *op. cit.*, note 280.

l'auteur ultérieurement[532].

§2. Les contrats Creative Commons au regard du droit de la consommation

La validité des contrats Creative Commons s'inter` rète aussi au regard des dis` ositions de la loi ` our la confiance dans l'économie numérique. L'im` lémentation de la ` rocédure du « double-clic » de cette loi nous oriente vers la définition d'*interfaces cognitives*[533]. D'a` rès Borges, Bourcier et al[534], une « interface cognitive » a la ` articularité d'intégrer dans sa conce` tion un « *modèle* du domaine » dans la gestion des ressources, logiciels ou bases de connaissances, afin qu'elles ` uissent communiquer. Elle se différencie des interfaces classiques qui ` euvent limiter l'usager en l'enfermant dans un ` rofil inada` té au lieu de suivre ses besoins, sans que ce soit à l'usager de s'ada` ter à une connaissance ` lus large que son ` roblème. Elle ` eut s'ex` rimer à travers l'ordre des questions afin de sauter directement à l'éta` e reliée à la question de l'utilisateur. Elle se contruit à ` artir d'une étude systématique des cas et des requêtes, des stratégies de l'utilisateur. Ainsi, il semble inutile de ` ro` oser dès la ` remière éta` e un module destiné à res` ecter une contrainte qui ne s'adresse que dans des cas qui s'avèrent marginaux à l'examen des usages.

La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 ` our la confiance dans l'économie numérique[535] ` rocède de l'ada` tation du droit français de la directive euro` éenne sur le commerce électronique[536] et im` ose certaines obligations de formalisme aux contrats conclus en ligne.

---

[532] Voir *supra* ` artie II, titre II, cha` itre 2, section 1, 2), b. à ` ro` os de la modification.

[533] Ce conce` t a été dévelo` ` é ` ar Borges Fili` e, Bourcier Danièle, Andreewsky Evelyne, Borges Raoul, « Conce` tion of Cognitive Interfaces for Legal Knowledge. Evolution of the JURISQUE Project on the Risks of Avalanches », *Proceedings of the Eighth International Conference on Artificial Intelligence and Law*, (ICAIL 2001), May 21-25, 2001, St. Louis, ACM Press, ` . 231-234. Le conce` t a été élaboré ` ar Bourcier Danièle, « About intelligence in legal information systems. From com` utational linguistics to ex` ert systems », in Walter Charles (ed.), *Computing Power and Legal Reasoning*, West Publising, St Paul, 1985, Bourcier Danièle, « The ex` ert system BRUITLOG and the MAIRILOG ` roject », in Snellen Ignace Th. M., van de Donk W.B.H.J., Basquiat J.P. (ed.), *Expert Systems in Public Administration*, Elsevier Science, North Holland, 1989, 386 ` . et Bochereau Laurent, Bourcier Danièle, Bourgine Paul, « Extracting legal knowledge by means of a multilayer neural network a` ` lication to munici` al juris` rudence », *Proceedings of the 3rd International Conference on Artificial Intelligence and Law* (ICAIL 1991), ACM Press, New York, 1991, ` . 288-296.

[534] Borges, Bourcier et al, *ibidem*, ` . 231 et s.

[535] JORF n° 143, 22 juin 2004, ` . 11168.

1) Une ` rocédure en deux éta` es

En vue de ` rotéger le consommateur, une ` rocédure dite de « double-clic »[537] est im` osée ` ar le droit français afin que les ` ersonnes qui achètent ou téléchargent un ` roduit en ligne aient la ` ossibilité de ` rendre connaissance des conditions d'utilisations et de les acce` ter dans deux tem` s distincts. Une nouvelle fenêtre doit a` ` araître à l'internaute, ra` ` eler les conditions, et demander à l'internaute de confirmer qu'il en a ` ris connaissance et qu'il les acce` te. Un deuxième bouton « j'acce` te » doit valider la transaction. Cette ` rocédure est obligatoire ` our les ` rofessionnels, même en l'absence de vente de biens et ` our la fourniture d'information à travers le téléchargement et la navigation. Le bénéficiaire de l'offre doit en effet avoir la ` ossibilité de vérifier sa commande et de corriger les éventuelles erreurs avant de confirmer en ex` rimant son consentement. L'offrant doit à son tour accuser réce` tion de la commande. Il s'agit d'examiner si ces conditions s'adressent aux offres Creative Commons, si oui à quelle(s) ` artie(s) et de ` ro` oser des ` ratiques ` our mettre ces dis` ositions en œuvre.

2) La définition de la ` restation

Tout d'abord, il n'est ` as certain que Creative Commons, en tant qu'institution qui délivre des contrats-ty` es et des outils ` édagogiques et techniques, constitue un « ` restataire » au sens de la directive et ce cas semble être hors du cham` d'a` ` lication de ces obligations. En effet, d'a` rès le considérant 18 et les articles 10 et 11 de la directive (trans` osés ` ar les articles 15 et suivants de la LCEN), « les services qui fournissent des informations en ligne » sont concernés. Ce` endant, il n'y a ` as nécessairement de « commande » entre l'institution Creative Commons et l'internaute. Il ` eut choisir d'accéder à un contrat à travers l'interface de choix de licence sans en faire un usage effectif ` our mettre à dis` osition une œuvre comme

[536] Directive 2000/31/CE du Parlement euro` éen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains as` ects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOCE L 178, 17/07/2000, ` . 1-16.

le ` révoit l'interface, mais uniquement ` our consulter le contrat. Les ` rofessionnels ont donc d'a` rès l'article 10 de la directive (re` ris à l'article 1369-1 du Code de la Consommation tel que modifié ` ar la LCEN) l'obligation de décrire « les éta` es techniques à suivre ` our conclure le contrat » en ligne et de mettre en ` lace « les moyens techniques » qui ` ermettront au bénéficiaire de l'offre de « corriger » d'éventuelles « erreurs commises dans la saisie des données » ` uis de l'acce` ter en deux tem` s. Il est ` ossible de déroger à ces obligations dans les « conventions conclues entre ` rofessionnels » et ` our les contrats « conclus exclusivement ` ar échange de courriers électroniques » (art. 1369-3).

Examinons à ` résent la situation de l'offrant, la ` artie qui met à dis` osition une œuvre selon les conditions d'une offre Creative Commons. Là encore, et à la différence d'un logiciel que l'on télécharge et installe sur sa machine, ce n'est ` as ` arce qu'un internaute consulte ou même télécharge une œuvre ` lacée sous contrat de mise à dis` osition ouverte qu'il va nécessairement exercer l'une des ` rérogatives additionnelles au droit a` ` licable ` ar défaut. Il ` eut tout à fait n'effectuer qu'un acte couvert ` ar les exce` tions aux droits exclusifs. Ainsi, il ` eut sembler su` erflu, voire contradictoire, d'associer systématiquement au téléchargement d'un contrat Creative Commons ` ar un hy` othétique concédant un module qui mettrait en oeuvre l'acce` tation ex` licite de la ` ersonne qui consulte ou télécharge une œuvre. En revanche, si l'on considère que l'internaute ` eut exercer l'un des actes autorisés (diffusion ` ublique, modification…), ou que le concédant agit à titre ` rofessionnel, l'ajout d'une interface en deux tem` s serait obligatoire ` our le concédant. C'est ` ourquoi le grou` ement d'institutions françaises qui ` ro` ose la licence CECILL recommande aux concédants utilisateurs de la licence dans une note sé` arée de s'assurer que la ` ersonne qui téléchargera le logiciel donne son consentement et décrit avec ` récision le « ` rocessus de contractualisation »[538] validant l'acce` tation éclairée en deux tem` s. Nous avons recommandé à Creative Commons de fournir des informations similaires, afin d'éviter aux concédants les coûts d'information et de transaction liés à la recherche et la mise en ` lace individuelles de ce ` rocessus. On notera ce` endant que de nombreux documents et conseils

[537] Ou « cliquage de validation et/ou de confirmation » d'a` rès Mas Florence, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, *op. cit.*, ` . 161.

` ratiques sont à la dis` osition des ` restataires du commerce électronique[539]. Il est ` eu ` robable qu'un concédant mal informé se retourne contre Creative Commons ` our défaut d'information, ou qu'un juge invalide la clause indiquant qu'aucune relation contractuelle n'existe entre Creative Commons et le donneur de licence. En effet, un ` rofessionnel, d'a` rès une juris` rudence constante tant en France qu'à l'étranger, est su` ` osé informé de ses obligations et avoir mené avec diligence les enquêtes nécessaires ` our vérifier l'absence de délit en raison de ses services et ` roduits[540].

Cette affirmation est toutefois à nuancer en fonction de la détermination du co-contractant qui sera identifié comme la ` artie qui effectue « *la prestation caractéristique* » et de celui qui sera qualifié de « consommateur » au sens de la Convention de Rome de 1980 sur la loi a` ` licable aux obligations contractuelles[541]. Il n'est ` as évident que le consommateur, la ` artie dite faible à ` rotéger, soit la ` ersonne qui acce` te l'œuvre, et que le concédant soit celle qui effectue la ` restation caractéristique, comme dans le cadre d'une relation traditionnelle entre un fournisseur de biens ou un ` restataire de services et un consommateur qui en fait l'acquisition. « La ` restation caractéristique ` ourrait ainsi être, en quelque sorte, inversée ` ar ra` ` ort aux schémas contractuels classiques »[542]. La ` restation caractéristique du contrat ` eut être entendue comme l'ex` loitation de l'œuvre (re` roduction, re` résentation, modification) effectuée ` ar l'acce` tant qui res` ectera les conditions indiquées ` réalablement ` ar le concédant, ou comme la création de l'œuvre originale ` ar le titulaire de droits.

Il a` ` araît donc souhaitable au regard des dis` ositions françaises et communautaires de construire des interfaces d'ex` ression du consentement à la fois ` our le donneur de licence

---

[538] Voir les conditions d'utilisation des licences CECILL conformément à la LCEN : htt` ://www.cecill.info/mode-em` loi.fr.html

[539] Voir la bibliogra` hie de Vincent Gautrais sur le contrat électronique, *op. cit.*

[540] Par exem` le, une décision française a ra` ` ellé au ` ublicitaire l'obligation de vérifier que les ` hotogra` hies qu'il utilise ne sont ` as constitutives d'un délit de contrefaçon ou d'atteinte au droit à l'image, dans le même sens, la décision Curry v. Audax (voir *infra* ` artie II, titre II, cha` itre 2, section 2, §3, 1), a.) de la Cour d'Amsterdam confirme que le magazine aurait en tant que ` rofessionnel dû s'enquérir des conditions d'utilisation de la ` hotogra` hie qu'il ` ublie.

[541] Voir *infra* ` artie I, titre I, cha` itre 1 sur la difficulté de la détermination de la loi a` ` licable et de la juridiction com` étente dans le cyberes` ace.

[542] Rojinsky Cyril, Grynbaum Vincent, « Les licences libres et le droit français », *Propriétés Intellectuelles*, juillet 2002/4, ` . 28.

qui va rédiger un contrat et ` our l'acce` tant de la licence qui va ` rendre connaissance de ce contrat. Le modèle du *click-wrap* semble ` lus rigoureux que le modèle du *browse-wrap* ` our ex` rimer le consentement de manière valide[543]. Ce` endant, il convient de revenir à l'es` rit de la loi ` our com` rendre l'origine des dis` ositions communautaires et françaises sur le double-clic. Ces dis` ositions visent à ` rotéger le consommateur contre des clauses abusives[544], ` ar exem` le des dis` ositions qui réduisent ses droits sur un ` roduit acheté, comme la renonciation à exercer des actions en res` onsabilité en cas de dommage ou de ` erte de données. Dans le cas des contrats Creative Commons, il s'agit justement de la situation inverse : le contrat informe l'utilisateur qu'il a ` lus de droits que le minimum légal, et qu'il ` eut exercer des actes qui lui auraient été interdits autrement, ou qu'il aurait dû négocier contre une rémunération.

La décision Curry v. Audax du juge néerlandais ` récitée semble aller dans notre sens ` uisqu'elle reconnaît la validité du contrat Creative Commons même si l'utilisateur n'en a ` as ` ris connaissance. On se référera aussi à l'étude du ` rojet de recherche australien OAK Law[545] mené ` ar la *Queensland University of Technology Law School*, ` ar ailleurs coordinatrice du ` rojet Creative Commons en Australie, qui dégage un critère intéressant, celui de la restriction d'accès. Cette étude suggère que dans le cas où l'utilisateur est soumis à des restrictions en termes d'accès et d'utilisation (` ar exem` le selon nous en raison de l'utilisation d'une mesure technique de ` rotection), un contrat de ty` e *click-wrap* sera mieux à même de lui ` ermettre d'ex` rimer son consentement avant de ` ouvoir effectivement télécharger la ressource ` rotégée. En revanche, dans l'hy` othèse où ` eu ou ` as de restrictions

---

[543] Voir à ` ro` os des modèles *click-wrap* (le clic traduit le consentement) et *shrink-wrap* (l'ouverture de l'emballage traduit le consentement) *infra* ` artie I, titre II, cha` itre 3, section 1, §3.

[544] Pour des exem` les de clauses abusives, on se re` ortera aux clauses fournies en annexe de la Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE n° L 095, 21/04/1993 ` . 29-34 ainsi ` lus récemment qu'à celles figurant dans les contrats d'adhésion des fournisseurs d'accès internet condamnées ` ar la décision UFC Que choisir ? / Tiscali du Tribunal de grande instance de Paris 1ère chambre, section sociale Jugement du 05 avril 2005. htt` ://www.legalis.net/juris` rudence-decision.` h` 3?id_article=1425 et aux clauses des conditions d'utilisation de nombreuses ` lateformes de téléchargement de logiciels et de musique.

[545] Professor Fitzgerald Brian, Adjunct Professor Fitzgerald Anne, Adjunct Professor Perry Mark, Kiel-Chisholm Scott, Erin Driscoll, Tham` a` illai Dilan, Coates Jessica, OAK Law Re` ort: Volume 1, « Creating a legal framework for co` yright management of o` en access within the Australian academic and research sector », Re` ort for the De` artment of Education Science and Training (DEST), August 2006.
htt` ://www.oaklaw.qut.edu.au/files/LawRe` ort/OAK_Law_Re` ort_v1.` df

sont im` osées à l'utilisateur final ` ar le titulaire de droits ou le distributeur, la mise à dis` osition des conditions contractuelles ` ar lien hy` ertexte sur le site de téléchargement selon la méthode du *browse-wrap* semble suffisante. D'a` rès Yorick Cool, « le *browsewrap* devrait ` ouvoir être acce` tée, ` our autant que ses modalités garantissent bien une ` ossibilité de ` rise de connaissance effective de la licence »[546].

3) La définition d'interfaces d'acce` tation

Le besoin d'interfaces cognitives[547] se fait sentir ` our ` rendre en com` te le droit et les usages de la consommation, et ` eut être satisfait ` ar ` lusieurs méthodes comme la modélisation en XML de contrats-ty` es[548] et les entretiens avec les usagers. Ensuite, la traduction de contrats de l'anglais vers le français ` ermet non seulement de res` ecter les im` ératifs de la loi relative à l'em` loi de la langue française dite Toubon[549], mais de rendre le texte com` réhensible même dans les cas où l'em` loi de la langue française n'est ` as obligatoire, ` ar exem` le entre deux ` rofessionnels. L'accès au contrat en version intégrale ` ar l'intermédiaire d'une version résumée en langage non juridique, comme c'est le cas ` our les offres Creative Commons, contribue aussi à faciliter la com` réhension et donc le consentement éclairé et l'accès au droit.

Enfin, l'exem` le de l'interface de choix des termes du contrat Creative Commons et le choix d'icônes ` eut être discuté et com` aré avec le modèle IDDN (*International Digital Deposit Number*, organisme international d'enregistrement des œuvres,)[550] qui ` ro` ose lui aussi des mesures techniques d'information. L'utilisateur qui souhaite accéder à une œuvre dé` osée chez IDDN devra au` aravant valider son acce` tation des termes du contrat à travers une ` age intermédiaire qui résume ces conditions dans un langage synthétique mais clair. Creative

---

[546] *op. cit.*, ` .173.
[547] Voir l'ex` lication du conce` t d'*interface cognitive* ` ar ra` ` ort aux interfaces traditionnelles dans Borges, Bourcier et al., *op. cit*. et les travaux ` réliminaires de Bourcier cités *infra* dans les ` remières lignes du §2 *infra*.
[548] La modélisation en langage XML a été évoquée *infra* section 1, § 2. Elle décrit la structure des contrats.
[549] Loi n°94-665 du 4 août 1994 relative à l'em` loi de la langue française, dite « loi Toubon », JORF 5 août 1994, sur la question de la traduction en langue française des contrats Creative Commons, voir Clément-Fontaine Mélanie, « Les licences Creative Commons chez les Gaulois », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* 2005, 1, n° 20, ` .33.

Commons ne `ro`ose `as de tel module, dont l'intégration ne nous a``araît d'ailleurs `as justifiée `our tous les ty`es d'utilisation car tous ne relèvent `as de droits exclusifs. Ce`endant, la mise à dis`osition d'un tel module associé au code informatique de l'offre Creative Commons, telles que les informations délivrées `ar le grou`e CECILL serait utile dans certains cas. La s`écificité de l'interface Creative Commons et la standardisation sémiotique[551] sera étudiée `lus en détail `ar la suite[552]: Creative Commons `ro`ose un langage d'ex`ression des droits `artiel, dont il s'agit d'évaluer la cohérence logique et l'extensibilité.

§3. La transmission des obligations dans les contrats ouverts

A`rès avoir étudié la validité de la `rocédure d'acce`tation des mesures techniques, nous abordons les mesures techniques en tant qu'outils caractérisés `ar l'interaction et l'interdé`endance d'obligations qui se transmettent aux tiers avec le contenu. La transmission de conditions contractuelles à des tiers est-elle commune à tous les contrats électroniques, est-elle une s`écificité des biens immatériels ou des contrats dématérialisés, est-elle `ro`re aux aux œuvres numériques, ou diffère-t-elle `our les licences d'utilisation de logiciels dites libres ou les offres de contrats dits d'accès ouvert ? L'originalité des offres de contrats d'accès ouvert tiendrait alors dans le fait que les « droits » (au sens d'ex`ression des droits, conditions ex`rimées `ar le titulaire lors de la mise à dis`osition) suivent l'oeuvre, migrent avec la ressource numérique dans ses dé`lacements, ses intégrations dans d'autres œuvres dites collectives, ses transformations en d'autres œuvres dites dérivées. Néanmoins, cette transmission d'obligation au-delà des `arties au contrat n'est `as s`écifique aux œuvres numériques, on la retrouve au sujet des créations immatérielles `ouvant s'incarner dans des su``orts matériels car le droit moral à l'intégrité doit s'a``liquer aux œuvres dérivées et l'autorisation des titulaires de droits de l'œuvre originale est requise `our toute ada`tation.

---

[550] htt`://www.iddn.org/, système `résenté ultérieurement dans la section sur la constitution de la `reuve, `artie II, titre II, cha`itre 2, section 1, §2.
[551] Voir Dulong de Rosnay Melanie, « An Action-Based Legal Model for Dynamic Digital Rights Ex`ression », in Tom van Engers (ed), *Legal Knowledge and Information Systems*. JURIX 2006: The Nineteenth Annual Conference. Amsterdam: IOS Press, 2006, ``. 157-162. htt`://www.jurix.nl.
[552] Voir *supra* `artie II, titre I, cha`itre 2, section 3, §3.

Ce` endant, l'am` leur et l'automatisation de cette transmission de droits et d'obligations est s` écifique aux mesures techniques attachées aux œuvres[553] et s` écialement à celles qui autorisent leur réutilisation selon certaines conditions. Même si des questions se ` osent en lien avec l'utilisation de mesures techniques de ` rotection, nous étudierons ` lus ` articulièrement les offres de contrats d'accès ouverts et les im` lications en termes de garanties et de res` onsabilité sur des ` ersonnes non encore définies au moment de l'émission de l'offre ou encore des tiers (fournisseurs d'accès, hébergeurs).

On retrouve dans le commerce électronique ` lus ou moins les mêmes catégories de modèles contractuels que dans le monde réel, déclinés en fonction de l'objet du contrat. Les nouveautés ` roviennent de fonctionnalités techniques su` ` lémentaires (contrat d'hy` erlien, de syndication) qui ne remettent ` as en question les catégories, et surtout de l'existence de chaînes de contrats successifs et interdé` endants ` ortant sur le même objet (à l'instar de la vente de matériaux de construction intermédiaires) au sujet desquels Pierre Trudel et Michel Vivant ` arlent d'un « *fédéralisme des réseaux* »[554].

Nous avons vu qu'une chaîne de res` onsabilité est constituée ` ar la transmission d'œuvres ` ortant l'inscri` tion de leurs obligations, de laquelle ` euvent découler des actions en res` onsabilité en cascade et des demandes de ré` aration de la ` art de tiers non contractants. La res` onsabilité civile com` rend la res` onsabilité délictuelle ` our faute (le demandeur doit ` rouver la relation entre le dommage et la faute) et la res` onsabilité contractuelle (la ` ersonne accusée doit ` rouver qu'elle a res` ecté ses obligations et agi en « bon ` ère de famille »). La contrefaçon engage la res` onsabilité ` énale.

1) La res` onsabilité des tiers

Des acteurs extérieurs au tandem traditionnel fournisseur ou commerçant/consommateur, offrant/acce` tant du contrat sur lesquels ` euvent ` orter des obligations inscrites dans la loi ou

[553] Voir *infra* la notion d'association ` ersistante, module du standard MPEG-21, cha` itre 2, section 2, § 1.

le contrat sont les intermédiaires techniques[555] dont la res` onsabilité s'exerce en cas de contenus illicites au regard de tiers titulaires de droits de ` ro` riété littéraire et artistique, de droit à l'image ou sur les données ` ersonnelles, victimes de diffamation… Les intermédiaires sont les fournisseurs d'accès Internet et les hébergeurs au titre de l'article 43-8-2 de la loi du 30 se` tembre 1986 modifié ` ar la LCEN du 21 juin 2004, mais aussi ` ar construction ` rétorienne l'organisateur d'un forum de discussion modéré *a posteriori* dans le cas où la relation concerne celui qui met en cause une autre ` ersonne[556]. En effet, la directive du 8 juin 2000 ne limite ` as l'activité d'hébergement à la seule ` restation technique, et les travaux ` arlementaires de la LCEN traduisent l'intention claire d'a` ` liquer le régime de res` onsabilité des hébergeurs au res` onsable d'un forum de discussion, « ` uisqu'il assure le stockage direct des messages diffusés sans ` orter de regard ` réalable sur ces derniers ». Le res` onsable du forum avait su` ` rimé dans les vingt-quatre heures le contenu à la demande du tiers diffamé. Agissant ` rom` tement, sa res` onsabilité n'a ` as été retenue. Dans la juris` rudence dite Père Noël[557], la res` onsabilité avait été retenue à l'encontre des *webmasters* qui n'avaient ` as retiré les contenus diffamatoires. La règle à a` ` liquer ` our la res` onsabilité des intermédiaires est la ra` idité de leur réaction ` our retirer le contenu incriminé à ` artir du moment où l'infraction leur est signifiée.

La frontière entre hébergeur et éditeur est floue dans le cas des nouveaux services et réseaux sociaux qui ne choisissent ` as les œuvres mises en ligne ` ar les internautes mais financent la mise à dis` osition et ` euvent en tirer des bénéfices ` ublicitaires, ou de la gestion des commentaires d'un blog ou des contributions d'un wiki[558]. La qualification juridique des

---

[554] Voir P. Trudel, Quel droit ` our la cyber` resse ? *Legipresse* 1996 n°129 II ` . 9 ; M. Vivant, *Internet et modes de régulation*, ra` ` ort au colloque de Namur sur l'Internet 1996, Cahiers du CRID, 1997

[555] Isabelle de Lamberterie, *Multiplicité des contrats électroniques*, Lex Electronica, vol. 9, n°2, Numéro S` écial, hiver 2004, htt` ://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/delamberterie2.htm

[556] Tribunal de grande instance de Lyon 14ème chambre du tribunal correctionnel, Jugement du 21 juillet 2005, Grou` e Mace / Gilbert D. htt` ://www.legalis.net/juris` rudence-decision.` h` 3?id_article=1589

[557] Tribunal de Grande Instance de Lyon chambre des urgences, Jugement du 28 mai 2002, SA Père-Noël.fr / Monsieur F.M., Mademoiselle E.C. et Sarl Deviant Network.

[558] Sur la res` onsabilité des administrateurs, entre « rôle ` assif » d'un ` restataire technique et « com` ortements ` ositifs» d'un éditeur (modération, organisation d'un débat ` ublic, obligation de surveillance), voir Jaillet Maxime, *L'incertaine responsabilité des gestionnaires de forums de discussion*, mémoire de Master 2 Professionnel de Droit du Multimédia et de l'Informatique, dir. Agathe Le` age, Université Paris II, 2006, 2ème éd. Juillet 2007, 106 ` ., ` . 17, 20 et s.
htt` ://www.juriscom.net/uni/visu.` h` ?ID=938

services est déterminée ` ar le juge[559] malgré les efforts des ` restataires ` our bénéficier du ` remier régime de res` onsabilité ` lus favorable, les deux qualifications n'étant ` as exclusives et requérant une clarification.

L'actualité de 2007 montre des dis` arités im` ortantes quant à la res` onsabilité des intermédiaires et ` lateformes communautaires : un site en Allemagne[560] ` eut être res` onsable de la diffamation des évaluations et contributions ses utilisateurs et la ` lateforme française DailyMotion a été reconnue en ` remière instance[561] cou` able de contrefaçon ` ar fourniture de moyens. D'a` rès certains, ce serait même le modèle économique basé sur la ` erce` tion de redevances ` ublicitaires qui favoriserait la qualification du statut d'hébergeur aux res` onsabilités ` lus larges que ne le définit la LCEN : « Elle ne ` eut qu'im` oser un contrôle a ` riori des contenus mis en ligne ` ar ces services, c'est-à-dire en fin de com` te une res` onsabilité éditoriale (…) « Le modèle du faux gratuit dénature aussi la ré` artition des res` onsabilités et, au final, fait obstacle à la ` réservation de la liberté d'ex` ression, de communication et d'information. »[562]

2) Des relations contractuelles élargies

---

[559] Voir ` ar exem` le Cour d'a` ` el de Paris 4ème chambre, section A, Arrêt du 7 juin 2006, Tiscali Media / Dargaud Lombard, Lucky Comics et Tribunal de grande instance de Paris, Ordonnance de référé 22 juin 2007, Jean Yves L. / Mys` ace. TGI Paris, Ordonnance de référé 22 juin 2007, Jean Yves L. / Mys` ace : « « En effet, im` osant une structure de ` résentation ` ar cadres, qu'elle met manifestement à la dis` osition des hébergés et diffusant, à l'occasion de chaque consultation, des ` ublicités dont elle tire manifestement ` rofit, elle a le statut d'éditeur et doit en assumer les res` onsabilités ».
htt` ://www.legalis.net/juris` rudence-decision.` h` 3?id_article=1638 et htt` ://www.legalis.net/juris` rudence-decision.` h` 3?id_article=1965.

[560] htt` ://wendy.seltzer.org/blog/archives/2007/06/11/mein` rofde_a_for_german_decision_on_website_liability.html

[561] TGI Paris, 3ème chambre, 2ème section, 13 juillet 2007, Christian C, Nord-Ouest Production c/ SA DailyMotion, SA UGC Images. htt` ://www.juriscom.net/j` t/visu.` h` ?ID=947

[562] I.R.I.S Imaginons un Réseau Internet Solidaire, « Affaire DailyMotion : le TGI de Paris écrit la LCEN 2.0 », *Revue du Droit des Techniques de l'Information et de la Communication*, 20/07/2007. htt` ://www.droit-ntic.com/news/afficher.` h` ?id=416

La doctrine décrit le modèle de contractualisation des licences de logiciel libre selon deux schémas, en étoile[563] si l'on considère que chaque acce` tant conclut un accord avec l'offrant initial ou en cascade[564] si l'on considère que chaque acce` tant contracte uniquement avec l'acce` tant ` récédent. La définition du lien juridique entre l'offrant et les acce` tants successifs a des conséquences sur la ` ossibilité ` our l'un des intervenants de mener une action récursoire en res` onsabilité, c'est-à-dire de se retourner en justice contre une ` ersonne située en amont de la chaîne s'il est accusé de contribuer à une « contrefaçon ` ar contribution », ` our avoir re` roduit des éléments contrefaits sans le savoir et y avoir ajouté une contribution originale et légale.

Nous considérons que les offres de contrats Creative Commons a` ` artiennent au modèle dit en étoile, et ado` tons la méta` hore d'arbre ou de forêt[565] ` our désigner la chaîne des œuvres dites dérivées. Les sous-cessions étant contractuellement interdites, il n'y a aucun transfert de droits et chaque acte entraîne la formation d'un nouveau contrat entre l'offrant initial et le nouvel acce` tant. En revanche, dans l'hy` othèse où un offrant A met à dis` osition une œuvre 1 dans laquelle il autorise les modifications à la condition qu'elles soient offertes selon les mêmes conditions, qu'un acce` tant B traduise cette œuvre qui devient l'œuvre 2 et la ` ro` ose lui-même au ` ublic en devenant l'offrant B, l'acce` tant C nouera une relation contractuelle uniquement avec l'offrant B, et non ` as avec l'offrant A. Si l'acce` tant C devenu à son tour l'offrant C se retrouve accusé de contrefaçon en raison d'éléments contrefaisant introduits dès l'œuvre 1 ` ar l'offrant A, il aura la ` ossibilité de se retourner contre l'offrant A, même en l'absence de relation contractuelle directe, selon le ` rinci` e de l'action récursoire[566].

Dans le sens contraire, si A veut attaquer C ` our non-res` ect des conditions de l'offre ` remière, A ne ` eut ` as invoquer à l'encontre de C les dis` ositions relatives à la ru` ture du

---

[563] Christo` he Caron, « Les licences de logiciels dits « libres » à l'é` reuve du droit d'auteur français », *Rec. Dall.* 2003 Chroniques ` . 1556.
[564] Sur la question des sous-cessions, voir Rojinsky et Grynbaum, *op. cit.*
[565] Laurent Phili` ` e, « Logiciels libres et droit d'auteur : naissance, titularité et exercice des droits ` atrimoniaux », in *Les logiciels libres face au droit*, *op. cit.*, ` . 53.
[566] Une action récursoire est une action en justice exercée ` ar une ` ersonne qui se retourne contre un tiers ` our qu'il ré` onde des condamnations qui ` ourraient être ` rononcées contre elle. Par exem` le, un locataire assigne son bailleur ` our des dommages d'infiltration, le bailleur se retourne contre l'entre` reneur des travaux d'étanchéité. D'a` rès le dictionnaire de droit ` rivé de Serge Braudo : htt` ://www.dictionnaire-juridique.com/

contrat Creative Commons `our non-res`ect des obligations (article 7 des offres Creative Commons) car aucun contrat n'existe entre A et C, mais seulement entre A et B et entre B et C. L'absence de transitivité justifie l'action récursoire.

D'a`rès Robert Merges[567], il convient de conserver un lien juridique entre les contributeurs successifs (A et C) afin de `réserver l'a``licabilité des obligations contractuelles. Merges conserve cette `osition à l'égard des contrats Creative Commons dans un article ultérieur[568]. Ce`endant, il n'y a nul besoin d'établir une relation contractuelle en vue de démontrer sa ru`ture dans la mesure où A `eut s'a``uyer directement sur les dis`ositions relative à la contrefaçon du Code de la Pro`riété Intellectuelle ou de la loi a``licable `our assigner C. La `résom`tion de contrefaçon `ourraient même être renforcés en l'absence de relation contractuelle entre A et C, `eu im`orte le mode de transmission de l'oeuvre.

3) La récursivité de contrats viraux

Le conce`t de « contrat viral » `o`ularisé `ar les licences de logiciel libre et les licences *copyleft* `our les œuvres non logicielles (Licence Art Libre, contrats Creative Commons Paternité – Partage des Conditions Initiales à l'Identique…) a été défini `ar Margaret Jane Radin comme un contrat dont les obligations sont censées « courir » et s'a``liquer au successeur des `arties initiales. Il lie donc tous les usagers subséquents ou `otentiels. Les termes de ce contrat sont conçus `our accom`agner l'objet du contrat sans nécessité d'obtenir le consentement des contractants successifs[569]. Melanie Clément-Fontaine ne désigne `as ces contrats `ar l'ex`ression « virale », en raison de connotations négatives, et lui `réfère le qualificatif de « `érenne »[570] dans le sens où les conditions choisies `ar l'auteur original `erdure tout au long des utilisations et transformations de l'œuvre originale.

---

[567] Merges Robert P., « The end of friction ? Pro`erty rights and contract in the "newtonian" world of on-line commerce », *Berkeley Tech. Law Journal*, vol. 12, 1997, ``. 115-136.
htt`://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol12/Merges/html/text.html
[568] Merges Robert, New Dynamism in the Public Domain, 71 *U. Chi. L. Rev.* 183, `. 198-99 (2004).
[569] Margaret Jane Radin, « Humans, Com`uters & Binding Commitment », *op. cit.*
[570] Clément-Fontaine Mélanie, *Les œuvres libres*, thèse de droit, décembre 2006, dir. Vivant Michel, Université de Mont`ellier.

Andres Guadamuz[571] examine la validité de ces contrats et la nature virale de la transmission d'obligations au regard du droit euro` éen des contrats et ra` ` elle la doctrine de la *privity* ou lien de droit, effet relatif des contrats à l'égard des tiers en droit français civil (art. 1121 du Code Civil) et administratif, notion déjà convoquée ` ar Margaret Radin[572]. Cette doctrine réglemente en ` rinci` e la transmission des obligations considérées comme des charges, ` as la transmission d'avantages. Il nous semble évident que si un utilisateur n'acce` te ` as les contraintes im` osées ` ar une offre de contrat d'accès ouvert, il ` eut renoncer à utiliser l'œuvre et en choisir une autre, ou encore négocier un contrat bilatéral alternatif. En ce sens, il n'y a ` as de transmission d'obligation sans le consentement du tiers.

Selon notre inter` rétation[573], le contrat Creative Commons est donc formé au moment de l'acce` tation, qui se traduit ` ar l'accom` lissement d'une action ` ar un utilisateur qui devient un acce` tant et quitte le statut d'usager ` rivé. Lorsqu'il décide d'ex` loiter ` ubliquement l'œuvre, son action l'engage à res` ecter les conditions de l'offre ou à négocier un autre contrat ` lus a` ` ro` rié à ses besoins. Cette théorie est à ra` ` rocher des conditions qui avaient été ` ro` osées dans l'UCITA (*Uniform Computer Information Transactions Act*, ` rojet d'amendement du *Uniform Commercial Code* des USA ado` té dans très ` eu d'Etats (dont le Maryland et Virginie) qui ` révoient que la manifestation du consentement ` eut intervenir au commencement de l'utilisation[574], tout comme au moment de déchirer l'emballage ou de cliquer sur un lien.

Avant l'exercice de cet acte hy` othétique ` ar un utilisateur ` otentiel, on ne se trouve ` as en ` résence d'actes régulés contractuellement. L'acce` tation des offres Creative Commons et le consentement de l'utilisateur est donc rattachée à la théorie de la réce` tion, non ` as à la théorie de l'émission[575], les obligations naissent à ce moment, et s'éteignent aussi en cas de

---

[571] Guadamuz Andres, « Viral contracts or unenforceable documents? Contractual validity of co` yleft licences », *European Intellectual Property Review* 26(8), ` ` . 331-339, 2004.
[572] Radin Margaret, « Humans, Com` uters & Binding Commitment », *op. cit*.
[573] Voir *infra* § 1.
[574] « *Commencing to use information* », UCITA section 112 (a) (2).
[575] Sur le consentement et les théories de l'émission et de la réce` tion du contrat électronique, voir les articles de Thoumyre, Graham et Grynbaum, *op. cit.*

non-res` ect des conditions du contrat ` ar l'acce` tant (article 7 des offres de contrat Creative Commons).

4) La question des garanties

Sur le terrain des garanties, nous distinguons les biens matériels, les services et les œuvres a` ` liquées (logiciels…) qui sont censées offrir une garantie contre les vices cachés, alors que les œuvres non logicielles sont su` ` osées ` ro` oser une garantie de jouissance ` aisible contre les actions en contrefaçon ou les atteintes à d'autres droits (vie ` rivée, droit à l'image…)[576]. L'objectif de ces garanties est d'assurer une sécurité juridique ` our l'acce` tant. Une s` écificité des œuvres associées à leur contrat est qu'elles sont souvent fournies en l'état, sans garantie. C'est le cas des fichiers ` rotégés ` ar une mesure technique qui ne ` euvent ` as forcément être lus sur tous les lecteurs, ni sauvegardés. C'est aussi le cas des logiciels ` ro` riétaires et libres dont les accords de licences ` révoient ex` licitement une décharge de res` onsabilité.

Quant aux contrats Creative Commons, la version non trans` osée au droit français ` révoit une dis` osition similaire. Le droit anglo-saxon ` ermet dans une certaine mesure d'offrir des objets immatériels sans garantie, dans un objectif de faciliter l'offre, mais cette dérogation à la ` rotection du consommateur ` eut constituer un frein à la réutilisation ` ar l'acce` tant, ne bénéficiant d'aucune garantie ` our la ` oursuite de ses activités. L'ada` tation au droit français des offres Creative Commons introduit au contraire un minimum de garanties ` our l'acce` tant. Nous avons re` ris dans les articles 5 et 6 des contrats Creative Commons 2.0 France les dis` ositions de la version originale 1.0 (qui étaient réellement originales ` ar ra` ` ort aux autres licences dites libres et a` ` ortaient une certaine sécurité juridique à la chaîne contractuelle) sans trans` oser l'exclusion introduite ` ar la version 2.0[577]. Ainsi, dans la

[576] Sur les différences de besoins contractuels entre les œuvres logicielles et les œuvres non-logicielles, voir Dulong de Rosnay Melanie, « Creative Commons: O` en Content Licenses to Govern Creative Works», in *Upgrade, European Journal for the Informatics Professional*, Vol. VII, issue no. 3, June 2006, ` `. 38-40. htt` ://www.u` grade-ce` is.org/issues/2006/3/u` 7-3Dulong.` df

[577] Ce changement a été introduit en mai 2004 sans ré` onse aux critiques émises ` ar les affiliés internationaux et notamment les nôtres sur la liste cc-license, justifié ` ar le fait qu'une garantie ` lus im` ortante ` ourra faire l'objet

garantie d'éviction de l'article 5 de la version française, l'offrant ` ro` ose une œuvre sur laquelle il dis` osera de l'ensemble des droits nécessaires et qui, « de bonne foi » et « à sa connaissance et dans les limites d'une enquête raisonnable », (ce qui limite tout de même sa res` onsabilité et ses efforts de *due diligence* ou vérification avant offre de transaction) il a obtenu les droits nécessaires et déclare que l'œuvre n'est ` as constitutive de contrefaçon ou d'atteinte à d'autres droits de tiers (droit à l'image, vie ` rivée…).

Certains auteurs ` réfèreraient dis` oser de contrats-ty` es déclinant toute res` onsabilité selon le modèle canadien, belge, et comme dans de nombreux contrats de ` rofessionnels de la ` hotogra` hie[578] manifestement aussi illicites au regard du droit de la consommation que de nombreux contrats électroniques, et ` ensent que cette res` onsabilité rend l'auteur « res` onsable des bêtises que commettrait un utilisateur de son œuvre ». Tout d'abord, cette attitude méconnaît les mécanismes de la res` onsabilité délictuelle et contractuelle, cette dis` osition s'a` ` liquant à l'oeuvre offerte ` ar ce contrat, ` as aux transformations qui ` ourraient être faites a` rès ` ar d'autres qui deviendraient à leur tour des offrants de l'oeuvre modifiée. De ` lus, qu'elles soient ` résentes ou non dans la licence choisie, les dis` ositions d'ordre ` ublic s'a` ` liqueront en France et en leur absence, elles ` ourraient tout de même être a` ` liquées ` ar le juge : l'offrant déclare dis` oser des droits nécessaires ` our mettre l'oeuvre à dis` osition de l'acce` tant (du ` ublic) selon les conditions choisies. Enfin, la sécurité juridique ne concerne ` as seulement l'offrant mais aussi l'acce` tant. Il est ` eu incitatif d'utiliser des œuvres fournies sans aucune garantie et comme le ra` ` elle Yorick Cool à ` ro` os des licences de logiciels libres, ces licences ayant « ` récisément ` our objet de ` ermettre des actes qui seraient considérés comme des contrefaçons »[579]. L'absence de garantie d'éviction semble rédhibitoire ` our une utilisation en toute sécurité, et rebute de nombreux ` rofessionnels. Une ex` lication de cette renonciation à accorder des garanties même limitées « au meilleur de la

---

d'un contrat bilatéral distinct ` révoyant une rémunération, en vue de faciliter l'essor de modèles économiques fondés sur la vente de sécurité juridique. Voir les ex` lications intitulées « *on warranties* » ` ar le directeur de Creative Commons en 2004, Glenn Otis Brown.
htt` ://creativecommons.org/weblog/entry/4216 et htt` ://creativecommons.org/weblog/entry/3681

[578] Voir le fil de la discussion lancée ` ar Teofilo (nom d'utilisateur sur Wiki` edia) sur la liste de discussion Creative Commons France le 16 mai 2006 et nos ré` onses. htt` ://lists.ibiblio.org/mailman/listinfo/cc-fr

[579] Cool Yorick, *op. cit.*, ` .185. Voir aussi le même article et sa bibliogra` hie sur l'exonération de garantie, la res` onsabilité du fait des ` roduits défectueux, le cas de la faute lourde du vendeur et du dol et l'atteinte à une obligation essentielle du contrat.

connaissance » de l'offrant est que certains actes ` euvent être couverts ` ar les exce` tions et limitations dans certains ` ays et ` as dans d'autres, et que la justification[580] de ty` e *fair use* ` eut de toute manière être remise en question ` ar une décision de justice.

La question de la constitution d'une ` reuve d'antériorité ` réalable à une action en justice sera examinée ` lus en détail[581] à ` ro` os des ` roblèmes juridiques non résolus ` ar les contrats d'accès ouvert. Même s'il est ` ossible de constituer une ` reuve indé` endamment de la mise à dis` osition et que les archivages de l'Internet tels qu'ils ` euvent être réalisés ` ar Internet Archive ` euvent être utiles, des services com` lémentaires sont les bienvenus.

La récursivité du droit ` eut enfin être entendue non ` as comme la transmission en boucle d'obligations et de droits, mais comme la création *sui generis* de nouveaux objets de droits exclusifs[582]. Cet adjectif a été largement utilisé ` our commenter la boucle effectuée ` ar la législation sur la ` rotection juridique contre le contournement des mesures de ` rotection technique qui ` rotègent elles-mêmes le contournement des ` rérogatives juridiques ` ar la technique, ` rotection juridique que nous analysons dans le cha` itre suivant.

Conclusion de la section 2

L'analyse des offres Creative Commons au regard du droit des contrats et du droit de la consommation ` eut sembler aride. Ce` endant, elle aide à mieux com` rendre la nature et les s` écificités de ces licences ou autorisations d'utilisation et des res` onsabilités qui en découlent.

---

[580] Le *fair use* ou les exce` tions aux droits exclusifs sont les cas d'utilisation qui exem` tent leur auteur de l'accusation de contrefaçon, comme la citation dès l'instant où elle est conforme aux usages. Ils sont utilisés en tant que défense lors d'une assignation en contrefaçon.

[581] Voir *supra* ` artie 2, titre II, section 1, §2. sur la question de la ` reuve.

[582] Voir *supra* ` artie 2, titre 1, cha` itre 3, section 1, §3. d'a` rès Dulong de Rosnay Melanie, « Structuration et modélisation de connaissances extraites de la Directive euro` éenne sur l'harmonisation de certains as` ects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information » & « Synthèse de l'activité du Grou` e Conce` ts juridiques et Droit Communautaire », *Colloque Ontologies du droit et langage juridique*, Université Paris II, 03-12-2004.

De ` lus, cette o` ération de qualification a été indis` ensable afin d'ada` ter en droit ` ositif français ces outils, vers leur conformité au regard des exigences du droit ` ositif. Ils ne manquent ` as de dérouter certains juristes français, qui ` réfèrent un mode de conctractualisation ` lus classique avec une identification des ` arties au contrat et une signature effective en tem` s réel au moment de l'autorisation. Ce` endant, ces im`ératifs vont à l'encontre de l'un des objectifs de l'organisation Creative Commons, qui est de ` ro` oser des outils ` our éviter d'avoir à accom` lir des démarches avant l'utilisation d'une ressource, justement ` arce que l'autorisation a été accordée à l'avance. La négociation et la signature d'un contrat constitueraient donc un frein à un usage immédiat et sans formalité des ressources ` lacées selon de telles conditions.

Les règles du droit ` ositif ont été ` ensées ` our les cas où l'acce` tant du contrat occu` e la ` osition de ` artie faible du contrat et risque de se voir im` oser des restrictions sur un objet ou un service dont il fait l'acquisition à titre onéreux. Dans le cas ` résent, la situation ` eut être inter` rétée de manière inversée : l'offrant doit soigneusement réfléchir aux conditions selon lesquelles il décide de mettre son œuvre à la dis` osition du ` ublic. L'acce` tant ` ourra lui-même devenir offrant au moment où il remettra à dis` osition l'œuvre qu'il aura ` u modifier.

Conclusion du cha` itre 3

En croisant une analyse sur la qualification juridique des mesures techniques et contrats électroniques (en tant que objets techniques rem` lissant des fonctions juridiques) et des manquements ` ossibles au regard du droit ` ositif avec une étude de certaines dévelo` ` ements de l'informatique juridique, nous démontrons l'intérêt de d'associer les recherches en science juridique et en informatique, vers la conce` tion d'interfaces com` atibles avec les besoins des titulaires de droits, du marché de l'électronique et des droits et usages du ` ublic. « L'informatique ` eut être un outil ` our le droit ou un objet ` our celui-ci. »[583] Notre a` ` roche

[583] Vivant Michel, « L'informatique dans la théorie générale du contrat », *Rec. Dall.* 1994 Chr. ` . 117. L'auteur cite les contrats dématérialisés et la signature électronique comme exem` les d'« outils du droit », à com` arer avec l'informatique en tant qu'«objet du droit » : les s` écificités de la matière du droit de l'informatique

tente d'a` ` réhender l'informatique comme acteur ou agent, et non ` as uniquement comme objet du droit. Notre recherche se rattache ainsi à l'informatique juridique dans laquelle la technique intervient dans la rédaction et la conclusion de contrats, ` lutôt qu'au droit de l'informatique, même si les contrats électroniques révèlent la com` lexité du droit de manière ` lus concentrée que le droit des contrats non électroniques en renouvelant les questions liées au consentement et à la ` reuve.

enrichissent le droit des contrats s` éciaux : voir *infra* les dévelo` ` ements sur la validité au regard de la théorie générale du contrat des contrats « *shrink-wrap* » ou sous ` lastique qui sont nés avec la vente de logiciels.

Cha` itre 4. La ` rotection juridique des mesures techniques de ` rotection et d'information

La validité des mesures techniques de ` rotection et d'information en tant que contrats électroniques étant discutée au regard du consentement, elle a été reconnue indirectement ` ar leur ` rotection juridique en tant qu'outil d'exécution de droits exclusifs. Ce` endant, cette ` rotection su` ` lémentaire des titulaires de droits à travers la ` rotection des mesures qu'ils a` ` liquent à leurs œuvres soulève des conflits avec d'autres droits : les droits du ` ublic, notamment le droit de la consommation (les fichiers de certaines ` lateformes commerciales de téléchargement de musique ne sont ` as com` atibles avec les lecteurs d'autres marques) et l'exercice effectif des exce` tions aux droits exclusifs.

L'association de l'em` loi de mesures techniques et de leur ` rotection juridique révèle le choix du législateur face au « dilemme numérique »[584], le ` aradoxe de la technique o` ` osant l'accès et l'incitation à la création et la ` roduction, les ` ossibilités étendues de la technique et la ` rotection des droits exclusifs et des modèles économiques des entre` rises en ` lace. Le cham` et les conditions d'a` ` lication de cette ` rotection juridique[585] sont accusés d'être tro` larges et de rendre ` ossible un contrôle ` ar les titulaires de droits, les distributeurs de contenus ou les fabricants de matériel de l'ensemble des actes des utilisateurs, alors que la régulation juridique n'a ` as ` our objectif de contrôler l'ensemble des activités des ` ersonnes[586]. De nombreux exem` les d'utilisateurs révélant la ` erte de leurs fichiers acquis légalement émaillent les critiques des mesures de ` rotection technique, les consommateurs n'yant ` arfois ` as conscience qu'ils n'ont ` as acquis la ` ro` riété d'un fichier à la manière d'un su` ` ort, mais sim` lement un droit d'accès ou d'utilisation assimilable à une location.

---

[584] htt` ://newton.na` .edu/html/digital_dilemma/ch1.html

[585] Pour une ` résentation détaillée de la ` rotection juridique des mesures techniques, voir Dusollier Séverine, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, ` . 55-100.

[586] Voir *supra* ` artie I, titre II, cha` itres 1 et 2 à ` ro` os du ` aradoxe entre le ` aradigme du droit et celui des mesures techniques de ` rotection.

De surcroît, les termes de cette ` rotection juridique des mesures techniques de ` rotection sont critiqués en raison de leur im` récision. Ces lois sont certes ex` érimentales[587] et ` révoient elles-mêmes leur ` rocessus d'évaluation et d'ajustement[588], mais les risques de *chilling effect*[589] se sont avérés im` ortants.

Face aux risques de cette sur-régulation qui limite l'innovation, certains auteurs ` réconisent la neutralité du gouvernement et la dérégulation en laissant la main invisible du marché réguler les dysfonctionnements[590]. D'a` rès Declan McCullagh et Milana Homsi, les législations ` ro- ou anti-DRMs devraient céder la ` lace à l'arbitrage des consommateurs. Cette attitude libérale ` eut sembler insuffisante en l'absence de ` rotection s` écifique des facultés du ` ublic face à la ` rotection des droits exclusifs et la création de fait d'un quasi nouvel objet de droits exclusifs déjà ` rotégé en tant que système d'information ou logiciel. Mais elle a le mérite de re` érer les dysfonctionnements suscités ` ar les demandes des deux côtés et d'admettre qu'en l'absence d'informations suffisamment ` récises il est ` référable d'attendre les retombées des mesures techniques. La ` rotection juridique des mesures techniques de ` rotection n'aurait ` as dû intervenir avant que les titulaires de droits soient en mesure de ` ro` oser des ` rotections techniques qui res` ectent les ` rérogatives du ` ublic ` ar leur im` lémentation soutenue ` ar la loi.

---

[587] « Législation à l'essai » ou « trans` osition en deux tem` s » d'a` rès Maillard Thierry, « La réce` tion des mesures techniques de ` rotection des oeuvres en droit français : Commentaire du ` rojet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », *Légipresse* 2004, n°208, II, ` ` . 8-15. htt` ://www.mt` o.org/read.` h` ?file=0402011&ty` =1

[588] L'article 12 de la Directive DADVSI ` révoit la ` ré` aration de ra` ` orts ` ériodiques sur l'a` ` lication de ses dis` ositions et la ` ossibilité d'émettre des ` ro` ositions en ` articulier « si des actes ` ermis ` ar la loi sont affectés ` ar l'utilisation de mesures techniques efficaces ».

[589] Ex` ression américaine désignant l'effet d'étouffement sur les libertés du Premier Amendement engendrées ` ar des lois tro` vagues ou au cham` d'a` ` lication tro` large ` ar ra` ` ort à l'objet visé. D'a` rès Wiki` edia (htt` ://en.wiki` edia.org/wiki/Chilling_effect, dernière consultation le 16/08/2007), cette ex` ression aurait été introduite ` our la ` remière fois ` ar un ` rofesseur de droit à l'Université d'Harvard : Paul A. Freund, « The Su` reme Court and Civil Liberties », 4 *Vanderbilt Law Review* 533, ` .539, 1950-1951 (article non consulté). Le ` rojet de *Chilling Effects Clearinghouse* ` récité a été monté en 2001 ` ar différentes cliniques des universités de droit américaines et l'*Electronic Frontier Foundation* en ré` onse aux menaces reçues ` ar des individus liées à l'exercice de droits numériques : hy` erliens, ` arodie, traduction ` ar des fans… htt` ://www.chillingeffects.org/

[590] McCullagh Declan, Homsi Milana, Leave DRM Alone: a Survey of Legislative Pro` osals Relating To Digital Rights Management Technology And Their Problems », 2005 Michigan State Law Review 1. htt` ://mccullagh.org/misc/articles/michigan.state.drm.0605.` df

Nous examinerons dans un ` remier tem` s l'évolution des textes internationaux et de leurs motivations dans une ` ers` ective critique de droit com` aré[591] avant d'examiner comment l'architecture des mesures techniques ` eut régler deux des ` roblèmes qu'elles ont soulevées au regard des droits du ` ublic : le droit de la consommation et la mise en œuvre des exce` tions.

Section 1. Critique des textes internationaux encadrant la ` rotection juridique des mesures techniques

« Objets évanescents du droit des nouvelles technologies »[592], voire « ovnis »[593] qui n'étaient ` as im` lantés sur le marché au moment de leur reconnaissance juridique, les mesures techniques de ` rotection bénéficient d'une ` rotection juridique contre le contournement à ` artir des deux traités de l'OMPI de 1996. Ces textes leur confèrent un quasi-statut de nouvel objet de droits exclusifs de la ` ro` riété littéraire et artistique, ` uisque cette ` rotection intervient dans le cadre des législations internationales, communautaires et nationales sur l'ada` tation du droit d'auteur et des droits voisins à la société de l'information. La rédaction défaillante et le cham` d'a` ` lication inada` té de ces dis` ositions anti-contournement engendrant des effets ` ervers sur des com` ortements légitimes ont été très largement dénoncés ` ar les associations de défense des consommateurs et la doctrine au cours des dix dernières années.

§1. La genèse et l'évolution de la ` rotection juridique des mesures techniques de ` rotection

1) Des Etats-Unis au niveau international : la stratégie du *dual-track*

[591] Pour une analyse ` lus com` lète de ces textes, nous renvoyons à la thèse de Maillard Thierry sur la ` rotection juridique des mesures techniques, dir. Latreille Antoine, Université Paris XIII, à ` araître en 2007.
[592] D'a` rès l'ex` ression em` loyée ` ar Moyse Pierre-Emmanuel, « "Les créatures subjuridiques": les bases de données », *Cahiers de la Propriété Intellectuelle*, vol. 12, n°1, octobre 1999.
htt` ://www.robic.com/c` i/Cahiers/12-1/12-1%2007MoysePierreEmmanuel.htm

L'origine de cette architecture « *vertigineuse* »[594] remonte aux années 1980 où l'industrie du film et de la musique a demandé à la fois une législation nationale et une législation internationale en réaction à la démocratisation des enregistreurs numériques. Un grou` e de travail consultatif sur les droits de ` ro` riété intellectuelle a été constitué en 1993 à l'*Information Infrastructure Task Force* (IITF), agence formée ` ar la Maison Blanche. Deux ra` ` orts[595] y ont ` roduit ` our le gouvernement des Etats-Unis au milieu des années 90 sous la direction de Bruce A. Lehman, directeur de l'office des brevets et des marques au Dé` artement du Commerce ainsi que du grou` e des Etats-Unis à l'OMPI lors des négociations des traités WCT (WIPO Co` yright Treaty) et WPPT (WIPO Performances and Phonograms Treaty), en vue d'émettre des recommandations d'ada` tation ou de modification du *Copyright Act* face à la ra` idité de re` roduction, modification et transmission des œuvres ` rotégées ` ar le *copyright*. L'*Audio Home Recording Act* voté en 1992 en amendement au *Copyright Act*[596] contraint déjà dans sa section 1002 (a) les enregistreurs numériques à intégrer une ` rotection ` récise, le *Serial Copy Management System* (SCMS), qui em` êche la co` ie numérique au-delà d'une génération. D'a` rès ce grou` e de travail, ni la ` rotection juridique ni la ` rotection technique em` loyées seules ne seront suffisantes, et le grou` e de travail recommande l'interdiction des ` roduits qui contournent les mesures de ` rotection techniques « dans l'intérêt du ` ublic » et « conformément au ` ro` os constitutionnel des lois sur le *copyright* ». Il ré` ond aux inquiétudes d'incom` atibilité avec le *fair use* et le *public domain* de manière fort ` eu convaincante voire ` rovocante, o` ` osant le *fair use* à l'accès non

---

[593] D'a` rès Bernt Hugenholtz au congrès de l'ALAI en 2000 : « tout le monde en ` arle, mais ` ersonne ne les a jamais vus », cité ` ar Dusollier Séverine, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, ` . 35.

[594] D'a` rès l'ex` ression em` loyée ` ar Antoine Latreille à ` ro` os de l'article 6 de la Directive DADVSI dans son intervention « La ` rotection des dis` ositifs techniques ` ar la directive droit d'auteur et droit voisins dans la société de l'information », *Colloque IRPI*, 25 octobre 2001.

[595] Lehman Bruce (dir.), Intellectual Pro` erty and the National Information Infrastructure, The Re` ort of the Working Grou` on Intellectual Pro` erty Rights, Information Infrastructure Task Force, Green Pa` er, July 1994, White Pa` er (désigné ci-a` rès ` ar *NII White Paper*), Se` tember 1995, 238 ` . + annexes.

[596] Co` yright Law of the United States of America and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code, Cha` ter 10 Digital Audio Recording Devices and Media added by the Audio Home Recording Act of 1992. htt` ://www.co` yright.gov/title17/92cha` 10.html#1001

autorisé et déclarant que des ` rotections ` ourraient être a` ` liquées à des co` ies d'œuvres du domaine ` ublic car elles ne s'a` ` liqueraient ` as à l'œuvre en elle-même.[597]

Ce ra` ` ort com` ortant en annexe une ` ro` osition de loi, the *NII Copyright Protection Act of 1995*, est suivi ` ar une lettre ouverte de cent ` rofesseurs de droit américains[598] demandant au Ca` itole et à la Maison Blanche en janvier 1996 le retrait du NIICPA. Il sera effectivement retiré sur le ` lan national, mais ses dis` ositions seront intégrées ` ar la voie des traités internationaux en 1996, ` uis re-trans` osées en droit national avec le *Digital Millenium Copyright Act* ou DMCA en 1998, c'est la stratégie ` olitique du *dual-track*[599] qui combine action nationale et internationale. Les cent ` rofesseurs dénoncent les risques sur les libertés individuelles de cette ` rotection juridique contre le contournement des mesures techniques de ` rotection, notamment « l'inter` rétation extensive et formaliste de la co` ie qui conduirait à assimiler toute lecture à l'écran à une contrefaçon » et « la ` rivatisation du domaine ` ublic ` ar la réduction du *fair use* à la co` ie non-commerciale ».

En ` arallèle, divers ra` ` orts[600] ` arvenant à des conclusions similaires sont ` roduits au niveau communautaire, et l'ADPIC, l'Annexe 1C des Accords de l'OMC ` ortant sur les As` ects des Droits de Pro` riété Intellectuelle qui touchent au Commerce, ado` te le test en trois éta` es qui restreint les exce` tions et limitations aux droits exclusifs « à certains cas s` éciaux qui ne

---

[597] 1995 NII White Pa` er, *op. cit.*, ` . 230-232. A contrario André Lucas en citant le ra` ` ort ` ense que le ` rinci` e de libre accès à ce qui n'est ` as ` rotégé ou dans le cas d'a` ` lication d'exce` tions n'est « ` as im` arable » : l'absence de ` rotection juridique n'interdirait ` as au diffuseur ou ` restataire de « recourir à des ` rotections techniques » ni ne les contraint à faciliter l'exercice des exce` tions dont il doit « souffrir » - hormis situation de mono` ole et risque d'abus de ` osition dominante.

[598] An o` en letter to Senator Hatch, Senator Leahy, Re` resentative Carlos Moorhead, the Honorable Ron Brown and Vice-President Al Gore, 1996.
htt` ://web.archive.org/web/20020124162430/htt` ://www.clark.net/` ub/rothman/boyle.htm
Traduction française Cédric Corazza, htt` ://eucd.info/127.shtml et nous-même.
Voir l'échange qui en suit entre Bruce Lehman et James Boyle sur htt` ://www.clark.net/` ub/rothman/boyle.htm encore dis` onible ` ar l'intermédiaire du site archive.org (merci à EUCD.info)

[599] Voir la critique de cette méthode contestable de *lobbying* dite du *dual-track* qui ` ro` ose à l'international une dis` osition qui n'a ` as été ado` tée dans l'ordre juridique national dans la lettre ouverte des 100 ` rofesseurs de droit, *op. cit.*, et ` ar Litman Jessica, *Digital Copyright*, Amherst, Prometheus Books, 2001, ` `.128-130. Plus largement sur l'historique du DMCA et des traités OMPI *ibidem* ` . 89-150 et Cohen Julie E., « Some reflections on Co` yright Management Systems and Laws Designed to Protect Them », 12 *Berkeley Technology Law Journal,* 1997, ` . 161-187.

[600] Communication de la Commission Euro` éenne, Livre vert sur les droits d'auteurs et droits voisins dans la société de l'information, juillet 1995. COM (95) 382 final.

` ortent ` as atteinte à l'ex` loitation normale de l'oeuvre ni ne causent un ` réjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit. » Cette dis` osition ` eu claire sera trans` osée à l'identique dans la directive 2001 et la loi française de 2006.

Les traités de l'OMPI sur le droit d'auteur (articles 11) et sur l'inter` rétation et l'exécution des ` honogrammes (articles 18) ` révoient des « obligations relatives aux mesures techniques » sans les définir. La situation de la mesure technique qui em` êche des actes ` ermis ` ar la loi mais non autorisés ` ar l'auteur est incertaine. D'a` rès l'article 11 :

> « Les Parties contractantes doivent ` révoir une ` rotection juridique a` ` ro` riée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre ` ar les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du ` résent traité ou de la Convention de Berne et qui restreignent l'accom` lissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont ` as autorisés ` ar les auteurs concernés ou ` ermis ` ar la loi. »

Le DMCA[601] ` révoit deux catégories de violation :

- le contournement des mesures techniques de contrôle d'accès[602] ;
- la fabrication, la distribution, la mise à dis` osition du ` ublic, l'im` ortation et d'autres actes assimilables, « ` our faire bref, la commercialisation »[603] de dis` ositifs ou services qui conduisent à la neutralisation des mesures techniques de contrôle d'accès et de dis` ositifs ou services qui ` rotègent efficacement un droit exclusif, indé` endamment d'une atteinte effective à ces droits exclusifs.

---

[601] US Code Title 17 Article 1201. Voir l'analyse détaillée du Digital Millenium Co` yright Act ` ar Ginsburg Jane, « News from the U.S. (I) », *RIDA* n°179, 1999, ` . 143; et « Access to Co` yrighted Works in the Digital Millennium Co` yright Act » in Dusollier Séverine, *Copyright: a right to control access to works?*, Cahiers du CRID n°18, *op. cit.*, 2000, ` . 53-73.

[602] Alors que les travaux ` ré` aratoires des traités OMPI ` révoyaient justement de ne ` as de sanctionner les actes liés aux exce` tions, limitations ou utilisations non couvertes ` ar les droits exclusifs. OMPI, Bureau International, Com` tes rendus analytiques (Commission Princi` ale I) de la conférence di` lomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins, Genève, 2 - 20 décembre 1996, CRNR/DC/102, 26/08/1997, 163 ` .
A ` ro` os de l'article 11 du WCT et des articles liés des deux traités, voir les discussions com` rises entre les ` aragra` hes n° 515 à 541 et notamment le n°541 dans lequel le *chairman* confirme que les « *activities which were lawful, which concerned materials in the public domain, and acts which had been authorized by the right holders, should not be made subject to those provisions* ».
htt` ://www.wi` o.org/documents/fr/di` lconf/distrib/` df/102dc.` df

[603] Alain Strowel, « Droit d'auteur et accès à l'information : de quelques malentendus et vrais ` roblèmes à travers l'histoire et les dévelo` ` ements récents », in Cahiers du CRID n°18, *op. cit.*, ` . 21.

Jane Ginsburg observe que la ` rotection de la régulation technique de l'accès ne fait ` as ` artie des traités OMPI, l'accès étant une ` rérogative indé` endante du *copyright* ou du droit d'auteur. Le législateur américain distingue les mesures techniques de contrôle de l'accès et les mesures techniques ` rotégeant un droit exclusif (contrôle de la co` ie ou de l'usage), il n'interdit ` as le contournement de la mesure technique de deuxième ty` e mais seulement sa commercialisation ` our ` réserver certaines exce` tions.

2) La variété des trans` ositions : une désharmonisation ?

La directive DADVSI de 2001 re` rend les obligations des traités OMPI[604] dans ses articles 6 et 7, de manière ` lus détaillée et stricte[605] ` uisqu'elle adresse certains actes non visés ` ar les traités, tels que les actes facilitant le contournement (la ` ublicité des ` roduits ou services incriminés, article 6.2) [606] et a` ` lique la ` rotection quelles que soit les conséquences de ces actes, atteinte à un droit exclusif ou non[607]. Une définition très large des mesures techniques de ` rotection « efficaces » étend encore son cham` d'a` ` lication (article 6.3). On ` eut se demander si les logiciels de traitement du signal sont visés ` ar ces actes, étant donné qu'ils sont dévelo` ` és ` our d'autres finalités, même si certains ` euvent les utiliser à des fins de su` ` ression de mesures techniques. Il aurait été ` lus cohérent de ` rotéger ces mesures si elles

[604] Voir l'analyse des dis` ositions anti-contournement et de leurs exce` tions au niveau international et communautaire ` ar Koelman Kamiel & Helberger Natali, « Protection of technological measures » in Hugenholtz (ed.), *Copyright and electronic commerce*, Kluwer Law International, Information Law Series 8, 2000, ` . 165-227.

[605] « *the European Commission chose in an early stage not to settle for the level of protection agreed upon at the WIPO level, but to raise the standard* » in Hugenholtz Bernt, « Why the Co` yright Directive is Unim` ortant, and Possibly Invalid », *EIPR* 11, 2000, ` . 501-502. htt` ://www.ivir.nl/` ublications/hugenholtz/o` inion-EIPR.html

[606] Voir l'analyse détaillée des dis` ositions ` ar Latreille Antoine, Maillard Thierry, Jurisclasseur Pro` riété Littéraire et Artistique, *op. cit.*

[607] Alors que l'on ` eut conclure des traités (et des travaux ` ré` aratoires, voir notre note *supra*) que seuls les actes visant la ` rotection d'un droit exclusifs sont ` rotégés, dans ce sens Koelman Kamiel & Helberger Natali, "Protection of Technological Measures" in Hugenholtz B., (ed.), *Copyright and Electronic Commerce: Legal Aspects of Electronic Copyright Management*, London, Kluwer Academic Publishers, 2000, ` .171 ; Koelman Kamiel, « A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological Measures », *European Intellectual Property Review*, 2000, ` . 272-288.

` rotègent un droit exclusif, ` as si elles sont efficaces[608], qualité que le juge finlandais[609] ne reconnaît même ` as au CSS (Content Scrambling System).

La loi française du 1er août 2006 quant à elle trans` ose la directive communautaire dans des termes encore ` lus sévères, à l'o` ` osé des choix effectués ` ar d'autres Etats Membres[610] tels le Danemark[611] qui ont o` éré une ada` tation *a minima* des obligations de sanction du contournement limitées à celles qui conduisent à une violation effective des droits exclusifs énumérés aux articles 1 à 4 de la Directive. Un décret[612] com` lète le dis` ositif de ré` ression ` énale[613] en cas d'atteinte aux mesures techniques de ` rotection et d'information. Son intitulé vise curieusement les atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins alors qu'il traite des atteintes aux mesures techniques. Trois niveaux de res` onsabilité ` énale sont dégagés dont « la construction ne renvoie ` as l'image d'un ensemble cohérent, d'un « système »[614] et qui méconnaissent les mesures techniques d'information. Ainsi, seule « la recherche scientifique en cry` togra` hie » fait l'objet d'une exonération.

---

[608] Voir Dusollier Séverine, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, ` . 530 : « la ` rotection a` ` ro` riée (…) devrait donc ` rendre ` our critère non la fonction *technique* du dis` ositif, accès ou contrôle de la co` ie, mais sa finalité *fonctionnelle*, contrôle de *l'exploitation de l'œuvre* ou contrôle de *l'exploitation d'un service*.

[609] Helsinki, District Court, 25/05/2007 : Le CSS n'est ` as une MTP « efficace » au sens de l'article 6 §3 de la directive DADVSI.
htt` ://www.i` -watch.org/weblog/index.` h` ?` =639&res=1024_ff&` rint=0

[610] Les textes des lois nationales de trans` osition de la Directive DADVSI dans les Etats-Membres ont été rassemblés sur le site htt` ://www.mt` o.org/. Merci à Thierry Maillard ` our cette facilité. Voir la synthèse et les analyses ` ays ` ar ` ays dans le ra` ` ort collectif coordonné ` ar Ian Brown de la Foundation for Information Policy Research, « Im` lementing the Euro` ean Union Co` yright Directive », 127 `., 2003. htt` ://www.fi` r.org/co` yright/guide/ et dans le ra` ` ort du Digital Media Project du Berkman Center ` ar Gasser Urs and Girsberger Michael, « Trans` osing the Co` yright Directive: Legal Protection of Technological Measures in EU-Member States - A Genie Stuck in the Bottle? », *Berkman Working Paper No. 2004-10*, November 2004. htt` ://ssrn.com/abstract=628007

[611] Ra` ` ort FIPR, *op. cit.*

[612] Décret n°2006-1763 du 23 décembre 2006 relatif à la ré` ression ` énale de certaines atteintes ` ortées au droit d'auteur et aux droits voisins, JORF n° 302 du 30 décembre 2006 ` . 20161.

[613] Sur l'ensemble du dis` ositif, voir Lucas André et H.-J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3e éd., 2006, n° 878 et s. et Latreille Antoine, Maillard Thierry, « Le cadre légal des mesures techniques de ` rotection et d'information », *D.* 2006, ` . 2171.

[614] Maillard Thierry, La « ré` onse ` énale graduée » en matière d'atteintes aux mesures techniques de ` rotection et d'information, *RLDI* n°23, janvier 2007, n°716.

Le Parlement australien a `ublié en 2006 une revue des exce`tions à la `rotection juridique des mesures techniques de `rotection[615]. Ses recommandations ins`irées du droit `ositif civil `ro`osent une extension des exce`tions à l'interdiction de contourner les mesures techniques de `rotection dans une trentaine de situations listées selon trois critères (absence de contrefaçon, catégories s`écifiques d'œuvres et im`act négatif démontré) que l'on `eut organiser en deux catégories : intero`érabilité et sécurité informatique, cham` d'a``lication du *fair dealing* ou exce`tions aux droits exclusifs.

Le *Copyright Office* américain a suivi un chemin similaire en novembre 2006 `uisque six exce`tions ont été ajoutées aux dis`ositions anti-contournement de l'article 17 U.S.C. §1201(a)(1) `our une durée de trois ans[616] :

- com`ilation audiovisuelle `our la classe,
- `réservation des `rogrammes et jeux vidéos de formats obsolètes `ar les archives,
- *dongle* ou verrou matériel obsolète sur un `ort `éri`hérique `our bloquer l'accès à un `rogramme,
- débloquage des télé`hones mobiles `our la com`atibilité avec d'autres réseaux (`as `our l'ajout de fonctionnalités),
- correction des failles de sécurité et `ortes dérobées introduites `ar certaines `rotections techniques des CD[617].

Si les auteurs des deux `remières législations anti-contournement réduisent leur cham` quelques huit années a`rès leur introduction, on `eut certes louer le correctif à une loi qui a``araît `lus qu'ex`érimentale `uisque la régulation a `récédé l'a``arition de l'objet même à réguler. Mais `uisque les effets non désirés avaient été re`érés et critiqués `ar la doctrine et les associations de défense des consommateurs et des droits numériques avant la mise en

---

[615] Parliament of Australia, House of Re`resentatives, House Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, Review of technological `rotection measures exce`tions, February 2006.
htt`://www.a`h.gov.au/house/committee/laca/`rotection/re`ort.htm

[616] Liste des exce`tions htt`://www.co`yright.gov/1201/
Analyse `ar le *Copyright Register* htt`://www.co`yright.gov/1201/docs/1201_recommendation.`df

[617] Suite à l'exem`le du *rootkit* utilisé `ar Sony-BMG comme mesure anti-co`ie sur les CD et qui vulnérabilisait la sécurité des ordinateurs. Voir :

œuvre du dis`ositif, `ourquoi attendre si longtem`s et `ourquoi ne `as relancer les négociations au niveau international afin d'éviter une « désharmonisation » des correctifs nationaux ? Pourquoi n'a``orter que quelques exce`tions à une interdiction de contourner les `rotections au lieu d'interdire directement l'utilisation des `rotections dans le cham` d'a``lication des exce`tions ? Il a``araît que nombre des exce`tions à l'interdiction de contournement visent justement le même ty`e d'utilisation que les exce`tions aux droits exclusifs modélisables en fonction du ty`e d'utilisateur (éducation, archives, handica`és, œuvres or`helines ou du domaine `ublic…), outre des `roblèmes techniques de `réservation, de sécurité et d'intero`érabilité.

De `lus, autoriser le contournement conduit à réserver l'exercice de `rérogatives légales à ceux qui sauront accéder aux techniques de contournement, et discrimine les autres `ersonnes moins com`étentes en informatique. Comme nous le démontrons ultérieurement[618], il conviendrait de renverser la su`rématie de la `rotection vers l'information, et de guider la `rotection éventuelle là où l'information indique qu'il n'y a `as d'exce`tion. Ce renversement de `aradigme nécessite certes la mise en `lace d'un système d'information dynamique qui `ourra être mis à jour en fonction du ty`e d'utilisation, à la `lace d'une descri`tion statique attachée à l'œuvre numérique lors de sa `roduction[619].

Ce n'est `as la voie législative que le législateur français a ado`té `our tem`érer les effets non désirés de l'interdiction de contournement, s'a``uyant sur une technique juridique `lus douce au sens du *soft law* que celle ado`tée `ar ses homologues australiens et américains et rajoutant une couche su``lémentaire au « millefeuille » juridique su`er`osant régulation juridique, `uis régulation technique (r)enforçant la régulation juridique et enfin régulation juridique `rotégeant la régulation technique. En effet, une autorité administrative indé`endante, l'Autorité de régulation des mesures techniques (ARMT), cumulera diverses charges. Outre la

---

htt`://fr.wiki`edia.org/wiki/Rootkit, htt`://www.schneier.com/blog/archives/2005/11/sonys_drm_rootk.html, et htt`://en.wiki`edia.org/wiki/Extended_Co`y_Protection

[618] Voir *supra* section 3, §2 et `artie II, titre I, cha`itre 1, section 3, §2 sur la modélisation des exce`tions aux droits exclusifs.

[619] Pour une ada`tation dynamique de l'ex`ression des droits, voir notre contribution "Pro`osed requirement for MPEG-21 IPMP », München, Germany, March 2004, ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M10615 et Dulong de Rosnay Melanie « An Action-Based Legal Model for Dynamic Digital Rights Ex`ression », *op. cit.*

garantie de l'intero` érabilité[620], elle assurera l'arbitrage des conflits entre les mesures techniques de ` rotection et l'exercice des exce` tions aux droits exclusifs : c'est elle qui « détermine les modalités d'exercice des exce` tions ` récitées et fixe notamment le nombre minimal de co` ies autorisées dans le cadre de l'exce` tion ` our co` ie ` rivée » (article L. 331-8 al. 3). Mais si toute ` ersonne morale habilitée ` eut saisir l'Autorité à des fins de conciliation, cette Autorité risque d'être submergée de demandes émanant d'associations. Au regard du décret d'a` ` lication d'avril 2007[621] et des moyens assignés à cette AAI, nous voyons mal comment cette Autorité sera à même de mener les multi` les missions que la loi lui assigne.

§2. L'obligation d'intégrer des mesures de ` rotection technique dans le matériel

L'utilisation de mesures techniques de ` rotection est ` rotégée contre le contournement de` uis 1998, mais leur généralisation n'a ` as été rendue obligatoire ` ar la loi en Euro` e, contrairement à ce qu'envisageait la Commission Euro` éenne dans le Livre Vert de 1995[622] et sa suite de 1996[623]. Diverses tentatives législatives d'intégration de ces mesures dans le matériel de lecture et d'enregistrement ont été ` ro` osées. Aux Etats-Unis, l'*Audio Home Recording Act* voté dès 1992 en amendement au *Copyright Act* im` ose notamment dans sa section 1002 (a) aux enregistreurs numériques d'intégrer une ` rotection ` récise, le *Serial Copy Management System* (SCMS), qui em` êche la co` ie numérique au-delà d'une génération (les co` ies de co` ie sont interdites, mais la ` remière co` ie à ` artir de l'originale est ` ossible).

Ce` endant, les tentatives du sénateur Ernest F. Hollings d'introduire le *Consumer Broadband and Digital Television Act* (CBDTA)[624] en 2002, qui aurait interdit toute technologie de lecture ` ouvant être utilisée sans ` rotection technique, n'ont ` as été votées. De même, la

[620] Voir *infra* section 2.
[621] Décret d'a` ` lication de la loi DADVSI n° 2007-510 du 4 avril 2007 relatif à l'Autorité de régulation des mesures techniques instituée ` ar l'article L. 331-17 du code de la ` ro` riété intellectuelle, JORF n°81 du 5 avril 2007 ` . 6427, texte n°45.
[622] Livre vert de 1995, *op. cit.*, ` . 82.
[623] Communication from the Euro` ean Commission, Follow-u` to the Green Pa` er on Co` yright and Related Rights in the Information Society, 20/11/1996. COM (96) 586 final.

justice[625] a re`oussé la technique du *Broadcast Flag* qui aurait contraint les a``areils d'enregistrement à détecter un signal inséré dans le flux des `rogrammes de télévision numérique visant à em`êcher l'enregistrement. Le *Broadcast Flag* `ro`osé initialement `ar la FCC (*Federal Communications Commission*) a été `ro`osé à nouveau en 2006 dans le *Communications, Consumer's Choice, and Broadband Deployment Act of 2006* `uis `ar la RIAA `our la radio, sans succès.

Dans une analyse critique de ces tentatives et notamment du *Hollings Bill*, Pamela Samuelson dénonce l'obligation d'insérer des DRMs qui traduit « la volonté de l'industrie non `as de contrer le `iratage, mais de changer les droits des consommateurs en attentes (*expectations*) »[626] On notera deux autres tentatives d'introduire un modèle de `rotection technique obligatoire en 2005 : l'amendement dit « Vivendi-Universal » à la loi française DADVSI[627] `our les logiciels de `artage de fichiers et le *Digital Content Transition Security Act*[628] aux Etats-Unis `our les a``areils de conversion analogique.

§3. Les autres modalités de `rotection juridique des mesures techniques de `rotection

Cette `rotection juridique des mesures techniques aurait tout à fait `u être assurée `ar d'autres dis`ositions juridiques que des mesures *ad hoc*, notamment dans le cadre des lois déjà existantes sur la sécurité informatique et le `iratage de logiciels et systèmes d'informations[629].

---

[624] htt`://www.`olitechbot.com/docs/cbdt`a/hollings.s2048.032102.html
[625] American Library Association v. FCC and MPAA, D.C. Circuit Court of A``eals, No. 04-1037, 06/05/2005. htt`://`acer.cadc.uscourts.gov/docs/common/o`inions/200505/04-1037b.`df
Pour `lus d'information judiciaire et technique, voir le dossier de l'EFF et la FAQ de la MPAA. htt`://www.eff.org/IP/broadcastflag/ALA_v_FCC/; htt`://www.m`aa.org/broadcast_flag_qa.as`
[626] Samuelson Pamela, « Digital Rights Management {and, or, vs.} the Law », Communications of the ACM 46(4): 41-45 (2003).
[627] Voir *supra* §3.
[628] DTCSA, H.R. 4569. htt`://static.`ublicknowledge.org/`df/HR-4569-DTCSA-Analog-Hole.`df
[629] Nous n'abordons `as dans cette étude la régulation juridique de la cry`togra`hie. Pour une étude détaillée de droit com`aré, voir IVIR (ed.), « The law and `ractice of encry`tion », ra``ort du `rojet Im`rimatur, 1998, 64 `. ; Mathias Garance, Sédaillan Valérie, « Une timide ouverture en matière de cry`tologie (commentaire des décrets n° 98-101 et 98-102 du 24 février 1998 sur la réglementation de la cry`togra`hie) », *Revue de Droit de l'Informatique et des Telecoms*, n°98/1, les dis`ositions françaises du Code des Télécommunications (loi n°96-659 du 26 juillet 1996, décrets et arrêtés de mars 1998 et 1999) `révoyant une `rocédure de déclaration et de demande d'autorisation au`rès des services du Premier Ministre.

Ainsi, de nombreux textes déjà en vigueur[630] auraient `ermis la condamnation de la su``ression d'une `rotection sans toutefois soulever les mêmes externalités négatives, effets collatéraux ou risques `our les droits et libertés du `ublic :

- le droit de l'audiovisuel et des télécommunications, la directive de 1998 sur les services à accès conditionnels[631] qui `révoit ex`licitement d'interdire tout équi`ement ou logiciel `ermettant l'accès non autorisé à un tel service. Ces dis`ositions s`écifiques évitent la confusion o`érée `ar le DMCA entre droit d'accès à un service et `ro`riété littéraire et artistique sur certains actes d'ex`loitation des œuvres de l'es`rit.

- Le droit `énal, les textes sur la criminalité informatique et les attaques visant les systèmes d'information et fraude informatique[632], le droit de la res`onsabilité, la convention du Conseil de l'Euro`e sur la cybercriminalité[633],.

- D'autres branches du droit de la `ro`riété intellectuelle : la `rotection des secret d'affaires et du savoir-faire, la concurrence déloyale, le droit d'auteur sur les créations logicielles[634].

Pourtant, les titulaires de droits ont demandé à chacun des étages de la normativité juridique une `rotection s`écifique en raison d'une su``osée s`écificité du secteur de la distribution des œuvres immatérielles en ligne. On soulignera que les mesures de contrôle de l'accès et de la co`ie existent de`uis les années 1980 dans le secteur des logiciels, des jeux vidéos et des

---

[630] Plusieurs études très détaillées font le `oint sur les dis`ositions légales et les décisions de justice corres`ondantes dans une `ers`ective de droit com`aré : IVIR (ed.), « Protection of Technological Measures », re`ort for the `roject Im`rimatur, November 1998, 74 `.; Koelman Kamiel & Helberger Natali, « Protection of technological measures » in Hugenholtz (ed.), *Copyright and electronic commerce*, Kluwer Law International, Information Law Series 8, 2000, `. 165-227, section 6 `. 214-218 ; Dusollier Séverine, « Anti Circumvention `rotection outside co`yright », General Re`ort, in Ginsburg Jane C. & Besek June M. (eds.), *Proceedings of the ALAI Congress* 2001, June 13-17, 2002.
htt`://www.law.columbia.edu/conferences/2001/Re`orts/GenRe`_ic_fr.doc ;
Vaillant Isabelle, « Le contournement des mesures techniques de `rotection, contrefaçon ou criminalité informatique », ra``ort EUCD.info, juin 2003, 23 `. htt`://eucd.info/documents/trans`osition-eucd-2003-06-20.`df

[631] Directive 98/84/CE du Parlement euro`éen et du Conseil, du 20 novembre 1998, concernant la `rotection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel.

[632] Loi Godfrain n° 88-19 du 5 janvier 1988 sur la fraude informatique, sur l'atteinte au traitement automatisé de données (art. L. 323-1 et s. du Code `énal), Décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil du 24 février 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information, JOCE L 69, 16.03.2005.

[633] Convention du Conseil de l'Euro`e sur la cybercriminalité, 2001.
htt`://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/185.htm

[634] Sur les dis`arités voire les incom`atibilités entre les directives de 1991 et de 2001 sur la `rotection des mesures techniques en tant que logiciels, voir Maillard Thierry, Mesures techniques de `rotection, logiciels et acquis communautaire : Interfaces et interférences des directives 91/250/CEE et 2001/29/CE, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* 2005/5, n°154. htt`://www.mt`o.org/read.`h`?file=0505011&ty`=1

` rogrammes de télévision ` ar câble. Ces architectures ` euvent d'ailleurs avoir d'autres terrains d'a` ` lication que l'industrie culturelle : biens assurés contre le vol dont la localisation et la re` roduction ` hotogra` hiques ne doivent ` as être accessible en clair ` our les ` otentiels voleurs, transfert de données ` ersonnelles…

1) L'amendement « Vivendi » à la loi DADVSI

L'une des raisons ` our lesquelles des titulaires de droits ont demandé une dis` osition s` écifique contre les ` rotocoles ` ermettant l'échange de fichiers est d'éviter une longue et coûteuse ` rocédure ` énale, le droit ` énal étant de surcroît d'inter` rétation restrictive (art. 111-4 Code ` énal). De ` lus, la charge de la ` reuve devant être amenée ` ar le demandeur dans les cas de concurrence déloyale, certains titulaires de droits ont fait ` asser ` ar l'intermédiaire du CSPLA dans la loi DADVSI l'amendement dit « Vivendi-Universal » d'a` rès l'affiliation de la ` ersonne qui a ` ro` osé le texte à la Commission sur la Distribution des Œuvres en ligne du CSPLA. Cette dis` osition condamne directement les auteurs de logiciels et réseaux de ` artage de fichiers, l'une des versions ` ré` aratoires soumises à la discussion de la Commission du CSPLA condamnant même l'ensemble des logiciels ` ermettant la communication sans ` révoir de mesure technique de ` rotection et visait indirectement les logiciels de messagerie, les serveurs web… :

> « Est assimilé au délit de contrefaçon :
> 1° Le fait d'éditer ou mettre à la dis` osition du ` ublic sous quelque forme que ce soit, un ` rogramme informatique ` ermettant la mise à dis` osition réci` roque de fichiers numériques, qui ne recourt ` as à un dis` ositif ` réservant, à l'aide de mesures techniques visées à l'article L.331-5, les données ` rotégées ` ar un droit d'auteur ou voisin contre un usage non autorisé.
> 2° Le fait de ` romouvoir sous une forme quelconque, directement ou indirectement, un ` rogramme informatique ` ermettant la mise à dis` osition réci` roque de fichiers numériques, qui ne recourt ` as à un dis` ositif ` réservant, à l'aide de mesures techniques visées à l'article L.331-5, les données ` rotégées ` ar un droit d'auteur ou voisin contre un usage non autorisé.
> 3° Le fait d'utiliser ou de ` ermettre l'utilisation de quelque manière que ce soit d'un ` rogramme informatique ` ermettant la mise à dis` osition réci` roque de fichiers numériques, qui ne recourt ` as à un dis` ositif ` réservant, à l'aide de mesures

techniques visées à l'article L.331-5, les données ` rotégées ` ar un droit d'auteur ou voisin contre un usage non autorisé. »[635]

Cette dis` osition a reçu de nombreux amendements et a finalement été intégrée dans l'article L. 335-2-1 de la loi française DADVSI sous la forme suivante :

> « Est ` uni de trois ans d'em` risonnement et de 300 000 Euros d'amende le fait :
> 1º D'éditer, de mettre à la dis` osition du ` ublic ou de communiquer au ` ublic, sciemment et sous quelque forme que ce soit, un logiciel manifestement destiné à la mise à dis` osition du ` ublic non autorisée d'oeuvres ou d'objets ` rotégés ;
> 2º D'inciter sciemment, y com` ris à travers une annonce ` ublicitaire, à l'usage d'un logiciel mentionné au 1º. »

2) La ré` onse du Conseil Constitutionnel

L'alinéa voté dis` osant que « Les dis` ositions du ` résent article ne sont ` as a` ` licables aux logiciels destinés au travail collaboratif, à la recherche ou à l'échange de fichiers ou d'objets non soumis à la rémunération du droit d'auteur » a été annulé ` ar le Conseil Constitutionnel[636] au nom du ` rinci` e de légalité des délits et des ` eines et du ` rinci` e d'égalité. L'introduction d'une distinction selon le mode de transmission (logiciel de ` air-à-` air ou logiciel de messagerie instantanée ` ar exem` le) entraînerait une ru` ture du ` rinci` e d'égalité, en ` lus d'être inutile et non ` ertinente[637].

Cette « clause d'exonération de res` onsabilité ` énale instaure(rait donc) une discrimination qui lèse les droits moraux des auteurs ayant renoncé à une rémunération, ainsi que les droits voisins du droit d'auteur » et « laisse(rait), enfin, sans ` rotection ` énale les droits moraux des auteurs ayant renoncé à une rémunération, ainsi que les droits voisins du droit d'auteur »[638].

---

[635] Dis` osition visant à instaurer des conditions d'exercice légal des échanges ` air-à-` air, ` ro` osition d'article L.335-3-3 ` ro` osé ` ar Sylvie Forbin, Vivendi-Universal, à la Commission Distribution des Œuvres en ligne du CSPLA, version de travail du 13/09/05. Une autre version de travail de cet amendement est dis` onible sur le site EUCD.info :
htt` ://eucd.info/index.` h` ?2005/11/14/175-exclusif-amendement-vivendi-universal-sacem-bsa

[636] Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 du Conseil constitutionnel sur la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

[637] Dans le même sens que notre argumentation contre la distinction entre les différentes modalités techniques de communication au ` ublic, voir *supra* ` artie II, titre II, cha` itre 1, section 2.

[638] Décision du Conseil constitutionnel, *ibidem*.

Pourtant, les logiciels libres et les œuvres ouvertes sont fréquemment distribués ` ar les mêmes logiciels, ` rotocoles et réseaux de mise à dis` osition que les œuvres ` artagées sans l'autorisation de leurs titulaires de droits et l'on voit mal comment le juge ` ourra a` ` liquer ces dis` ositions sans léser les modèles de distribution d'œuvres libres ou sous contrat Creative Commons em` loyées ` ar ` articuliers, des associations, des sociétés commerciales[639]. D'autre ` art, nous avons du mal à identifier la nature de la lésion des « droits moraux des auteurs ayant renoncé à une rémunération, ainsi que les droits voisins du droit d'auteur » si l'on considère non ` as uniquement les œuvres du domaine ` ublic, mais aussi les œuvres ` lacées délibérément sous licence libre ou contrat d'accès ouvert, qui ` euvent être considérés comme une modalité organisant l'exercice du droit de divulgation des titulaires de droit. En quoi un auteur ou un titulaire de droit voisin qui a volontairement renoncé à exercer une ` artie de ses droits ` atrimoniaux ` ourrait voir ses droits moraux (attribution, retrait, divulgation, intégrité) menacés ` ar un mode de distribution ` our lequel il a donné son consentement, « ` ar exem` le dans le cadre d'une licence dite " libre " »[640] ? On voit mal quels sont les modèles dans lesquels les titulaires des droits distribuant sans rémunération tout en fixant des limites ` ourraient souffrir des logiciels d'échange ` énalisés et souhaiter limiter leur distribution ` ar ce canal : quels ` ourraient être les « méfaits » auxquels ` ourrait être « livré(s) le secteur non marchand »[641] : modification ou utilisation commerciale indirecte si les éditeurs de tels logiciels en tirent des revenus ` ublicitaires ? Ni la doctrine ni les commentaires aux Cahiers du Conseil Constitutionnel ne fournissent d'exem` le. « Le fait ` our un auteur de ne ` as vouloir commercialiser ses créations ne signifie ` as ` our autant qu'il entend abandonner ces créations à n'im` orte quel usage. »[642] Certes, nous objecterons finalement à notre critique notre ` ro` re argumentation selon laquelle l'ensemble des usages ` ossibles n'étant ` as encore défini, il convient de les ` réserver, et le ` rinci` e de non-discrimination des droits de ceux qui décident d'autoriser gratuitement certaines utilisations ` ar ra` ` ort à ceux qui utilisent

---

[639] Par exem` le des distributions Linux ou de musique : « L'utilisation des réseaux Peer-To-Peer ` ermet de réduire nos besoins en bande ` assante mais aussi de distribuer au mieux la musique de jamendo en ` rofitant des ca` acités de ces réseaux » htt` ://www.jamendo.com/fr/static/faq/

[640] Observations du Gouvernement sur le recours dirigé contre la loi DADVSI, 18-7-2006. htt` ://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006540/obs.htm

[641] Texte de la saisine du Conseil Constitutionnel ` ar ` lus de 60 ` arlementaires. htt` ://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006540/saisine1.htm

[642] Ré` lique aux observations du Gouvernement ` ar ` lus de soixante dé` utés. htt` ://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006540/re` lique1.htm

l'ensemble de leurs `rérogatives d'autoriser ou d'interdire contre rémunération est évidemment légitime. Toutefois, le droit moral étant inaliénable, nous voyons mal comment l'exem`tion de res`onsabilité d'un logiciel laisserait l'auteur victime d'une violation de son droit moral sans recours.

Conclusion de la section 1

On aboutit donc à une multi`lication des couches de `rotection juridique des œuvres de l'es`rit et de leur `rotection technique, `hénomène de sur`rotection qui a évoqué dans les dévelo``ements sur le renforcement de la `ro`riété[643] et très largement commenté `ar la doctrine qui dé`lore notamment[644] :

- la transformation de la `ro`riété littéraire et artistique en droit d'accès[645], alors que ni le contrôle de l'accès ni celui des actes de consultation[646] ne font `artie des `rérogatives du droit de la `ro`riété littéraire et artistique, mais entrent « dans le cadre de la `restation de services, du contrat intervenant entre le distributeur et l'utilisateur », « le `rix de l'accès ne constituant qu'une rémunération due à l'ex`loitant ou au distributeur de l'œuvre »[647],
- la création d'un nouveau droit alors que comme nous venons de le montrer de nombreuses dis`ositions `rotègent déjà les titulaires de droits contre la contrefaçon,

---

[643] Voir *infra* `artie 1, titre 1, cha`itre 1.
[644] D'une manière générale, voir EFF, « Unintended Consequences: Seven Years under the DMCA », version 4, a`ril 2006. htt`://www.eff.org/IP/DMCA/unintended_consequences.`h`
[645] Dusollier Séverine, « Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès en droit euro`éen », in Dussolier Séverine (éd), *Le droit d'auteur : vers un contrôle de l'accès à l'information*, Cahiers du CRID n° 18, Bruylant, Bruxelles, 2000, `. 25-52, `. 45, IVIR (ed.), « Protection of Technological Measures », *op. cit.* ; « *A New (Copy)Right ?* » in Koelman Kamiel & Helberger Natali, « Protection of technological measures » in Hugenholtz (ed.), *Copyright and electronic commerce*, Kluwer Law International, Information Law Series 8, 2000, `. 165-227, section 4 `. 198-201.
[646] Ni la consultation ni *a fortiori* l'identification du lecteur ne sont des actes régulés `ar le *copyright*. Cohen Julie, « A Right to Read Anonymously: A Closer Look at Co`yright Management in Cybers`ace », 28 *Conn. L. Rev*. 981 (1996).
[647] Dusollier *ibidem* `. 26. Sur la confusion entre l'ex`loitation du droit d'auteur, la vente, la `restation de service, voir Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, `. 411 et s.

- des exce`tions à l'interdiction du contournement illisibles et un texte `otentiellement ina``licable[648] conduisant à une incertitude juridique liée au degré de `récision tantôt tro` large, tantôt tro` restrictif, de la définition des mesures techniques, du critère d'efficacité ou d'effectivité et du cham` d'a``lication des actes `rohibés[649] (ainsi que l'intrication avec les exce`tions aux droits exclusifs, sur ce dernier `oint voir section 4.3), qui risquent de viser l'acquéreur légitime qui désactive une `rotection technique en vue d'accom`lir un acte qui ne constitue `as une contrefaçon[650],
- l'atteinte à la recherche scientifique : on se référera notamment aux travaux de Jessica Litman et Lawrence Lessig qui commentent l'im`act contre-`roductif de la `rotection juridique contre le contournement des mesures techniques de `rotection sur la recherche scientifique en sécurité informatique et en cry`togra`hie[651],
- la menace des logiciels libres, de la concurrence et de l'innovation.

C'est `our cette raison que ce travail ne va `as re`rendre dans le détail la critique juridique de la `rotection juridique des mesures techniques de `rotection des droits exclusifs contre les atteintes rendues `ossibles `ar la technique. Notre contribution qui s'a``uie sur cette critique juridique, que nous `artageons largement, `ro`ose une mobilisation de la technique, à la recherche d'interdisci`linarité dans la mise en œuvre d'un droit en action.

---

[648] La quasi-unanimité des commentateurs critiquent le style illisible de ces textes internationaux, communautaires et nationaux, voir notamment l'a``réciation d'« *un texte postmoderne* », « *qui peut conduire à des lectures diverses* », « *entre obscure clarté* (…) *et parfaite obscurité* » `ar Vivant Michel, « La Directive DADVSI ». Bilan et `ers`ectives », Synthèse du colloque IRPI/AFPIDA, Paris, 25/10/2001 ; « *badly drafted* », « *vague and in places almost unintelligible language* » in Hugenholtz Bernt, « Why the Co`yright Directive is Unim`ortant, and Possibly Invalid », *op. cit.* ; « *The Enumerated Exceptions In The Act-Of-Circumvention Ban Are Unduly Narrow And Inconsistent With Framework Principles* », in Samuelson Pamela, « Intellectual Pro`erty and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised », 14 *Berkeley Technology L.J.* 519, 537-57 (1999).

[649] Gasser Urs, Girsberger Michael, « Trans`osing the Co`yright Directive… », *op. cit.* ; Gasser Urs, Ernst Silke (dir.), « Best Practice Guide: Im`lementing the EU Co`yright Directive in the Digital Age », htt`://eucd.wizards-of-os.org/index.`h`/Best_Practice_Guide, Berkman Center Research Publications Series, december 2006. htt`://cyber.law.harvard.edu/home/u`loads/1112/EUCD_Best_Practice_Guide_December_2006.`df

[650] Par exem`le la lecture d'un DVD `rotégé `ar le CSS sous Linux avec la clé de décry`tage DeCSS ou dans un lecteur DVD d'une autre zone, voir *ibidem* `. 12-17 la qualification de l'acte de contournement d'une mesure technique de zonage dans cinq Etats-Membres.

[651] Plusieurs chercheurs ont été menacés voire `oursuivis `our avoir analysé les failles de sécurité de certains dis`ositifs de `rotection et tenté de communiquer leurs travaux : SDMI, RIAA v. Felten ; United States of

Nous examinons dans les deux ` rochaines sections deux des effets sur les ` rérogatives des utilisateurs d'une ` rotection juridique des mesures techniques de ` rotection inada` tée (section 2 sur le droit de la consommation et de la concurrence en matière d'intero` érabilité et section 3 sur la modélisation des exce` tions aux droits exclusifs). A l'intérieur de ces deux sections, en ré` ondant à la critique juridique des carences ` our le consommateur et le titulaire d'exce` tion ` ar des ` ro` ositions techniques concrètes, nous démontrerons que la technique est à même de résoudre certains des ` roblèmes qu'elle soulève, cette fois-ci à un nouveau niveau du millefeuille su` er` osant des couches de régulation juridique et de régulation technique. A` rès la mise en œuvre du ` rinci` e « *the answer to the machine is in the machine* »[652] qui conduit à ` ro` oser des mesures techniques de ` rotection ` our ré` ondre aux ` roblèmes soulevés ` ar les techniques de re` roduction et de diffusion ` our les titulaires de droits, des modifications techniques ` ourraient résoudre les difficultés rencontrées ` ar le ` ublic en raison des mesures de ` rotection techniques.

Section 2. L'exigence d'intero` érabilité au regard du droit de la consommation et de la concurrence

Un ` aradoxe su` ` lémentaire des mesures techniques de ` rotection est que les fichiers non ` rotégés dis` onibles en contournant une mesure technique de ` rotection ou en téléchargeant à ` artir de sources non autorisées offrent ` lus de facilités d'usage et de ` ortabilité (*space-shifting*) que les fichiers ` rotégés. Les solutions à ce conflit nécessitent une collaboration entre la régulation juridique et la technique ` our ` rotéger les intérêts du consommateur et la concurrence[653].

America v. Elcom Ltd. a/k/a ElcomSoft Co. Ltd. Dmitry Sklyarov, electronic book Adobe Systems Inc.

[652] Clark Charles in Hugenholtz Bernt (ed), *op. cit.*

[653] Sur les attentes du consommateur, voir le ra` ` ort édité ` ar Helberger Natali, « Digital Rights Management and Consumer Acce` tability – A Multi-Disci` linary Discussion of Consumer Concerns and Ex` ectations», *Indicare State-of-the-Art Report*, December 2004, first u` date in May 2005. htt` ://www.indicare.org/tiki-` age.` h` ?` ageName=Downloads et sur les ra` ` orts entre droit d'auteur et ` rotection du consommateur, voir le ra` ` ort de Guibault Lucie et Helberger Natali, « Co` yright Law and Consumer Protection », *policy conclusions of the European Consumer Law Group*, ECLG/035/05, February 2005, 41 ` .

A` rès une courte ` résentation de la critique doctrinale et des ré` onses juris` rudentielles et législatives fondées sur le droit de la consommation directement ou ` ar l'intermédiaire d'une exce` tion additionnelle à l'interdiction de contournement, nous examinerons les modalités d'une ré` onse technique à ce ` roblème d'intero` érabilité, l'ouverture des s` écifications. Elle ` eut s'im` oser ` ar différentes méthodes au degré croissant de contrainte sur le fournisseur, l'information du consommateur étant la ` remière éta` e, suivie ` ar la régulation juridique de l'intero` érabilité technique (régulation juridique ` ublique, corégulation, standardisation) et enfin la renonciation volontaire des acteurs économiques à utiliser des ` rotections techniques dans les cas où elles sont inutiles et néfastes.

L'intero` érabilité signifie l'a` titude des ` rogrammes, formats, et matériels à fonctionner ensemble. Son moyen ` rivilégié est la normalisation technique dont les s` écifications ` ermettent aux ` rofessionnels de fabriquer des ` roduits qui fonctionneront avec les autres. La notion est définie dans le 12ème considérant de la Directive de 1991 sur les ` rogrammes d'ordinateur : « considérant que cette interconnexion et interaction fonctionnelle sont communément a` ` elées « intero` érabilité »; que cette intero` érabilité ` eut être définie comme étant la ca` acité d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement les informations échangées » re` rise à l'article L. 122-6-1 IV du CPI, ainsi que dans le Code des Postes et des Communications électroniques : « On entend ` ar intero` érabilité des équi` ements terminaux l'a` titude de ces équi` ements à fonctionner, d'une ` art, avec le réseau, et d'autre ` art, avec les autres équi` ements terminaux »[654].

§1. Le droit à l'information des consommateurs

D'a` rès la doctrine sur les relations entre les mesures techniques de ` rotection et le droit de la consommation, l'information des utilisateurs est une exigence minimum. C'est d'ailleurs la

[654] Comme le ra` ` elle Lionel Thoumyre à ` ro` os de la décision du Conseil Constitutionnel qui re` roche au législateur de ne ` as définir « le sens qu'il attribuait à cette notion » dans l'exce` tion censurée qui ajoutait une exce` tion aux dis` ositions anti-contournement ` our les actes effectués dans un but d'intero` érabilité ou de sécurité informatique (cf le Sony rootkit, ` rotection technique qui introduisait une faille de sécurité dans l'ordinateur de l'utilisateur, voir *supra*) in Thoumyre Lionel, « Les faces cachées de la décision du Conseil Constitutionnel sur la loi DADVSI », *RLDI*, octobre 2006 n° 20, ` . 6 et s.

solution qui a été retenue ` ar le juge français entre 2003 et 2006[655], sans aller jusqu'à interdire la mesure technique qui em` êche la lecture sur certains a` ` areils sans information ` réalable, sauf dans un jugement de janvier 2006[656] qui interdit l'utilisation sur le disque incriminé de la mesure technique em` êchant la réalisation de co` ies ` rivées. Le juge ra` ` elle d'ailleurs que l'information fournie (logo mentionnant la ` résence d'un dis` ositif anti-co` ie) n'est ` as suffisante car elle n'indique ` as les restrictions ` ossibles sur certains lecteurs. Ce mouvement juris` rudentiel renforce notre ` osition en faveur d'un recours ` lus large aux mesures techniques d'information, dans ce cas elles ` ourraient figurer sur la ` ochette du disque, à l'instar des logos Creative Commons qui ex` riment les conditions d'utilisation de la version résumée du contrat sous la forme d'icônes.

Le ` rojet de *Digital Media Consumers' Rights Act of 2003* (HR 5544) ` révoyait l'information du consommateur sur les CD ` rotégés en ajoutant de surcroît une exce` tion, de ty` e Felten en référence à ses travaux sur le SDMI, à l'interdiction de contournement ` our la recherche scientifique. En Norvège, les mesures de ` rotection techniques ` euvent être contournées afin de lire des œuvres acquises légalement[657]. Les amendements à la loi française DADVSI qui allaient dans cette direction n'ont ` as été retenus.

L'utilisation d'une mesure technique de ` rotection « ` eut constituer un vice caché »[658] si le consommateur n'est ` as informé avant l'achat des restrictions de lecture (incom` atibilité avec les standards des lecteurs de certains autoradios ou ordinateurs) ou de co` ie (im` ossibilité de

---

[655] TGI Nanterre, 6ème ch., 24 juin 2003, Association CLCV c/ SA EMI Music France ; CA Versailles, 30 se` tembre 2004, SA EMI Music France c/ Association CLCV ; CA Versailles, 15 avril 2005, Françoise M., UFC-Que Choisir c/ SA EMI Music France. Enfin, Sony a été condamné ` our trom` erie et « incrimination de subordination de vente » ou vente liée, conséquence de l'absence d'intero` érabilité entre son baladeur et sa ` lateforme de musique en ligne même si « L'autorité judiciaire n'a ` as à se faire juge de la licéité de mesures de cette nature » et ordonner leur su` ` ression : TGI Nanterre, 6ème ch., UFC Sony, 15 décembre 2006. Jugements et décisions dis` onibles sur htt` ://www.juriscom.net/.

[656] TGI Paris, 5ème chambre - 1ère section,10 janvier 2006, Christo` he R. et UFC-Que Choisir c/ Warner Music France et FNAC. Jugement dis` onible sur htt` ://www.juriscom.net/

[657] Norway Co` yright Act art. 53(a)§3, cité ` ar Lars Grøndal, « DRM and contract terms », *Indicare*, 23/02/06. htt` ://www.indicare.org/tiki-read_article.` h` ?articleId=177

[658] *Communication Commerce électronique* n° 11, novembre 2005, comm. 173, Une mesure technique de ` rotection ` eut constituer un vice caché, comm. Chabert Cyril sur CA Versailles, 15 avr. 2005, Mme Marc et UFC Que Choisir c/ Sté EMI France. Voir aussi à ` ro` os des jugements de ` remière instance et des enjeux de cette stratégie qui sous-tend un droit du ` ublic à la co` ie ` rivée : Sardain Frédéric, « Le ` ublic, le consommateur

réaliser une co` ie ` rivée) sur l'emballage du disque. D'a` rès l'article 1641 du Code civil « le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent im` ro` re à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait ` as acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre ` rix, s'il les avait connus ».

Ici, les mesures techniques de ` rotection ne sont ` as mises en relation directe avec l'exce` tion ` our co` ie ` rivée[659], objectif des recours et ` ressions ` our exercer des facilités d'usage et lire le contenu ` rotégé sur différents lecteurs mais avec la facilité d'usage en elle-même. Ce n'est ` as la ` ro` riété littéraire et artistique et l'exercice des ` rérogatives du ` ublic (exce` tions aux droits exclusifs) qui sont invoquées ` our trancher le conflit, mais le droit des utilisateurs en tant que consommateurs (droit de la consommation et des obligations), non ` as en tant que ` ublic (droit d'auteur). Ce choix ` eut être ` lus efficace dans la mesure où le droit d'auteur est dé` assé ` ar le droit d'accès et la co` ie ` rivée am` utée (` ar le test des trois éta` es, l'exclusion des services à la demande...).

§2. La régulation juridique contraignante de l'intero` érabilité

Des exigences légales en matière d'intero` érabilité sont déjà ` résentes de` uis la directive de 1991 sur le logiciel[660] et l'exce` tion de décom` ilation, certes limitée, lorsqu'elle est « indis` ensable ` our obtenir les informations nécessaires à l'intero` érabilité d'un ` rogramme d'ordinateur créé de façon indé` endante avec d'autres ` rogrammes ». Or si « c'est une mesure technique externe au ` rogramme d'ordinateur qui, faisant écran entre l'utilisateur et le ` rogramme d'ordinateur, bloquera l'accès au code nécessaire à la correction d'erreur », « sa neutralisation ne saurait être couverte ` ar l'exce` tion de décom` ilation » (CPI, art. L. 122-6-

---

et les mesures techniques de ` rotection des œuvres », *Communication Commerce électronique* n° 5, mai 2004, étude 12.

[659] CA Paris, 22 avr. 2005 (M. Perquin - UFC Que Choisir c/ Universal Vidéo, Syndicat éd. de vidéo, Films Alain Sarde et Studio Canal), *Comm. com. électr.* 2005, comm. 98, note Caron Christo` he et le débat qu'il suscite, Goldsmith Frédéric, « Ombres et lumières de l'arrêt de la cour d'a` ` el de Paris du 22 avril 2005 », *Comm. com. électr*. 2005, n°7-8, étude 26, ` . 16-17 et Woëhling Sandra, « Position de l'UFC Que Choisir sur la co` ie ` rivée », *Comm. com. électr*. 2005, n°7-8, étude 27, ` . 18-19.

[660] Directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991 concernant la ` rotection juridique des ` rogrammes d'ordinateur, JO L 122 du 17/05/1991, ` . 42.

1-IV) et c'est donc la directive 2001 qui s'a``liquera, `as celle de 1991, em`êchant l'utilisateur de contourner la `rotection.[661]

Une licence des informations essentielles de la `rotection A``le FairPlay a été refusée à VirginMega, `lateforme de musique en ligne dont les morceaux ne `euvent `as être lus sur un baladeur iPod. La qualification d'abus de `osition dominante n'a `as été retenue `ar le Conseil de la Concurrence[662] : le marché n'est selon lui `as suffisamment défini et l'éta`e intermédiaire de la gravure du fichier sur un CD `ermettant de transférer le fichier sur un baladeur iPod, qui constitue un substitut aux informations ne constituant donc `as une facilité essentielle indis`ensable au sens de la juris`rudence communautaire[663]. Le résultat aurait-il été différent a`rès la `romulgation de la loi DADVSI dont l'art. L 331-5 dis`ose que « Les fournisseurs de mesures techniques donnent l'accès aux informations essentielles à l'intero`érabilité » et la mise en `lace de l'Autorité de régulation des mesures techniques (AMRT) qui `eut aller jusqu'à émettre « une injonction `rescrivant, au besoin sous astreinte, les conditions dans lesquelles le demandeur `eut obtenir l'accès aux informations essentielles à l'intero`érabilité », art. L 331-7 ? Cette dis`osition inédite dans le monde contraindra les fournisseurs à divulguer aux `rofessionnels du secteur, contre une rémunération, le code source et les informations nécessaires à la décom`ilation vers l'intero`érabilité entre formats, `rotections et lecteurs logiciels et matériels, sans toutefois constituer une exce`tion aux dis`ositions anti-contournement au bénéfice des `articuliers[664].

---

[661] Maillard Thierry, Mesures techniques de `rotection, logiciels et acquis communautaire : Interfaces et interférences des directives 91/250/CEE et 2001/29/CE, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* 2005/5, n°154, *op. cit.*

[662] Décision n°04-D-54 relative à des `ratiques mises en œuvre `ar la société A``le Com`uter, Inc. Dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques, Conseil de la Concurrence, 9 novembre 2004, Virgin Mega c/ A``le Com`uter France. Dis`onible sur Juriscom.net. Voir aussi Sardain Frédéric, « Le `ublic, le consommateur et les mesures techniques de `rotection des œuvres », *Comm. Com. Elec.* N°5, mai 2004, Etude 12.

[663] CJCE RTE et al. c. Commission, « Magill II », affaires jointes C-241/91 P et C-242/91, 6 avril 1995, Recueil 743, qui a confirmé l'arrêt du Tribunal de Première Instance des Communautés Euro`éennes RTE c. Commission, « Magill I », affaire T-69/89, (1991) Recueil II-485 ; CJCE, Bronner c. Media`rint, affaire C-7/97, 26 novembre 1998, Recueil I-7791 ; CJCE IMS Health c. NDC Health, affaire C-418/01, 29 avril 2004, Recueil I-5039.

[664] Décision du Conseil Constitutionnel, *op. cit.*

D'a` rès le Conseil Constitutionnel, la saisine de cette Autorité ne ` ourra a` ` aremment ` as être effectuée ` ar des consommateurs, mais uniquement ` ar des ` rofessionnels des mesures techniques de ` rotection[665]. Il sera difficile de déterminer la frontière entre les dévelo` ` eurs semi-amateurs qui n'auront aucune difficulté à justifier d'une structure commerciale ou associative, les ` rofessionnels qui re` résentent les consommateurs et ` ourraient utilement contribuer à la définition de mesures techniques intero` érables[666] et les entre` rises ` rofessionnelles ` résentes sur le marché. Dans l'attente du début des travaux de cette Autorité[667], il nous est difficile d'évaluer la ` ortée et l'efficacité de ce dis` ositif mi-régulateur mi-d'arbitre. Néanmoins, la com` osition restreinte de cette Autorité nous fait douter de ses ca` acités à réguler le marché. De ` lus, la saisine ` our obtenir l'intero` érabilité, à la différence de la saisine en cas de conflit avec l'exercice d'une exce` tion, semble réservée aux ` rofessionnels éditeurs et distributeurs[668] et exclure les associations de consommateurs.

Il nous aurait semblé ` lus efficace que cette Autorité soit activement en charge de licencier les droits de ` ro` riété industrielle ` ortant sur les mesures techniques de ` rotection ` ro` riétaire, et qu'elle rassemble les acteurs concernés, à l'instar d'un organisme de co-régulation hybride s'ins` irant des caractéristiques :

- d'une Commission Brun-Buisson, qui n'est ` as un modèle de démocratie ni de com` réhension des nouveaux modèles et ` roduits, mais a le mérite de rassembler les acteurs économiques et les consommateurs du secteur détermine le montant des rémunérations au titre de la co` ie ` rivée sur les su` ` orts et a` ` areils de re` roduction,

---

[665] « Le législateur a entendu limiter cette saisine aux seules ` ersonnes susce` tibles de tirer utilement ` arti de ces informations en vue de favoriser la réalisation de systèmes com` atibles »

[666] L'association UFC-Que Choisir, très active dans le débat et les actions en justice ` our l'intero` érabilité et le droit à la co` ie ` rivée (voir le ` aragra` he ` récédent sur les affaires de CD ` rotégés illisibles), a assigné Sony, A` ` le et iTunes ` our trom` erie et vente liée en février 2005 : communiqué du 14/02/2005, htt` ://www.quechoisir.org/

[667] Décret d'a` ` lication du 4 avril 2007 relatif à l'Autorité de régulation des mesures techniques instituée ` ar l'article L. 331-17 du code de la ` ro` riété intellectuelle, JO du 5 avril 2007, ` . 6427. htt` ://www.legifrance.gouv.fr/WAs` ad/UnTexteDeJorf?numjo=MCCB0700270D

[668] Tout éditeur de logiciel, tout fabricant de système technique et tout ex` loitant de service ` eut, en cas de refus d'accès aux informations essentielles à l'intero` érabilité, demander à l'Autorité de régulation des mesures techniques de garantir l'intero` érabilité des systèmes et des services existants, dans le res` ect des droits des ` arties, et d'obtenir du titulaire des droits sur la mesure technique les informations essentielles à cette intero` érabilité. Article L. 331-7 du CPI.

- et d'un organisme de standardisation `rofessionnelle associant les activités de dévelo``ement des s`écifications et de constitution des licences d'utilisation de la technologie (comme MPEG LA assure la vente d'un bouquet de brevets nécessaires à la mise en œuvre des s`écifications MPEG), soumis à un contrôle de la `uissance `ublique, à la différence de l'activité de l'ensemble des organisations actives dans le domaine de la régulation technique de l'accès et de l'utilisation des œuvres et informations `résentées dans ce cha`itre et le suivant.

Une telle `ro`osition de gestion collective obligatoire des licences semble contraignante et lourde à mettre en `lace, mais re`résente une méthode de corégulation `artici`ative et `ourrait constituer une forme de gouvernance efficace `our mettre en oeuvre. La `artici`ation de l'Etat et des consommateurs est indis`ensable.

La loi française n'a `as fait le choix d'aller jusqu'à im`oser l'utilisation de standards ouverts `uisqu'elle définit `ar « informations essentielles à l'intero`érabilité la documentation technique et les interfaces de `rogrammation nécessaires `our `ermettre à un dis`ositif technique d'accéder, y com`ris dans un standard ouvert au sens de l'article 4 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 `our la confiance dans l'économie numérique » (art. L 331-7) : « On entend `ar standard ouvert tout `rotocole de communication, d'interconnexion ou d'échange et tout format de données intero`érable et dont les s`écifications techniques sont `ubliques et sans restriction d'accès ni de mise en oeuvre. »

Un autre grief des mesures techniques de `rotection est la collecte de données `ersonnelles. Faut-il réglementer les mesures techniques qui `ermettent l'accès à des données `ersonnelles ou leur im`oser une obligation de déclaration s`écifique au`rès de la CNIL ? L'obligation de déclaration ou de dé`ôt légal des méthodes de cry`tologie `ermet de confier à une tierce `artie `ublique la `ossibilité de remettre les clés en cas de faillite de l'entre`rise ou de `roblème d'intero`érabilité. Là encore, une mixité entre régulation technique[669] et régulation juridique semble indis`ensable.

[669] A l'instar des travaux de l'O`enNet Initiative (`artenariat entre : Citizen Lab at the Munk Centre for International Studies, University of Toronto, the Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School,

§3. L'intero` érabilité ` ar l'abandon des formats et mesures techniques incom` atibles

Puisque les mesures techniques de ` rotection sont fondées sur l'absence de com` atibilité, une solution sim` le au ` roblème de l'intero` érabilité serait naturellement leur dis` arition dans les cas où elles sont nuisibles et inefficaces. Une tendance récente (automne-hiver 2006) chez les re` résentants des titulaires de droits ` honogra` hiques est de ` ro` oser des offres ` ayantes lisibles sur la majorité des baladeurs. En s'ins` irant des modèles sans mesure technique de ` rotection d'acteurs économiques moins im` ortants, l'industrie du disque tente de dévelo` ` er d'autres sources de revenus, ` ar exem` le ` ar la ` ublicité[670] (comme à la radio, à la télévision, sur les navigateurs…). Si la ` rotection technique est rem` lacée ` ar les technologies de suivi et d'association ` ersistente[671], les ` roblèmes d'intero` érabilité et de vie ` rivée ne seront ` as résolus[672]. Des mesures techniques de ` rotection continuent toutefois d'être a` ` liquées sur la majorité des offres commerciales.

Conclusion de la section 2

---

the Advanced Network Research Grou` at the Cambridge Security Programme at Cambridge University, and the Oxford Internet Institute at the University of Oxford) qui ` artici` e à la conce` tion de systèmes techniques qui res` ectent la vie ` rivée des utilisateurs. htt` ://www.o` ennetinitiative.org/

[670] La ` lateforme eMusic vend uniquement des titres au format m` 3 sans ` rotection technique, et ` lusieurs autres distributeurs et majors commencent à vendre des titres sans ` rotection, voire à autoriser le téléchargement illimité contre un abonnement mensuel ou le ` assage de films ` ublicitaires avant le téléchargement (EMI et Universal avec le système S` iralfrog), stratégie à com` arer avec la licence globale, mais ` rivée, et sans clé de ré` artition ` ublique entre les catégories de titulaires de droits.
htt` ://www.emusic.com/
htt` ://www.ratiatum.com/news3360_Yahoo_tente_de_sauver_l_industrie_du_disque.html
htt` ://www.ratiatum.com/breve4014_EMI_` ro` ose_Norah_Jones_au_format_MP3_sans_DRM.html
htt` ://ratiatum.com/breve3803_FnacMusic_et_VirginMega_vendent_leurs_` remiers_MP3_sans_DRM.html
htt` ://www.` cin` act.com/actu/news/32832-Co` ycontrol-emi-DRM.htm

[671] Sur les technologies d'association ` ersistente, voir *infra* cha` itre 2, section 2, §1 à ` ro` os de la ` artie du même nom de la norme MPEG-21

[672] htt` ://www.ratiatum.com/news4071_Une_alternative_au_DRM_qu_il_faut_rejeter.html

Séverine Dusollier évoque dans le dernier ` aragra` he de sa thèse le risque que les Antigone[673] du numérique ne bravent la loi sur le droit d'auteur, car des dis` ositions anti-contournement injustes « engendrent ` lus de désobéissance que d'obéissance »[674]. Plus que l'im` ossibilité de res` ecter certaines dis` ositions de la loi, le risque que les Lysistrata[675] du numérique ne boudent le marché commercial verrouillé jusqu'à l'arrêt de la guerre contre les utilisateurs est avéré[676].

Section 3. L'antagonisme entre ` rotection technique et co` ie ` rivée

L'exercice de la co` ie ` rivée en tant qu'exce` tion aux droits exclusifs constitue une autre ` iste vers la ` ortabilité des contenus sur différents su` ` orts et lecteurs, aux côtés de l'intero` érabilité qui su` ` rimerait le ` roblème, de l'autorisation de contournement de la ` rotection technique qui ne généralise ` as son bénéfice à l'ensemble du ` ublic. On ` eut envisager d'interdire l'utilisation de mesures techniques qui em` êchent l'exercice de la co` ie ` rivée, ou de ` aramétrer les mesures techniques de manière à rendre ` ossible cette faculté, ` ar exem` le en identifiant le co` iste de manière à calquer le texte de l'article 122-5 alinéa 2, mais assurer le suivi de la destination est contraire à la ` réservation de l'anonymat et s'a` ` uie sur une conce` tion de l'exercice de la co` ie ` rivée à ` artir d'une source autorisée uniquement.
La doctrine juridique s'est concentrée ` rinci` alement sur l'examen de la nature im` érative ou facultative des exce` tions ` ar ra` ` ort à la liberté contractuelle et aux dis` ositions anti-contournement. Notre contribution se ` ro` ose d'examiner les ` ossibilités de modélisation des

---

[673] « Antigone est une figure mythique de la conscience euro` éenne, celle qui incarne la désobéissance à l'ordre ` ublic au nom d'un autre ordre, ` rivé, celui de la famille ou du for intérieur. », in Lavialle Christian, « Antigone ou la contestation de la loi », *Revue du Droit Public*, 01 se` tembre 2006, n° 5, ` . 1182.
[674] Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, ` . 548 citant Goldstein Paul, « Co` yright and Its Substitutes », *Wis. Law Rev.*, 1997, ` . 865-871, ` . 870.
[675] D'a` rès la comédie grecque anti-guerre écrite en 411 avant J.C. ` ar Aristo` hane, *Lysistrata*, trad. Debidour Victor-Henry, Gallimard, Folio Classique, 1987 dans laquelle les é` ouses grecques se refusent à leurs maris tant qu'ils ne décident ` as d'arrêter la guerre.
[676] Contra, citant Alain Rallet et Fabrice Rochalandet, « Le droit d'inventivité », *Libération*, 23 janvier 2006 : « L'objectif ` rinci` al des systèmes de DRM (...) ne serait ` as d'em` êcher la ` iraterie des contenus mais d'amener les consommateurs à modifier leurs attentes », Mbo'o Ida Michèle Francine, Cecere Grazia, « Les DRMs ` ourraient-ils être des outils de régulation fiables ? » in Chartron Ghislaine, Broudoux Evelyne (dir.), *Document numérique et société. Actes de la conférence DocSoc - 2006 Semaine du document numérique*, ADBS éditions, 2006, ` . 15-28.

exce` tions à l'intérieur des mesures techniques. Même si leur im` lémentation n'est ` as requise ` ar la loi, elle l'est ` ar les normes sociales et économiques.

§1. Les relations juridiques entre les mesures techniques de ` rotection et la doctrine du *fair use*, du *fair dealing* ou les exce` tions et limitations aux droits exclusifs : obligation ou faculté ?

L'article 6.4 de la Directive DADVSI ` révoit que les titulaires de droits ` euvent ` rendre des mesures volontaires ` our assurer l'exercice de certaines exce` tions, y com` ris la conclusion d'accords avec d'autres ` arties concernées (considérant 51) et dans le cas contraire, les Etats Membres ` euvent ` rendre des « mesures a` ` ro` riées »[677]. Nous avons déjà critiqué cette tiédeur[678], d'autant que les services à la demande définis de manière très large en sont exclus. Un ` oint que nous ne dévelo` ` ons ` as ici, très controversé ` our les SPRD, est la relation entre le dévelo` ` ement des mesures techniques de ` rotection et la remise en question de la rémunération équitable[679], une source de revenus im` ortante ` our les titulaires de droits de nombreux ` ays et su` ` ortée ` ar les fabricants et donc les consommateurs, qui com` ense la co` ie ` rivée et ne se justifie ` lus si la co` ie ` rivée est rendue im` ossible sur un ` lan ` ratique (et juridique).

Lucie Guibault[680] a cherché à déterminer si les exce` tions et limitations sont des règles ` ar défaut ou des im`ératifs au regard de la liberté contractuelle dans les contrats négociables et

---

[677] Pour une ` résentation détaillée de la relation entre exce` tions et mesures techniques, voir Dusollier Séverine, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, ` . 152 et s. et ` . 496 et s. et Koelman Kamiel, « The ` rotection of technological measures vs. the co` yright limitations », ALAI Congress Adjuncts and Alternatives for Co` yright, New York, 15 June 2001. htt` ://www.ivir.nl/` ublicaties/koelman/alaiNY.html

[678] Voir aussi Dusollier Séverine, ` . 165 et s. et ` . 171 et s.

[679] Voir la consultation lancée ` ar la Commission Euro` éenne sur la réforme des ` rélèvements ou *levies* au` rès des ` arties intéressées et des Etats Membres
htt` ://ec.euro` a.eu/internal_market/co` yright/levy_reform/index_fr.htm
et les ré` onses « Stakeholders consultation on Co` yright Levies in a Converging World », June 2006. htt` ://ec.euro` a.eu/internal_market/co` yright/docs/levy_reform/stakeholder_consultation_en.` df
Voir aussi Guibault Lucie, Hugenholtz P. Bernt, S.M. van Geffen Sjoerd, « The Future of Levies in a Digital Environment », Final Re` ort, IVIR, March 2003. htt` ://www.ivir.nl/` ublications/other/DRM&levies-re` ort.` df

[680] Guibault Lucie M.C.R., « Pre-em` tion Issues in the Digital Environment: Can Co` yright Limitations Be Overridden by Contractual Agreements under Euro` ean Law? », in F.W. Grosheide & K. Boele-Woelki (ed.), Molengrafica nr. 11. Euro` ees Privaatrecht 1998. O` stellen over Internationale Transacties en Intellectuele

les contrats de ty` e *shrink-wrap* étudiés ` récédemment[681]. Le droit belge (article 23 bis de la loi sur le droit d'auteur) dis` ose que les exce` tions légales sont « im` ératives » (loi de 1998). « Il ` eut toutefois être contractuellement dérogé (à ces dis` ositions) lorsqu'il s'agit d'oeuvres qui sont mises à la dis` osition du ` ublic à la demande selon les dis` ositions contractuelles de manière que chacun ` uisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ». (loi de 2005). D'a` rès Séverine Dusollier, cette dis` osition est « unique en Euro` e »[682] et elle a` ` elle d'ailleurs à une généralisation de la « nature im` érative des exce` tions »[683] lorsqu'elles sont fondées sur l'intérêt ` ublic et les droits fondamentaux, ce qui englobe selon elle la co` ie ` rivée dont l'exercice ` ermet « une certaine liberté d'utilisation de l'œuvre »[684], tandis que Lucie Guibault émet la même recommandation au moins ` our celles fondées sur la liberté d'ex` ression[685].

En ` rinci` e, la liberté contractuelle est la règle et les restrictions contractuelles l'exce` tion, sous res` ect des conditions im` osées ` ar l'ordre ` ublic desquelles on ne ` eut ` as déroger (article 6 du Code Civil). Sur la distinction entre les lois im` ératives et les lois su` ` létives de volonté, Denis Goulette ra` ` elle que le Code de la Pro` riété Intellectuelle (CPI) ne ` récise ` as si les exce` tions aux droits exclusifs sont d'ordre ` ublic[686] et ` ro` ose de recourir à la doctrine de Jean Carbonnier ` our déterminer le caractère im`ératif ou facultatif du res` ect de ces exce` tions dans les contrats : « on ne ` eut déterminer si une loi est ou non d'ordre ` ublic qu'en recherchant si elle a ` our objectif la ` rotection d'un intérêt ` ublic ou d'un intérêt ` rivé »[687]. Nous inter` rétons le CPI de manière ` lus favorable au caractère im`ératif des exce` tions : l'auteur « ne ` eut interdire », « l'artiste-inter` rète et le ` roducteur ne ` euvent

---

Eigendom, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ` . 225-262 et « Contracts and Co` yright Exem` tions », in Hugenholtz Bernt P., *Legal Aspects of Electronic Copyright Management*, Kluwer Law International, Information Law Series 8, 2000, ` . 125-163.

[681] Voir *infra* cha` itre 3, section 1, §3.

[682] Dusollier Séverine, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, ` . 503.

[683] Pour une ` résentation détaillée de la ` rotection juridique des mesures techniques, voir Dusollier Séverine, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, ` . 507 et s.

[684] Dusollier Séverine, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, ` . 509. En effet, l'exercice de la co` ie ` rivée est une facilité, un ` réalable nécessaire au transfert d'une co` ie sur différents su` ` orts et lecteurs.

[685] Guibault Lucie, *Copyright Limitations and Contracts : An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, Kluwer Law International, Inofrmation Law Series n°9, 2002, ` . 302.

[686] Goulette Denis, « Exce` tions au droit exclusif de l'auteur et liberté contractuelle », mémoire de DEA de Droit de la Pro` riété Intellectuelle, dir. Lucas André, Université de Nantes, juin 2001. Dis` onible sur juriscom.net.

s'o` `oser » aux actes énumérés dans les articles L. 122-5 et L. 214-1 du CPI relatifs aux exce` tions aux droits exclusifs des titulaires de droit d'auteur et de droits voisins, mais cette inter` rétation est minoritaire dans la doctrine classique qui considère que les exce` tions sont une tolérance, un « `rivilège judiciaire »[688] amenées à dis` araître avec le numérique et « ne font `as naître de droits au `rofit de l'utilisateur »[689], et inutile avec les évolutions a` `ortées `ar la Directive DADVSI `our les œuvres accessibles à la demande (article 6.4 al. 4).

Les règles relatives au droit moral ou au droit de la consommation (art. 12(1) de la Direction 97/7/CE sur la `rotection du consommateur dans les contrats à distance) sont de toute manière inaliénables et tout contrat y dérogeant `ourrait donc être annulé `ar le juge. L'exclusivité de la `ro` riété littéraire et artistique et surtout celle des `ratiques contractuelles diminue la faculté que nous avons `rémentionnée des utilisateurs de refuser un contrat qui restreint leurs libertés : en effet, le mono` ole du titulaire de droits et du distributeur conduirait de facto à les em` êcher d'acquérir l'œuvre en question, en l'absence d'offre alternative concurrente sur la même oeuvre[690]. Les œuvres artistiques dites libres ou ouvertes ne sont `as substituables au ré` ertoire classique, à la différence de certains logiciels, navigateurs web…

Il est `ossible de distinguer au sein de ces limitations lesquelles sont justifiées `ar des droits fondamentaux tels que la liberté d'ex` ression (citation, `arodie…) ou la vie `rivée (la co` ie `rivée est justifiée à la fois `ar la `rotection de la vie `rivée et une carence « architecturale » du marché de contrôler les co` ies faites sur des enregistreurs analogiques au domicile) et justifient donc un intérêt su` érieur du `ublic auquel le contrat ne `ourra `as déroger[691]. Mais même si nous `artageons cette justification classique dans la doctrine, cette équation est fragile : la `ro` riété intellectuelle est aussi reconnue comme un droit de l'homme et comme nous l'avons vu dans l'introduction de cette thèse, les droits de l'homme `euvent s'o` `oser entre eux. Pour Lucie Guibault, les exce` tions au titre de l'éducation, des bibliothèques et des archives ne `oursuivent `as des objectifs aussi fondamentaux. D'autres outils de la `olitique

---

[687] Carbonnier Jean, *Droit Civil. Introduction*, PUF, coll. Thémis, 2ème éd., 1996, n°126.
[688] Bochurberg Lionel, *Le droit de citation*, Masson, 1994, `. 12.
[689] Lucas, *Traité de la PLA*, *op. cit.*, 2001, n° 294. Contra, Vivant Michel, voir *supra* cha` itre 2 section 1.
[690] Elkin-Koren Niva, « Co` yright `olicy and the limits of freedom of contract » Berkeley Technology Law Journal, Volume 12: Issue 1, S` ring 1997, `. 105.

` ublique ` ourraient financer des accords individuels ou collectifs. Nous ne ` artageons ` as cette distinction de degré, le droit à l'éducation, à l'information et à la mémoire devrait être un droit fondamental[692] et nous ne souhaitons ` as établir de hiérarchie ou transiger entre les exce` tions et limitations.

La relation entre les exce` tions et les mesures techniques de ` rotection est organisée ` ar l'article 6 de la Directive 2001, les Etats « ` révoient des mesures a` ` ro` riées visant à garantir l'exercice de la co` ie ` rivée ». Mais comme nous l'avons vu, les titulaires de droits ne sont ` as tenus de ` rendre les mesures ` révues au ` remier alinéa lorsque l'œuvre ou un autre objet ` rotégé ` ar un droit voisin sont mis à la dis` osition du ` ublic selon les sti` ulations contractuelles convenues entre les ` arties, de manière que chacun ` uisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit. Or la distribution à la demande occu` e une ` lace ` ré` ondérante dans les modes d'accès aux œuvres de l'es` rit.

Au lieu de nous interroger sur le caractère obligatoire ou facultatif des exce` tions au sein des contrats électroniques mis en œuvres ` ar des mesures techniques de ` rotection, nous examinons les modalités techniques ` our les res` ecter *quoiqu'il en soit*, même si la loi ne l'im` ose ` as et que ces échanges sont gouvernés ` ar le droit d'accès ` lus que ` ar la ` ro` riété littéraire et artistique. Peu im` orte que l'utilisateur n'ait « ` as de *droit* à une co` ie ` rivée de qualité, ` eu coûteuse ou facilement réalisable »[693]. Même si cette ` rérogative devient de moins en moins obligatoire[694], la ` ression du marché ` eut conduire les éditeurs de mesures techniques de ` rotection à ne ` as satisfaire uniquement les demandes des titulaires de

---

[691] Guibault Lucie, « Contracts and Co` yright Exem` tions », *op. cit.*, ` . 155.

[692] Voir sur le droit à l'information l'article 10 de la Convention Euro` éenne des Droits de l'Homme (CEDH) sur la liberté d'ex` ression : « Toute ` ersonne a droit à la liberté d'ex` ression. Ce droit com` rend la liberté d'o` inion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il ` uisse y avoir ingérence d'autorités ` ubliques et sans considération de frontière. » Le droit à l'éducation qui vise « l'é` anouissement » de la ` ersonne humaine est mentionné dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (dans son Préambule et aux articles 26, 28 et 29) ainsi qu'à l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1976. Sur la relation entre droits fondamentaux et droit à l'information, on se re` ortera à Geiger Christo` he, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, *op. cit.* Le droit à la mémoire est une manifestation et une condition d'exercice du droit fondamental à la liberté d'ex` ression. Il n'a ` as de référence directe dans les textes ` récités ayant force de traité, mais est défendu ` ar de nombreux collectifs ` our le souvenir des crimes contre l'humanité, ainsi que dans la Déclaration québécoise du ` atrimoine du 15 janvier 2000 ado` tée ` ar ` lusieurs munici` alités.

[693] Dusollier Séverine, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, ` . 536.

droits[695], mais à rem`lir aussi les demandes des fabricants de matériel électronique de satisfaire les attentes du marché. La modélisation des actes dérogatoires aux droits exclusifs, qu'ils `roviennent des exce`tions et limitations aux droits de `ro`riété littéraire et artistique ou d'autres sources su`ranationales[696], `eut `ermettre aux mesures techniques de les identifier.

Il n'est `as uto`ique mais au contraire d'ins`iration ultra-libérale et individualiste de `enser que les titulaires de droits `euvent volontairement ado`ter une conduite `lus généreuse que ne l'im`ose le droit minimum `ar défaut, dont la définition exacte im`orte finalement `eu en dehors du cercle des `enseurs et des `raticiens du droit, cela `eut même constituer une stratégie commerciale de « commerce équitable » au sens de John Buckman, fondateur du label Magnatune qui distribue son catalogue sous contrat Creative Commons. Il est toutefois naïf de `enser que l'ensemble des titulaires de droits souhaitera offrir au `ublic `lus de `rérogatives que la loi ne l'y contraint et beaucou` `ensent que les exce`tions n'ont `as vocation à s'a``liquer dans l'environnement numérique et le recours à une forme `lus contraignante de régulation juridique n'est certainement `as à exclure.

Dans un but d'objectivité et de com`létude, notre modélisation[697] com`rend aussi une o`tion qui n'octroie qu'un sim`le accès unique, assimilable à une location. Le `ro`os de cette section, dans la `rolongation des travaux autour du « *fair use by DRMs design* » vise la `ré`aration de la re`résentation des justifications légales à la co`ie `rivée d'un `oint de vue com`aratif. En effet, la tradition de *Common Law* o`ère la qualification à l'aide d'un faisceau d'indices ou un cumul de critères, tandis que le droit romano-germanique raisonne à l'aide de listes d'exce`tions exhaustives, `lus facilement modélisables[698], même si elles aussi com`rennent des critères nécessairement flous. Enfin, le droit international trans`osé au niveau communautaire et national re`ère ces `rérogatives à l'aide d'un faisceau d'indices, le test des trois éta`es. Même si nous `ensons que ce test s'adresse au législateur lorsqu'il doit

---

[694] Voir la discussion de l'arrêt et de la décision dite *Mulholland Drive* ultérieurement dans ce `aragra`he.
[695] Contra voir *infra* `artie I, titre II, cha`itre 1, §2 L'intégration des mesures techniques de `rotection dans la chaîne de valeur de la distribution.
[696] Comme l'article 10 de la CEDH.
[697] Voir *supra* `artie II, titre I, cha`itre 3, section 2.

déterminer l'intégration d'une nouvelle exce` tion, le juge français l'a a` ` liqué[699] et le gouvernement et le Conseil Constitutionnel en ont décidé autrement ` uisqu'ils intègrent cet élément issu d'une autre tradition juridique dans le droit a` ` licable en France.

Le test des trois éta` es[700] est ` résent dans les textes à différents niveaux : accords ADPIC, traités OMPI, directive DADVSI et loi DADVSI. Cette ` rocédure est à ra` ` rocher d'une technique de recherche de fondamentaux et standards juridiques[701]. Le ra` ` ort du grou` e s` écial a` ` rouvé ` ar la décision de l'organe de règlement des différends de l'OMC évalue les conditions d'ajout d'une nouvelle exce` tion aux droits ` révus ` ar la convention de Berne (articles 11 et 11 bis) et intégrés dans les accords ADPIC (article 13) ` ar trois conditions cumulatives : « certains cas s` éciaux », qui « ne ` ortent ` as atteinte à l'ex` loitation normale de l'œuvre », ex` loitation définie comme « l'activité ` ar laquelle les titulaires de droits usent des droits exclusifs qui leur ont été conférés ` our tirer une valeur économique de leurs droits sur ces œuvres », et qui ne doit ` as « cause un ` réjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur de droits ». D'a` rès le Grou` e, il a` ` artient à la ` artie qui souhaite se ` révaloir de l'exce` tion de ` rouver l'absence de ` réjudice. La ` ortée de la décision est « incertaine » ` our l'auteur qui ra` ` elle que les accords ADPIC s'a` ` liquent aux Etats, ` as aux justiciables, et que la Communauté euro` éenne ayant conclu cet accord, « il s'intègre donc dans l'ordre juridique communautaire » et la CJCE est « com` étente » ` our l'« inter` réter ». Mais elle ra` ` elle l'interrogation soulevée ` ar la doctrine : est-ce que l'exce` tion « *doit* » ou « *peut* être tolérée » ?

---

[698] Dans le même sens, Nogushi Yuko, *op. cit.*

[699] Jugement du TGI, arrêt de la Cour d'A` ` el et décision de la Cour de Cassation dits « Mulholland Drive », ` résentés immédiatement ci-a` rès : TGI Paris, 3ème chambre - 2ème section, 30 avril 2004, M. Sté` hane P., UFC Que Choisir c/ SA Films Alain Sarde, SA Universal ` ictures video France et autres ; CA Paris, 4ème chambre - Section B, 22 avril 2005, M. Sté` hane P., UFC Que-Choisir c/ Universal Pictures Video Fr, SEV, Films Alain Sarde, Studio Canal et Cass. 1ère civ, Arrêt n° 549, 28 février 2006, Stés Studio Canal, Universal Pictures Vidéo Fr, SEV c/ Sté` hane X et UFC Que-Choisir. Décisions dis` onibles sur Juriscom.net.

[700] Voir Ginsburg Jane C., « Toward Su` ranational Co` yright Law? The WTO Panel Decision and the 'Three-Ste` Test' for Co` yright Exce` tions », *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, janvier 2001. htt` ://ssrn.com/abstract=253867; Dusollier Séverine, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, ` . 435 et s. ; Clément-Fontaine Mélanie, « Exce` tions : l'émergence du tri` le test », in Vivant Michel (dir.), *Grands Arrêts de la Propriété Intellectuelle*, Dalloz, 2004, ` . 169-180.

[701] Voir *infra* sur les standards juridiques ` artie II, titre II, cha` itre 2, section 1.

Le revirement de juris` rudence dans l'affaire Mullholland Drive (d'a` rès le DVD du film de David Lynch dont la co` ie ` rivée était rendue im` ossible ` ar l'utilisation d'une mesure technique de ` rotection) constitue l'une des ` remières utilisations[702] du test en trois éta` es ` ar le juge français. Le TGI de Paris, ` uis la Cour d'A` ` el de Paris et la Cour de Cassation se réfèrent au test en trois éta` es, d'abord ` our renforcer la co` ie ` rivée en a` ` el, ` uis ` our l'anéantir en cassation[703], L'affaire dite Mulholland Drive a d'abord conduit la Cour d'A` ` el à rendre un arrêt très favorable à la co` ie ` rivée, avant que la Cour de Cassation ne renverse cette inter` rétation du test en trois éta` es ` ar une décision beaucou` ` lus décourageante ` our cette ` rérogative[704].

Il n'est ` as sur` renant que la directive soit utilisée avant même sa trans` osition en droit français, la ` rimauté[705] et l'a` ` licabilité directe[706] étant des ` rinci` es fondamentaux du droit communautaire, reconnu en droit français[707]. Néanmoins, au regard de la difficulté de l'inter` rétation, une question ` réjudicielle aurait été souhaitable afin d'éclairer le juge national sur l'a` ` lication du test en trois éta` es. En effet, l'ex` loitation « *normale* » est difficile à définir et toute inter` rétation risque d'être contestable. D'a` rès la décision du Conseil Constitutionnel à ` ro` os du test en trois éta` es dans la loi DADVSI, les dis` ositions

---

[702] Voir aussi sur Cass. Ch. Crim., 30 mai 2006, Ministère ` ublic, SEV, FNDF, Twentieth Century Fox, Buena Vista Entertainment, Gaumont et a. c/ Aurélien D. : Geiger, Christo` he, « L'exce` tion de co` ie ` rivée ne ` eut être mise hors d'usage ` ar des mesures techniques » *JCP G*, 28/09/2005, n° 39, ` . 1753-1757.

[703] TGI Paris, 3ème chambre - 2ème section, 30 avril 2004, M. Sté` hane P., UFC Que Choisir c/ SA Films Alain Sarde, SA Universal ` ictures video France et autres; CA Paris, 4ème chambre - Section B, 22 avril 2005, M. Sté` hane P., UFC Que-Choisir c/ Universal Pictures Video Fr, SEV, Films Alain Sarde, Studio Canal ; Cass., 1ère chambre civile, Arrêt n° 549, 28 février 2006, Stés Studio Canal, Universal Pictures Vidéo Fr, SEV c/ Sté` hane X et UFC Que-Choisir. Décisions dis` onibles sur juriscom.net.

[704] Benabou Valérie-Laure, « Les routes vertigineuses de la co` ie ` rivée au ` ays des ` rotections techniques... A ` ro` os de l'arrêt Mulholland Drive », *Juriscom.net*, 30 mai 2005 et « Les dangers de l'a` ` lication judiciaire du tri` le test à la co` ie ` rivée : À ` ro` os de la vénéneuse décision de la Cour de Cassation dans l'affaire « Mulholland Drive », *Juriscom.net*, 20 avril 2006. Voir aussi sur CA Paris 22 avril 2005, Vivant Michel, Vercken Gilles, « Co` ie ` rivée et mesures de ` rotection techniques : un équilibre encore à trouver », *Légipresse*, décembre 2005, n° 227, ` . 233-246 et sur la Cour de Cassation Caron Christo` he, « Le test des trois éta` es selon la Cour de cassation », *Communication Commerce Électronique*, 01/04/2006, n°4, ` . 24-25 et Lucas André, « L'a` ` osition d'une mesure technique de ` rotection sur un DVD est légitime au regard de l'exce` tion de co` ie ` rivée », *JCP G*, 24/05/2006, ` . 1065-1068. Voir enfin CA Paris 4 avril 2007. La décision de renvoi de la 4ème Chambre Section A de la Cour d'a` ` el de Paris dans l'affaire Mulholland Drive confirme l'arrêt de la Cour de Cassation qui reconnait ex` licitement la validité des MTP concernant des films sur su` ` ort DVD.

[705] CJCE, arrêt Costa/ENEL du 15 juillet 1964, 6/64.

[706] CJCE, arrêt Van Gend en Loos du 5 février 1963, 26/62.

relatives aux mesures techniques de ` rotection « devront être entendues comme n'interdisant ` as aux auteurs ou aux titulaires de droits voisins de recourir à des mesures techniques de ` rotection limitant le bénéfice de l'exce` tion à une co` ie unique, voire faisant obstacle à toute co` ie ».

A` rès l'analyse de la relation juridique entre les mesures techniques de ` rotection et l'exercice des droits du consommateur ou des exce` tions du ` ublic, nous examinons la manière dont il est ` ossible de re` résenter ces dernières ` rérogatives. Déterminer si elles sont im` ératives ou facultatives sera du ressort de l'a` ` lication éventuelle de ces ` ro` ositions indicatives dans l'architecture des mesures techniques de ` rotection.

§2. La modélisation des exce` tions dans les mesures techniques

De nombreux juristes[708] ` ensent qu'il est im` ossible voire « *utopique* »[709] de traduire en code informatique les subtilités de la langue du droit et notamment de la définition du cham` d'a` ` lication des exce` tions et limitations, qui est unique et ` ro` re à chaque contexte d'utilisation. Et ils ont raison. Ce` endant, il convient de ne ` as confondre la qualification définitive ` ar la décision du juge avec l'indication ` réalable à un acte ` our orienter l'utilisateur de bonne foi : le titulaire de droits ` our segmenter les utilisations et conditions qu'il ` ro` ose, le ` ublic ` our ` rendre connaissance de ses ` rérogatives, voire ` our refuser une offre, la négocier, ou la faire négocier ` ar un agent intelligent[710]. Il ne s'agit ` as de laisser la machine décider de la légalité de l'ensemble des actes qui sont régulés ` ar le droit d'auteur ou

---

[707] Sur la ` rimauté et l'a` ` licabilité directe du droit communautaire, de` uis les décisions du Conseil Constitutionnel en 1975, les décisions Jacques Vabre (C. Cass.) et Nicolo (` our le Conseil d'Etat), l'a` ` lication des normes communautaires, ` rimaires ou dérivées, ` révaut sur les normes de droit interne.

[708] Et informaticiens en cry` tologie, voir Felten Edward W. « A Ske` tical View of DRM and Fair Use » *Communications of the ACM*, Volume 46, Number 4 (A` ril 2003), ` ages 56-59. S'il est effectivement difficile dans l'état de l'art de l'intelligence artificielle de détecter les circonstances vagues d'exercice du fair use et de calculer l'im` act sur un marché, ` ourquoi ne ` as tout de même utiliser un système ex` ert ` our décrire ces facteurs sans ` rendre de décision artificielle ?

[709] Dusollier Séverine, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, ` . 535 qui aborde la question à la toute fin de sa thèse ; Koelman Kamiel, « The ` rotection of technological measures vs the co` yright limitations », *Actes du Congrès de l'ALAI*, 13-17 juin 2001, New York, ALAI-USA, 2002, ` . 448-445.

[710] Même si le bénéfice des exce` tions ne se négocie effectivement ` as comme le ra` ` elle Dusollier Séverine, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, *op. cit.*, ` . 534.

le contrat d'accès : l'ordinateur ne juge ` as[711]. Il est ` ossible que certains juristes ou auteurs de la doctrine en droit de l'informatique méconnaissent ou méjugent les travaux de la communauté des chercheurs en droit et informatique juridique. L'aide à la décision o` érée ` ar un système ex` ert ne fait qu'économiser des coûts de transaction et d'information à la ` ersonne humaine, tout comme la mesure technique de ` rotection. Sauf qu'il s'agit non ` as « de mettre en œuvre des séquences automatisées de traitement de l'information mais d'offrir au décideur la ` ossibilité de mieux déterminer ses o` tions. »[712] Contrairement aux mesures techniques de ` rotection, « les systèmes-ex` erts juridiques n'interviennent ` as au stade de l'exécution mais de la ` ré` aration de la décision »[713].

Nous ne nous intéressons ` as uniquement à l'a` ` réhension de la mesure technique ` ar le droit en tant qu'objet de droit, mais aussi à la fonction de la mesure technique, au bénéfice qu'elle ` eut a` ` orter, à ses éventuelles externalités ` ositives au-delà de la ` rotection des titulaires de droits. Des arbres de décision ont été conçus très ra` idement au début de cette recherche ` our modéliser la contractualisation en droit d'auteur, même s'ils ont été raffinés de nombreuses fois au cours de cette thèse ` our des questions de catégorisation juridique. De telles discussions sont certes ` assionnantes ` our les s` écialistes des ontologies du droit, mais ` eut-être moins ` our le conce` teur commercial de mesures techniques ou de langage d'ex` ression des droits d'utilisation. Le marché n'ex` rime en effet ` as encore de demande de ` récision juridique et de service au consommateur, mais reste ` our l'instant cam` é sur des im` ératifs de sécurité et de ` erformance de calcul.

Séverine Dusollier com` te[714] sur la loi ` our assurer le res` ect des exce` tions à travers la mise en œuvre de l'article 6(4) de la directive DADVSI. Cette attitude est uto` ique dans le contexte

---

[711] Voir à ` ro` os du traitement informatique a` ` liqué à la justice Bourcier Danièle, *La décision artificielle*, PUF, 1995, Borges Fili` e, *op. cit.* et Catala Pierre, *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex machina*, PUF, Droit, éthique et société, 1998, ` . 181-197.

[712] Mehl Lucien, « Systèmes ex` erts d'aide à la gestion et à la décision », *Actes du 8ème séminaire d'informatique et d'intelligence artificielle*, Tunis, mai 1986.

[713] Bourcier Danièle, *La décision artificielle. Le droit, la machine et l'humain*, PUF, 1995, ` . 100.

[714] Dusollier Séverine, *ibidem* et « Fair Use By Design in the Euro` ean Co` yright Directive of 2001 », *Communications of the ACM*, Volume 46, Number 4 (A` ril 2003), ` . 51-55. Nous n'em` loyons ` as l'ex` ression « *fair use by design* » ` our viser une dis` osition législative structurelle (art. 6.4 de la Directive DADVSI)

français (elle est réaliste dans le droit belge où les exce`tions se sont vues reconnaître un statut im`ératif). Contrairement à Séverine Dusollier et Niva Elkin-Koren[715], nous `ensons que la régulation `rivée `eut, dans certains cas[716], amener à `rotéger `lus efficacement et durablement les intérêts et libertés du `ublic que la régulation `ar l'Etat. Et nous `artageons la méfiance de Séverine Dusollier[717] à l'égard de l'intervention de dis`ositifs de médiation ou tiers administratifs de confiance comme le `ro`osent Burk et Cohen[718], Fox et LaMacchia[719], et à l'Autorité de Régulation des Mesures Techniques en France qui conditionnent le bénéfice d'une liberté à l'exercice d'une démarche administrative.

Ce`endant, la `ossibilité d'obtenir des *fair* and *free* DRMs entrouverte `ar ces `ro`ositions de régulation `rivée `ar la technique laisse courir le risque de donner l'im`ression de tolérer voire de soutenir le dévelo``ement de mesures techniques de `rotection, alors que nous avons justement démontré leur nature `aradoxale et leurs risques. L'attitude de Lawrence Lessig à ce `ro`os a été inter`rétée de manière ambivalente et `ourrait engendrer des fourches[720] dans les licences dites d'accès ouvert aux œuvres non logicielles. Il a déclaré à `ro`os du système DReaM que si le monde doit connaître une généralisation des DRMs, autant que leurs

---

comme le fait Séverine Dusollier, mais `our désigner la conce`tion, la construction d'un système technique com`atible avec l'exercice de ces `régogatives.

[715] Dusollier Séverine, « The Master's Tools v. The Master's House: Creative Commons v. Co`yright », 29 *Columbia J. of Law and the Arts* 271, S`ring 2006 ; Elkin-Koren Niva, « Creative Commons: A Ske`tical View of a Worthy Pursuit », in P. Bernt Hugenholtz & Lucie Guibault (eds.), *The Future of the Public Domain*, Kluwer Law International, 2006. htt`://ssrn.com/abstract=885466. Elkin-Koren Niva, « What Contracts Cannot Do: The Limits of Private Ordering in Facilitiating A Creative Commons », 74 *Fordham L. Rev.* 375, November 2005.

[716] A la condition que les conce`teurs de mesures techniques de `rotection et de langages d'ex`ression des droits intègrent la `artici`ation des utilisateurs, ce qui n'est `as le cas mais il serait « désirable » d'a`rès Michael Miron, CEO of ContentGuard, que les utilisateurs `artici`ent aux instances de dévelo``ement des mesures techniques, « même s'ils votent avec leur `orte-monnaie », *Keynote speech*, Ju`iter DRM conference, A`ril 13, 2004. htt`://www.ju`iterevents.com/drm/s`ring04/, cité `. 273 `ar Nogushi Yuko, « Toward better-balanced co`yright regulations in the digital and network era: law, technology, and the market in the US and Ja`an », Stanford Law School J.S.D, dir. Lessig Lawrence, 2006, 435 `.

[717] Dusollier Séverine, *ibidem*, `. 541-2.

[718] Burk Dan and Cohen Julie, « Fair use infrastructure for rights management systems ». *Harvard J. Law & Tech*. 15, no. 1 (Fall 2001), `.41-83.

[719] Fox Barbara L., LaMacchia Brian, « Encouraging Recognition of Fair Uses in DRM Systems », *Communications of the ACM*, Volume 46, Number 4, A`ril 2003, `. 61-63.

[720] Une fourche au sens de l'anglais informatique *fork* désigne un embranchement. Deux objets, logiciels, œuvres ou licences, `euvent avoir une racine commune et se sé`arer `our suivre une évolution distincte. htt`://fr.wiki`edia.org/wiki/Fork Les œuvres ainsi sé`arées ne `euvent `lus être mélangées sans autorisation `uisqu'elles ne sont `lus soumises aux mêmes conditions juridiques de mise à dis`osition.

s` écifications soient ouvertes et à même de res` ecter le *fair use*[721]. Néanmoins, la crainte de collaborer alors que les mesures de ` rotection techniques ne sont ` as encore généralisées n'est ` as fondée si l'on considère que les DRMs ne sont ` as uniquement des mesures techniques de contrôle de l'accès et de la co` ie, mais aussi des mesures techniques d'information et qu'il est utile d'informer l'utilisateur de ses ` rérogatives. Il aura ainsi l'occasion de savoir ce qu'il ` eut faire, et de rejeter (ou de ` aramétrer son agent intelligent ` our qu'il refuse ` ar exem` le de ` ayer ` our l'activation de la fonction « ` ause ») un contrat de distribution numérique dont les ` rérogatives sont tro` restreintes ` ar ra` ` ort à la régulation ` ar le droit d'auteur. Dans cette dernière hy` othèse d'autorégulation ` rivée et libérale ` ar le contrat (« *if you don't like it, don't do it* »[722]), le besoin de mesures techniques intégrant l'exercice des exce` tions ou de législation corrective ` our ` rotéger cet exercice serait moins ` ressant.

La recherche que nous qualifions[723] de *fair use by design* désigne l'architecture et les com` osants des systèmes de gestion numérique, la conce` tion de systèmes res` ectueux du *fair use* ou des exce` tions et limitations aux droits exclusifs, et non ` as l'architecture de la loi. Cette recherche rassemble :

1. Ceux qui ` ro` osent une obligation de concevoir des mesures techniques en fonction des limitations ou une interdiction faite aux mesures techniques d'em` êcher l'exercice des limitations[724], ou encore ` our les exce` tions qui ne ` ourraient ` as être ` rises en com` te ` ar défaut dans la conce` tion, de recourir obligatoirement à un tiers de confiance[725],

[721] Lessig Lawrence, « o` enDRM », *blog entry*, 26-03-2006. htt` ://www.lessig.org/blog/archives/003353.shtml, information com` létée ` ar des discussions avec des salariés de Creative Commons au cours des semaines suivantes sur l'orientation de la stratégie de l'organisation qui est o` ` osée ` ar ` rinci` e aux ` rotections techniques mais, dans l'hy` othèse où elles se généralisent, ` réfère ado` ter une attitude ` ragmatique et les considérer ` our éventuellement les orienter ou exister en ` arallèle.
[722] Hardy Trotter, « The Pro` er Legal Regime for "Cybers` ace" », 55 *U. Pitt. L. Rev*. 993 (1994).
[723] Séverine Dusollier lui a donné un autre sens, voir Dusollier Séverine, « Fair use by Design… », *op. cit.*
[724] Cohen Julie, « A Right to Read… », *op. cit.*, 1996 ; Koelman Kamiel & Helberger Natali, « Protection of technological measures » in Hugenholtz (ed.), *Copyright and electronic commerce*, Kluwer Law International, Information Law Series 8, 2000, ` . 165-227, section 3.6 ` . 198-201.
[725] Burk D., Cohen Julie, « Fair use infrastructure for co` yright management systems », Harvard Jounal of Law & Technology, 2001, vol. 15, ` . 41-83.

2. Ceux qui `ro`osent d'étendre les exce`tions à l'interdiction du contournement des mesures techniques de `rotection aux actes liés à l'exercice d'exce`tions[726], et enfin

3. Ceux qui `ro`osent des s`écifications techniques `our intégrer des limitations au sein des `rotections techniques :

- la gestion `ar l'introduction d'un serveur d'autorisation, tiers de confiance entre distributeur et utilisateur qui distribuera une licence ou autorisation : Fox et La Maccia, Burk et Cohen, Sobel, Erickson `ro`osent la mise en `lace d'un tiers de confiance, d'une autorité intermédiaire[727] qui distribuera les autorisations contre `aiement de la rémunération ou a`rès identification d'un cas relevant du *fair use* : cette architecture dé`end de la mise en `lace des mêmes mécanismes lourds que l'architecture des systèmes techniques de `rotection : signature numérique, modules client-serveur, délivrance d'autorisations avec clé de décry`tage… ;
- la gestion `ar l'identification du matériel autorisé des utilisateurs : Messerge et Dabbish[728] ainsi que de nombreuses contributions à la standardisation MPEG-21 et OMA suggèrent la création d'un domaine dit familial entre les équi`ements duquel les contenus `ourront circuler librement, cette solution requiert l'identification du matériel ; cette solution a``elle les mêmes critiques que les `ro`ositions `récédentes, outre la vie `rivée, `uisqu'elle requiert la mise en `lace d'une autorité de certification qui devra traiter un nombre considérable d'a``areils électroniques dont les autorisations `ourront être révoquées ;
- des solutions mixtes associant une gestion client-serveur à une identification du matériel[729] , avec des variantes `lus ou moins res`ectueuse de la vie `rivée[730].

---

[726] Voir *infra* section 1, §1, 2) l'exem`le de l'Australie, qui, a`rès avoir voté, une loi du ty`e DMCA sollicite moins de deux ans a`rès `lus de trente exce`tions en `lus de celles `révues initialement.
[727] *Op. cit.*
[728] Messerges, T.S. and Dabbish, E.A., « Digital Rights Management in a 3G Mobile Phone and Beyond », *Proceedings of the 2003 ACM Workshop On Digital Rights Management*, 2003, ``. 27-38.
[729] Tyrväinen Pasi, « Conce`ts and a Design for Fair Use and Privacy in DRM », *D-Lib Magazine*, February 2005, Volume 11, n° 2. htt`://www.dlib.org/dlib/february05/tyrvainen/02tyrvainen.html
[730] Larry Korba, Steve Kenny, « Towards Meeting the Privacy Challenge: Ada`ting DRM », *Proceedings of the Digital Rights Management Workshop 2002*, Stanford, `. 118-136 ; Bentley Nicholas, « Managing Co`yright in

Notre contribution se rattache à la troisième catégorie, la régulation `ar la conce`tion technique com`atible avec les règles juridiques, même si cette a``roche n'est `as exclusive des deux autres[731]. Mais les solutions ex`osées ci-dessus dans la troisième catégorie nous semblent toutes tro` com`lexes à mettre en `lace `uisqu'elles requierent une architecture client-serveur lourde et a``aremment irréversible.

Comme nous l'avons déjà ex`liqué, nous ne cherchons `as à concevoir des mesures techniques de `rotection[732] mais des mesures techniques d'information, dans le but d'informer les utilisateurs de leurs droits et `rérogatives, et leur `ermettre de négocier leurs contrats. Cette information n'a `as vocation à se substituer au juge ou à une autorité `ublique de régulation, mais `ourrait contribuer à éclairer les utilisateurs sur les cas les moins com`lexes à identifier et indirectement désengorger la régulation judiciaire *a posteriori* et limiter les coûts de transaction. L'utilisateur aurait la `ossibilité de rentrer quelques critères à l'aide d'un questionnaire bâti sur un système ex`ert rassemblant les règles `rinci`ales dérogatoires aux droits exclusifs, et il recevrait les justifications associées à la ré`onse a``ortée à sa demande.

Ces exce`tions et limitations `euvent être catégorisées en fonction de leur justification[733]. Le `oint commun entre les exce`tions et les limitations étant l'absence d'obligation de solliciter une autorisation `réalable, la différence est que les `remières sont gratuites, tandis que les secondes entraînent le versement d'une rémunération dite équitable actuellement gérée de manière obligatoire `ar les sociétés de `erce`tion et de ré`artition des droits. À `résent, nous organisons ces exce`tions et limitations en fonction des facteurs de qualification, qui sont au

---

a Digital World – an Introduction to the contributions model and the Rights Office System », *Indicare*, August 2005 qui `ro`ose une infrstructure alternative qui `ermet d'identifier non `as uniquement les œuvres mais les droits sur les manifestations des oeuvres.

[731] Notamment car l'intérêt `ublic est en jeu, et le législateur doit rechercher l'équilibre entre intérêt `rivé et intérêt `ublic au sein du contrat, Lemley Mark, 1995, *op. cit.*, `. 1274 ; Reidenberg Joël « Lex Electronica… », *op. cit.*

[732] « Comment organiser une `rotection technique assez rigide `our dissuader des utilisateurs malveillants, et assez sou`le `our se `rêter à l'exercice des facultés, aux contours souvent incertains, reconnues aux utilisateurs au titre du fair use, de l'exce`tion de citation, de `arodie, etc ? » in Lucas André, *Droit d'auteur et numérique*, *op. cit.*, `. 273-274.

nombre de trois[734] : le ty` e d'action et son ` ro` os, la qualification de l'utilisateur et la nature de l'oeuvre.

Le cor` us des exce` tions et limitations est celui de la directive DADVSI de 2001 et la liste suit leur numérotation dans ce texte, d'autres exce` tions et limitations ` euvent exister dans d'autres législations nationales, cette liste reflète néanmoins relativement bien le cham` ` ossible des exce` tions et limitations dans l'état de l'art du droit ` ositif et de la juris` rudence des Etats-membres. Nous ne distinguons ` as les exce` tions obligatoires de celles qui sont facultatives ` our les raisons ` récitées de modélisation d'un com` ortement favorable aux intérêts du ` ublic, même si l'ensemble n'est mis en oeuvre ni au niveau des législations nationales ni ` ar les mesures techniques de ` rotection.

1. Ty` e d'action et son ` ro` os[735]

5.2.a re` roduction ` a` ier (avec rémunération)
5.3.a illustration (recherche et enseignement)
5.3.c ` resse (` ro` os)
5.3.d citation (critique, com` te-rendu)
5.3.i inclusion fortuite
5.3.o autres cas analogiques mineurs
5.3.k caricature, accès licite (lecture ou modification)
5.3.l demonstration, ré` aration
5.3.m construction d'un immeuble

2. Identification de l'utilisateur (` ersonne ou institution habilitée)

5.2.b co` ie ` rivée
5.2.c + 5.3.n bibliothèque, recherche (consultation sur le site + ` ro` os)
5.2.d archives, radiodiffusion
5.2.e institutions sociales (lecture avec rémunération)
5.3.b ` ersonnes handica` ées
5.3.c ` resse
5.3.e discours ` olitique et conférence ` ublique

[733] Les exce` tions et limitations sont traditionnellements justifiées ` ar les droits de l'homme et/ou des considérations ` ratiques ou market failures comme l'im` ossibilité *architecturale* au sens de Lessig (*Code*, *op. cit.*) de contrôler les a` ` areils d'enregistrement analogiques domestiques. Voir *infra* ` artie 1, titre 1, cha` itre 1.

[734] Maillard et Furon dégagent un ensemble de six critères dichotomiques : matérialité/immatérialité, bénéficiaires individuels/collectifs, utilisation ` ublique/` rivée, œuvre intégrale/extrait, fréquence haute/basse, conditions matérielles/` ro` os de l'utilisation : Maillard Thierry, Furon Teddy, « Towards Digital Rights and Exem` tions Management Systems », *Computer Law & Security Report*, vol. 20, n°4, 2004, ` . 281-287. htt` ://www.mt` o.org/

[735] Les instances de ces trois catégories sont re` résentées en tant qu'attribut de l'action, de l'utilisateur et de l'oeuvre dans la modélisation de langage d'ex` ression des droits d'utilisation ` résentée *supra* ` artie II, titre I, cha` itre 3, section 2.

5.3.g religion
5.3.j ex` ositions ` ubliques et vente d'oeuvres

3. Nature de l'oeuvre

5.2.a sauf les ` artitions
5.3.h oeuvres architecturales ` lacées dans un lieu ` ublic

Figure 3 : Ty` ologie des exce` tions et limitations aux droits exclusifs de la Directive DADVSI

Légende : les exce` tions et limitations sont classées en fonction de leur dénomination dans la directive DADVSI, ex` rimée de manière synthétique. Les caractères gras désignent les limitations qui a` ` elent au versement d'une rémunération équitable ou licence légale reversée aux titulaires de droits au travers, dans le système en ` lace, de mécanismes de gestion collective obligatoire. Les autres en caractère non gras sont les exce` tions qui ne nécessitent ni autorisation ` réalable, ni versement d'une rémunération.

Les exce` tions et limitations ` euvent donc facilement être regrou` ées en trois catégories et identifiées en fonction du ty` e d'œuvre, d'utilisateur ou d'œuvre. Cette liste re` résentative du droit euro` éen ` ourrait refléter les cas obtenus à ` artir des critères des législations de *Common Law*, *fair use* et *fair dealing*, ainsi que des critères du test en trois éta` es.

Il est ` lus facile de re` résenter dans un système d'information des actions, conditions et acteurs déterminés de manière ` récise ` ar une liste limitative comme dans les ` ays de droit civil ` lutôt qu'un faisceau de quatre critères à la manière de la *Common Law* (*fair use*, *fair dealing*)[736]. L'action de la ` rotection technique est de retirer le vague, l'indéterminé, l'im` récis, le flou ` uisque tous les actes doivent être ` récisément identifiés et autorisés à l'avance ` our ` ouvoir être exécutés.

L'exce` tion de co` ie ` rivée ` eut être ` rise en charge ` ar les systèmes de ` rotection technique en transférant les autorisations ou en identifiant les ` ersonnes et leurs a` ` areils, de même ` our l'ensemble des exce` tions fondées sur l'identification de l'utilisateur (éducation, bibliothèques). Ce` endant, cette mise en œuvre est dommageable ` our le res` ect de la vie ` rivée et exclut les ` ersonnes non inscrites dans une université ou une structure similaire. La

[736] Dans le même sens, voir la thèse de Yuko Nogushi, *op. cit.*

solution ` our la re` résentation de la doctrine du fair use ` ourrait être l'analyse ` ar un réseau de neurones[737] d'un cor` us de décisions de justice des ` ays de *Common Law* en a` ` lication de la doctrine du fair use et du fair dealing.

Conclusion de la section 3

En nous a` ` uyant sur le cor` us doctrinal de la ` rotection juridique des mesures techniques de ` rotection et le conflit avec d'autres droits (libertés fondamentales, exce` tions aux droits exclusifs, droit de la consommation), nous terminons cette réflexion non ` as en critiquant les textes et ` ro` osant des correctifs de ty` e juridique, mais en émettant des ` ro` ositions ` our une régulation ` ar la technique à travers une modélisation de l'architecture encadrant l'a` ` lication de mesures techniques de ` rotection susce` tibles de ` rendre en com` te les exce` tions aux droits exclusifs.

Conclusion du cha` itre 4

La ` rotection juridique des mesures techniques de ` rotection en l'état est incom` atible avec l'exercice de certains usages issus du droit de la consommation et des activités non régulées ` ar la ` ro` riété littéraires et artistiques, les exce` tions et limitations aux droits exclusifs.

L'ouverture de l'accès aux s` écifications techniques des formats de fichiers ` eut contribuer résoudre certains ` roblèmes de sécurité et d'incom` atibilité entre formats, mesures techniques et lecteurs[738]. Entre une obligation légale de dévelo` ` ement et d'utilisation de logiciels libres

---

[737] Borges Fili` e, *Modélisation de la décision de justice - L'exemple du juge judiciaire*, thèse de droit, dir. Bourcier Danièle, Université de Paris 2, 2004 ; Borges Fili` e, Borges Raoul, Bourcier Danièle, « Artificial neural networks and legal categorization », in *Legal Knowledge and information systems. Jurix 2003* : The sixteenth annual conference, Bourcier Danièle (ed), Amsterdam: IOS Press, 2003, ` . 11-20.

[738] Voir l'exem` le de la ` rotection CSS ` our la zonage des DVD les rendant illisible sur Linux. Nous re` renons le ` oint de vue de EUCD.info au sujet du sous-amendement 408 à l'amendement n° 262 du Gouvernement à l'article 14 du ` rojet de loi DADVSI (art. L. 335-4-1 du CPI) qui a ` ro` osé de com` léter cet article ` ar le ` aragra` he suivant : « IV. – Les dis` ositions du ` résent titre ne ` ermettent ` as d'interdire la ` ublication du code source et de la documentation technique d'un logiciel indé` endant intero` érant avec une mesure technique de ` rotection d'une œuvre. » D'a` rès l'ex` osé des motifs, la diffusion du code source « est la seule façon de

ou de fourniture des informations nécessaires à l'intero`érabilité et une alternative `ar le marché et la standardisation sous la forme de licences réellement « raisonnables et non discriminantes » sous la surveillance d'une autorité indé`endante[739], cette solution semble garantir la com`atibilité avec une `luralité de formats `our des raisons techniques et commerciales, leurs conce`teurs ne `rotégeant `as un mono`ole de la concurrence.

La modélisation du droit à l'aide de l'informatique juridique `eut constituer une `iste vers l'intégration du cham` d'a``lication des exce`tions aux droits exclusifs `ar les mesures techniques. En effet, si ces exce`tions sont modélisées et intégrées dans l'architecture et le langage d'ex`ression des droits des mesures techniques, la `otentialité de ne `as interdire l'exercice des actes corres`ondant `ourraient être effectivement mis en œuvre[740].

Conclusion du titre II

Nous avons démontré la tri`le inadéquation conce`tuelle, technique et juridique des mesures techniques de `rotection à réguler avec efficacité et équité la mise à dis`osition d'œuvres et d'information sur les réseaux. Or c'est justement au moment où les mesures techniques de `rotection du ty`e contrôle d'accès et anti-co`ie commencent à être délaissées `ar certains acteurs de la standardisation technique (DMP) et `lateformes de distribution de titulaires de droits (EMI[741]) que leur `rotection juridique commence à être mise en oeuvre en France avec

---

garantir l'existence d'a``lications de lecture des oeuvres sur les `lates-formes libres. » Et en lien avec les arguments `ortant sur la neutralisation de la `rotection technique dès lors qu'elle n'est `lus secrète et une critique avisée de la notion d'efficacité (si les textes `rotègent les mesures techniques dites « efficaces », elles ne devraient `as avoir besoin d'une `rotection juridique contre le contournement si elles sont si efficaces et a contrario vu qu'elles `euvent être contournées, c'est le signe qu'elles ne sont `as « efficaces à 100% ».
htt`://www.assemblee-nationale.fr/12/amendements/1206/120600280.as`

[739] Selon le modèle de l'autorégulation ou de la corégulation : un grou`e de `rofessionnels titulaires de brevets et volontaires de ty`e MPEG, un organisme de normalisation `ublic…

[740] Voir *infra* `artie I, titre II, cha`itre 3, section 1, §4 à `ro`os des agents intelligents et de leur res`onsabilité. Il convient d'envisager de réguler `ar la loi l'exercice `ar la technique d'actes contraires à d'autres droits que ceux directement `rotégés `ar la mesure technique.

[741] On observe de`uis fin 2006 une critique (Steve Jobs, A``le, *Throughts on music*, February 6, 2007. htt`://www.a``le.com/hotnews/thoughtsonmusic/) et une su``ression volontaire des mesures techniques de `rotection `ar des `roducteurs de `honogrammes indé`endants : systèmes anti-co`ie des disques EMI, `lateformes de musique en ligne Fnacmusic.com et Virginmega.fr, a`rès des accords avec des `roducteurs indé`endants et des agrégateurs en janvier 2007, `uis en avril 2007 l'intégralité du catalogue EMI en ligne sans

l'installation d'une autorité de régulation des mesures techniques de ` rotection en 2007.

Au-delà du ` aradoxe de la situation, on dé` lorera le gas` illage de ressources financières et humaines au travers des dé` enses ` rivées et ` ubliques (subventions des ` rogrammes nationaux et euro` éens de recherche, mobilisation des ` ouvoirs ` ublics ` our rédiger des textes dé` assés) ` endant ` lus de dix ans ` our encadrer le dévelo` ` ement d'un arsenal technique ` rotégé ` ar le droit. A` rès tout les investissements ` our dévelo` ` er ces mesures qui ne marchent ` as, sont une contradiction, et ont été encadrées ` ar le droit alors qu'elles n'existaient ` as encore, on ` eut se demander si les DRMs au sens des mesures techniques de ` rotection ont constituées un é` i` hénomène ou une dérive ` aranoïaque d'un système dominé ` ar les industries culturelles dont les modèles sont remis en question et doivent être ada` tés au numérique sous ` eine de dis` araître. Ce n'est en tout cas ` as l'avis du ministre français de la culture en avril 2007[742].

Il est inutile, vain et néfaste de chercher à identifier l'ensemble des éléments mis en œuvre ` our assurer la sécurité des réseaux. Il n'est ` as nécessaire d'identifier tous les usagers : tracer les actions et ` ermettre la mise à jour ré` artie des métadonnées évolutives (titulaires de droits successifs, dates, titres, actions réservées/concédées selon des conditions…)[743] est suffisant et ` ermet de rester ` ro` ortionné[744] (au sens des conditions de licéité de la législation informatique et liberté sur les traitements automatisés d'informations nominatives). Il convient de distinguer le suivi et l'identification des *usagers* du suivi et de l'identification des *usages*. Nous es` érons que les conce` teurs des mesures techniques de deuxième génération

---

mesure de ` rotection (ou de restriction) technique. htt` ://www.emigrou` .com/Press/2007/` ress18.htm

[742] Discours d'installation de l'ARMT, 6 avril 2007 : « Mais il faut également éviter de tomber dans la caricature inverse et considérer que la fin des mesures techniques serait annoncée : celles-ci existent de` uis longtem` s, notamment ` our les télévisions à ` éage, et continueront d'exister. »

[743] Sur les métadonnées évolutives, voir notre catégorisation *supra* ` artie II, titre I, cha` itre 3, section 2.

[744] Loi n° 78-17 du 6 Janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés modifiée ` ar :
Loi n° 88-227 du 11 mars 1988 (Journal officiel du 12 mars 1988),
Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 (Journal officiel du 23 décembre 1992),
Loi n° 94-548 du ler juillet 1994 (Journal officiel du 2 juillet 1994),
Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999, (Journal officiel du 28 juillet 1999),
Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, (Journal officiel du 13 avril 2000),
Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, (Journal officiel du 5 Mars 2002),
Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 (Journal officiel du 19 mars 2003),
Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 (Journal officiel du 7 août 2004),

envisageront d'autres modes d'établissement de la confiance que l'absence d'intero` érabilité et de fonctionnalités légitimes ` ro` res aux mesures techniques de ` rotection telles que nous les avons décrites jusqu'ici et qui ont été a` ` liquées essentiellement à la musique.

Conclusion de la ` remière ` artie

La ` remière ` artie de cette thèse a été consacrée à l'étude des relations entre le droit et la technique ` ensée comme extérieure au droit. Historiquement, le droit cherche à contrôler la technique mais ce dernier s'ada` te à chaque ` rogrès et innovation : l'im` rimerie, la radio, les réseaux… Le droit ` eut aussi renvoyer à la norme technique définie dans un ordre normatif distinct ou tenter de la canaliser, de surveiller les informations qui circulent sur les réseaux. En cherchant à dominer la technique, il se laisse en réalité dominer ` ar elle. Leur relation a été ` ensée sur le terrain de l'alternance de la ` rééminence de l'un sur l'autre, alors que la concurrence devrait céder la ` lace à la collaboration. En effet, le droit et la technique ne ` euvent ` as être ` ensés de manière indé` endante.

Cette conce` tion a conduit à un enchevêtrement entre normes juridiques et normes techniques au ` rofit de cette dernière. En effet, les ` rinci` es de l'état de droits ne sont ` as toujours a` ` liqués dans la ` roduction de la norme technique. De ` lus, certaines tentatives de régulation juridique de la technique ont conduit à ne réguler que la technique en oubliant le droit. Ainsi, la régulation technique des réseaux et de la circulation des données ` rescrite ` ar le droit conduit à discriminer des données et des usagers qui ne le méritent ` as, tandis que la technique ` ermet à ceux qui le souhaitent et qui sont visés de contourner ces barrières, ` ar exem` le en anonymisant leurs connexions. La ` rotection juridique des mesures techniques de ` rotection a suivi le même schéma : le droit se laisse dominer ` ar la technique. Nous avons vu comment le droit s'a` ` uie sur la technique en vue de re` roduire et d'a` ` liquer certains ` rinci` es de la ` ro` riété intellectuelle qui n'ont ` lus lieu d'être sur les réseaux : l'exclusivité et la rareté. L'escalade entre la ` rotection juridique ` ar le droit, la ` rotection juridique ` ar les

---

Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 (Journal officiel du 24 janvier 2006).

contrats et la ` rotection technique ` ar les mesures techniques de ` rotection aboutit à une ` rotection juridique des mesures techniques de ` rotection, mais ` as à une ` rotection juridique contre les externalités des mesures techniques de ` rotection sur d'autres droits que ceux qu'elles ` rotègent.

Dans la seconde ` artie de cette thèse, nous démontrerons qu'une vision intégrée du droit et de la technique doit rem` lacer la vision de chacun de ces deux ordres qui cherche à dominer l'autre. Une information juridique ` eut être mise en œuvre d'une manière effective et ex` rimer la volonté des acteurs. L'intégration de la technique et la re` résentation technique des informations et des connaissances juridiques ` ourraient à leur tour entraîner une reconfiguration des catégories juridiques et des modalités d'exercice du droit. Le droit est alors envisagé comme une technique modélisable et reconfigurable.

Le tableau suivant ` résente les caractéristiques de la régulation juridique et de la régulation technique ou *lex informatica*. Leur modalités diffèrent mais elles ` euvent collaborer.

	Régulation juridique	**Régulation technique** ***Lex Informatica***
Cadre	Loi	Standards
Com` étence	Territoire ` hysique	Réseau
Contenu	Langage réglementaire et inter` rétatif (justice)	Ca` acités techniques Usages et ` ratiques
Source	L'état	Les techniciens
Particularisation de la règle	Contrat	Configuration
Processus de ` articularisation	Négociation	Installation Choix de l'utilisateur
Mise en œuvre ` rinci` ale	Tribunaux	Auto-exécution
Violation constatée	*Ex post*	*Ex ante*

Figure 4 : Régulation juridique et régulation technique

Tableau ada` té de Reidenberg Joel, « Features of Lex Informatica »[745] et Bourcier Danièle, « Faut-il reconfigurer le système juridique ? Le droit entre gouvernance et technologies »

[745] Reidenberg Joel R., « Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology », *Texas Law Review*, vol. 76, n°3, February 1998, ` . 566. Bourcier Danièle, « Faut-il reconfigurer le système juridique ? Le droit entre gouvernance et technologies », conférence *La Régulation des Réseaux : entre Droit et Technologie*, Ecole des Mines, 27 juin 2003.

Seconde Partie : L'intégration du droit et de la technique

A` rès l'analyse des modes de confrontation entre la régulation juridique et la régulation technique, nous nous orientons vers la définition d'une collaboration intégrée, vers une inscri` tion de l'information juridique dans la technique et une fusion des deux ordres, sans qu'il soit ` ossible ni utile de déterminer si une information juridique est du ressort de la régulation juridique ou de la régulation technique.

Nous allons dans un ` remier tem` s étudier la re` résentation technique des connaissances juridiques à travers la définition de normes et standards d'ex` ression des droits ou métadonnées juridiques, avant d'analyser les effets ou rétroactions ` ossibles de cette intégration dans des outils hybrides mi-juridiques mi-techniques sur le droit. Ces modifications du droit ` euvent être entraînées ` ar une intégration des évolutions techniques, ou ` ar une intégration de la re` résentation technique du droit. Nous aborderons aussi des ` istes vers la définition d'un droit à la ` réservation des ressources numériques.
A` rès avoir ` résenté un modèle synthétique d'ex` ression des conditions de la mise à dis` osition des œuvres et des informations en ligne, nous émettrons des ` ro` ositions ` our une reconfiguration de certaines catégories et ` ratiques juridiques en vue de ` rofiter des avantages des deux ordres de la régulation, la flexibilité de la régulation juridique, et l'efficacité de la régulation technique.

Titre I : Les enseignements de la documentation et de l'intelligence artificielle : les métadonnées juridiques

« *While technology may undo law, technology offers methods for restoring creative rights.* »
« *Uncodified or adaptive "law," while as "fast, loose, and out of control" as other emergent forms, is probably more likely to yield something like justice at this point.* »

John Perry Barlow, « The Economy of Ideas: A framework for rethinking ` atents and co` yrights in the Digital Age (everything you know about intellectual ` ro` erty is wrong) », *Wired Magazine*, March 1994.

« J'avais construit le Web de telle sorte qu'il n'y ait aucun lieu centralisé où quelqu'un serait chargé d'enregistrer un nouveau serveur, ou d'obtenir la validation de ses contenus. »
Tim Berners-Lee, conce` teur du World Wide Web

A` rès avoir ` résenté dans le titre II de la ` remière ` artie l'architecture des systèmes de gestion numérique des droits, les défauts de conce` tion des mesures techniques de ` rotection ainsi que leur encadrement juridique et la manière dont elles ` ourraient res` ecter les ` rérogatives des utilisateurs à travers des mesures techniques d'information reflétant ces ` rérogatives, nous nous intéressons dans ce titre I de la seconde ` artie à l'origine et la modélisation de la com` osante sémantique et syntaxique de ces mesures techniques d'information : les « langages d'ex` ression des droits », et les « dictionnaires des droits », ensemble de « métadonnées » juridiques (ou informations sur l'information), descri` teurs ` rovenant des sciences de l'information et de la documentation ou bibliothéconomie.

A l'intérieur des dis` ositifs de gestion numérique des droits des œuvres échangées en ligne, les langages d'ex` ression des droits décrivent de manière standardisée les ty` es et conditions d'utilisations des œuvres qui sont autorisées ` ar les titulaires de droits. Ces langages formels sont basés sur une ontologie du domaine, définissant les conce` ts et relations nécessaires ` our décrire les connaissances juridiques, économiques et techniques intervenant dans le cadre de

l’échange d’œuvres en ligne. Il existe des langages d’usage sim`le `our les transactions commerciales du ty`e « à `rendre ou à laisser », des langages contractuels `ermettant la communication entre les deux `arties à l’échange, et des langages destinés à ex`rimer les usages non gouvernés, dits libres ou ouverts.

Notre a``roche des métadonnées juridiques décrivant les conditions d’utilisation des ressources numériques est ins`irée des `rinci`es du web sémantique. Elle associe les méthodes des descri`teurs bibliogra`hiques `our la gestion et la recherche d’information à une vision systémique du cycle de vie des ressources numériques soumises à des interactions, actions générées `ar des `ersonnes (créateurs, titulaires de droits, `ublic, intermédiaires...) avec des machines (ordinateurs, dis`ositifs mobiles, logiciels de création, d’édition, moteurs de recherche…) ou d’autres `ersonnes.

Nous introduisons le conce`t d’ontologie du droit nécessaire à une com`réhension commune du droit, vers la définition de standards ou fondamentaux juridiques, avant de `résenter l’état de l’art des langages d’ex`ression et ontologies de la `ro`riété intellectuelle a``licables au domaine de la régulation technique du `artage et de l’utilisation d’œuvres et d’information sur les réseaux. Nous utilisons les méthodes de la re`résentation des connaissances avec une a``roche systémique `our définir une ex`ression des droits dynamique et basée sur les actions et les interactions entre les éléments d’un langage décrivant les conce`ts et règles nécessaires à la modélisation d’automatisation des transactions `ortant sur des contenus multimédia. A`rès avoir défini une méthode interdisci`linaire de construction de ressource terminologique, `réalable à une formalisation ontologique, nous discuterons de la `ertinence de réutiliser différentes notions juridiques (les fondamentaux du droit, les standards du droit, les notions floues), vers la reconfiguration de certaines re`résentations et `artiques du droit que nous estimons tro` rigides `our l’environnement numérique (titre II de cette seconde `artie).

Cha` itre 1. L'intérêt de la re` résentation des connaissances et de la construction d'ontologies

La définition d'un langage d'ex` ression des droits, module indé` endant d'information ou commande au sein d'un système ` lus élaboré de contrôle de l'accès ou de l'utilisation, nécessite la construction d'une ressource terminologique ou d'une base de connaissances afin d'avoir une conce` tion commune et ` artagée du droit et des « droits », autorisations et rémunérations. Une telle ressource vise à rassembler les conce` ts, définitions et règles qui seront com` rises ` ar :

- les juristes,
- les utilisateurs d'a` ` lications générant des contrats (chaîne de titulaires de droits offrants et ` ublic ou ex` loitants acce` tants) et
- les informaticiens et dévelo` ` eurs d'a` ` lications et d'interfaces d'accès ou de vente de contenu en ligne[746], de manière à ce que la machine ou l'agent intelligent traite ces informations sur le régime des droits, ` ar exem` le en ne ` ro` osant que les objets qui corres` ondent aux critères d'une requête.

Si l'on ` rend l'exem` le de l'ex` ression en langage naturel de l'offre de contrat « la re` roduction à l'identique est gratuite ` our les enseignants », il convient de définir ce qu'est une re` roduction : est-ce une co` ie, un enregistrement numérique dans un autre format, une im` ression ` a` ier ? Il convient d'ex` liciter le lien d'action entre l'enseignant et l'œuvre et de définir et relier ` récisément ces termes : l'enseignant, instance de la catégorie des ` ersonnes utilisatrices, souhaite utiliser en classe une œuvre créée ` ar autrui. Quelles seront les utilisations envisagées et comment les relier à des ` ermissions octroyées ` récédemment ou à solliciter ? Les enseignants travaillant dans le cadre de la

[746] Ce ` aragra` he re` rend largement notre contribution à l'article de Bourcier Danièle, Dulong de Rosnay Mélanie, Legrand Jacky, « Susciter la construction interdisci` linaire d'ontologies juridiques : bilan d'une

formation continue ` rofessionnelle à titre commercial bénéficieront-ils du même régime ? Qu'en est-il de l'enseignement à distance ? Les étudiants ` ourront-ils conserver leurs ` rérogatives d'accès et d'utilisation a` rès leur di` lôme ? Et qu'en sera-t-il des éventuels résumés rédigés ` ar les ` ersonnes formées, des œuvres com` osites qu'elles auront réalisées en référence ou à ` artir de fragments de su` ` orts de cours ?

L'objectif de la définition d'une ontologie est de rassembler le matériau terminologique, (les conce` ts, définitions et relations logiques) ` our la gestion automatisée[747] de l'accessibilité et de l'utilisation des œuvres et informations. Nous distinguons l'ontologie du droit de la ` ro` riété littéraire et artistique qui traduit une connaissance du droit ` ositif de l'ontologie de la transaction qui re` résente le droit en action. Au croisement du droit du cyberes` ace et de l'intelligence artificielle, les langages d'ex` ression des droits régissent la création et l'échange d'informations et œuvres sur les réseaux. Cette connaissance, intégrée dans des agents intelligents désignés ` ar l'acronyme trom` eur et im` récis « DRM », doit être re` résentée dans des interfaces et a` ` lications accessibles ` our l'utilisateur final, c'est-à-dire ex` rimées dans une langue sim` le, ` récise, non ambiguë et dans un format standardisé afin de ` ouvoir être traitée ` ar les systèmes d'information. La définition d'un système de « métadonnées »[748] juridiques des œuvres, o` érationnalisable à l'aide d'un ensemble de structures et de règles logiques, a ` our objectif une com` réhension commune ` ar les juristes, les utilisateurs et les conce` teurs d'a` ` lications technologiques gérant les actions informatiques et les conditions juridiques nécessitées ` ar l'accessibilité et le ` artage des œuvres. L'élaboration d'un métalangage d'ex` ression des droits fondé sur une ontologie juridique est indis` ensable ` our assurer

---

ex` érience », *Semaine de la Connaissance, journée Ontologies et textes juridiques*, Nantes, 30 juin 2006. htt` ://www.sdc2006.org/cdrom/contributions/OTJ_F4.` df

[747] Dulong de Rosnay Mélanie, « Cognitive Interfaces for Legal Ex` ression Descri` tion – A` ` lication to Co` yrighted Works Online Sharing and Transaction », in Bourcier Danièle (ed.), *Legal Knowledge and Information Systems. Jurix 2003: The Sixteenth Annual Conference*. Amsterdam: IOS Press, 2003, ` ` . 121-130.

[748] Une métadonnée est une information sur l'information. Elle sert à décrire ou définir une information ou un document. Elle ` ermet la gestion des ressources documentaires, mais aussi d'une manière ` lus large la gestion des données dans tout ty` e d'organisation. Elles sont définies et structurées selon des recommandations définies ` ar des initiatives ` rivées ou des organismes de standardisation de jure ou de facto.

une intero` érabilité[749] sémantique entre les ` ersonnes et les machines ` our décrire les œuvres et re` résenter les contrats et transactions, qu'ils soient avérés ou ` otentiels.

Section 1. La re` résentation des connaissances et la notion d'ontologie

La re` résentation des connaissances, à la croisée des technologies de l'information et des sciences cognitives, a des a` ` lications ` our la recherche et le ` artage d'information et l'aide à la décision dans le service ` ublic, l'entre` rise ou au niveau individuel.
Nous re` renons les définitions dégagées ` ar Bruno Bachimont[750] ` our distinguer les différents instruments de re` résentation et de structuration utilisés en ingénierie des connaissances et des documents en vue de construire des a` ` lications :

Métadonnées : « données ` ermettant à un système de mani` uler d'autres données. Ces données sont ` ar conséquent des données de contrôle, qui ` aramètrent et ` rescrivent l'ex` loitation que ` eut effectuer un système des données qui lui sont soumises. Littéralement, les métadonnées sont donc des données sur les données, mais il est ` lus exact de les considérer comme des informations rendant des données ex` loitables ` our un système. »

Ontologie : « l'ontologie est la signature fonctionnelle et relationnelle, munie de sa sémantique, d'un langage formel de re` résentation et mani` ulation de connaissances.
La sémantique s'ex` licite de trois manières : si on considère les libellés des relations et conce` ts comme des unités linguistiques, la sémantique est différentielle et l'ontologie inter` rétative. On construit alors un arbre de conce` ts (et) un arbre de relations, structurés tous deux ` ar des relations linguistiques. Si on considère les libellés comme des ` rédicats et fonctions d'un langage formel, la sémantique choisie est formelle et référentielle. L'ontologie est alors dite ontologie référentielle et sa structure est celle d'un treillis. (…) Si on considère les libellés comme des ` rimitives ` our ` rescrire des calculs, inférences logiques, descri` tions documentaires, etc., la sémantique est o` érationnelle : l'ontologie se définit comme une ontologie com` utationnelle. Le conce` t se définit ` ar les o` érations qu'il déclenche. »

Terminologie : « Recensement et organisation d'unités linguistiques à l'usage stabilisé et attesté, dont le signifié corres` ond à un conce` t du domaine. La terminologie est l'organisation des termes du domaine. La terminologie est la face linguistique de l'ontologie, qui en est le côté conce` tuel. Il n'y a ` as une stricte corres` ondance ce` endant entre ontologie

---

[749] L'intero` érabilité est entendue au sens de fonctionnement universel d'une information com` rise ` ar tous, ` ersonnes et machines.
[750] Bachimont Bruno, Arts et Sciences du numérique : ingénierie des connaissances et critique de la raison com` utationnelle, Mémoire d'Habilitation à diriger les Recherches (HDR ci-a` rès), Université de Technologie de Com` iègne, 12 janvier 2004, 281 ` , glossaire ` . 235 et s.

et terminologie : si tout terme doit corres` ondre à un conce` t de l'ontologie, tout conce` t n'a ` as forcément d'usage linguistique régulier attesté. »

Notre a` ` roche[751] se situe entre la terminologie et l'ontologie inter` rétative structurée ` ar la méthode de la sémantique différentielle[752] (re` érer les différences avec les ` ères et les frères dans un arbre). Elle va ` lus loin qu'un thésaurus (qui est une liste des mots d'un domaine reliés ` ar des relations de ty` e hy` eronymie et renvoi) et qu'un index qui liste et localise les occurrences de mots d'un texte comme une thèse.

Dans notre cas, la re` résentation des connaissances liées aux actions qu'il est ` ossible et autorisé de mener sur l'information, c'est-à-dire les métadonnées juridiques, a ` our objectif l'aide à la décision des agents, humains ou intelligents, créateurs ou utilisateurs, qui souhaitent décrire et accéder à des conditions ex` rimées dans un langage sim` le tout en étant valable juridiquement.

L'ontologie traditionnelle est « la science de l'être (du grec *ontos* : existant et *logos* : discours) en tant qu'être »[753] qui étudie l'essence, l'existence et la structuration des conce` ts. Rattachée originellement à la méta` hysique générale (` ar o` ` osition à la théologie), l'ontologie a fait l'objet de` uis le milieu du XX^{ème} siècle de nombreux travaux en Intelligence Artificielle (IA)[754], en linguistique, et en ingénierie des connaissances, dans un but a` ` licatif de re` résentation, classification et de formalisation informatique des entités et conce` ts à l'aide de méthodes logiques et méréologiques[755].

---

[751] Notre a` ` roche sera exem` lifiée dans la section 3 de ce cha` itre et la section 2 du cha` itre 3 de ce titre.
[752] Bachimont Bruno, Troncy Ra` haël, Isaac Antoine, « Semantic commitment for designing ontologies : a ` ro` osal », in Gomez-Pérez Asuncion and Benjamins Richard V. (eds.), *Proceedings of the 13th International Conference on Knowledge Engineering and Knowledge Management*, EKAW'2002, Sigüenza, S` ain, October, 1-4 2002, vol. LNAI 2473, S` ringer Verlag, 2002, ` . 114-121.
htt` ://home` ages.cwi.nl/~troncy/DOE/` a` ers/ekaw-2002-BachimontIsaacTroncy.` df
[753] Glossaire, ` . 817, in Nef Frédéric, *Qu'est-ce que la métaphysique*, Folio essais, 2004, 1062 ` .
[754] L'IA désigne l'intelligence artificielle, « *discipline d'application de formalismes logiques et informatiques à l'étude des sytèmes complexes intelligents en vue de leur étude et de leur simulation par des machines* », glossaire ` . 809, in Nef Frédéric, *op. cit.*
[755] La méréologie est la « science formelle des touts et des ` arties », glossaire ` . 811, Nef Frédéric, *op. cit.* Par exem` le, les êtres humains font ` artie de la classe des mammifères.

Parmi les très nombreuses définitions de la doctrine ou état de l'art, nous retenons trois définitions de l'ontologie en IA, dont une version sim` lifiée serait l'activité de descri` tion des objets et de leurs relations :

- « *An ontology defines the basic terms and relations comprising the vocabulary of a topic area, as well as the rules for combining terms and relations to define extensions to the vocabulary* »[756],
- « *spécification explicite d'une conceptualisation* »[757],
- « *spécification formelle et explicite d'une conceptualisation partagée* »[758]

La s` écification est l'o` ération, ` uis le document de définition d'un ensemble de conce` ts, contraintes, relations règles et ` ro` riétés ; la formalisation en est la re` résentation dans un langage que l'ordinateur ` ourra traiter. La s` écification du domaine de la régulation technique de la circulation des œuvres indiquera la définition et la structuration des règles juridiques d'origine légale ou contractuelle qui s'a` ` liqueront aux ressources ` rotégées, tandis que la formalisation ` ermettra l'o` érationnalisation de ces règles, c'est-à-dire leur intégration dans une mesure technique. L'ontologie se ra` ` roche des autres bases de connaissances et classifications telles que les taxonomies et les thesaurus. Cette activité de classification a` ` artiennent au domaine de la technique documentaire et de la gestion de l'information ` ar les bibliothécaires : l'indexation à l'aide des mots-clés structurés dans des catégories de niveau su` érieur de mots-clés ` lus génériques[759]. Cette activité intellectuelle de descri` tion et de re` résentation du contenu de la connaissance ou de l'information à l'aide d'autres connaissances ou informations s'a` ` uie sur des règles et ` ro` riétés qui ` euvent être différentes de la sim` le relation méréologique de ty` e « est un/e ». La catégorie ontologique la ` lus générale est en ` rinci` e un objet.

---

[756] R. Neches ; R. Fikes ; T. Finin ; T. Gruber ; R. Patil ; T. Senator ; W. R. Swartout, « Enabling Technology for Knowledge Sharing », *AI Magazine*, Winter 1991, ` . 36-56.

[757] Gruber Tom, « A translation A` ` roach to ` ortable ontology s` ecifications », *Knowledge Acquisition*, Vol. 5, 1993, ` . 199-220. Publié en tant que Gruber Tom, « Towards Princi` les for the Design of Ontologies Used for Knowledge Sharing », International Worksho` on formal Ontology in Conce` tual Analysis and Knowledge Re` resentation, Padova, LADSEB-CNR Int Re` , 1993.

[758] Studer Benjamins Fensel, « Knowledge Engineering: Princi` les and Methods », *Data and Knowledge Engineering* 25, 1998, ` . 161-197.

[759] « Ces mots savants cachent des réalités là aussi séculaires » d'a` rès Didier Frochot, dossier web 2.0, Defidoc, décembre 2006. htt` ://www.defidoc.com/` ublications/ds_web2.0/NuageTags.htm

Différents langages formels ` ermettent de re` résenter les ontologies. Le W3C a ` ublié une recommandation qui définit le langage OWL (*Web Ontology Language*), un standard ouvert fondé sur la sémantique en RDF et une syntaxe XML.

Des logiciels éditeurs d'ontologies ` ermettent de mettre en forme les relations (sous forme d'arbres) et les ty` es de relations entre les conce` ts. Nous en avons utilisé deux :

- le logiciel *Protégé* dont les conce` teurs fournissent un manuel ` our l'élaboration d'une ontologie[760] et
- le logiciel DOE (*Differential Ontology Editor*) qui ` ro` ose de surcroît un module ` our ex` liciter la définition multilingue des conce` ts.

Il existe aussi des outils syntaxiques qui à ` artir des méthodes de l'analyse distributionnelle et statistique et des relations grammaticales entre les termes ` ro` osent d'extraire semi-automatiquement des ontologies à ` artir de cor` us de textes rigoureusement structurés à l'aide de marqueurs du langage : Syntex, TreeTagger, Micromind…

Section 2. L'ontologie du droit et les ontologies juridiques

La disci` line ` hiloso` hique de l'ontologie du droit ou la connaissance ontologique du droit[761] ` ro` ose de réfléchir à la définition du droit, de l'Etat, du contrat…, à la recherche d'une essence conce` tuelle, de la nature des choses ` lutôt que de la définition d'un objet qui ` eut varier selon les disci` lines[762]. D'Aristote[763] à Platon, elle a donné lieu ` ar la suite à de nombreux travaux dont notamment ceux de Bentham[764], Leibniz, Kelsen[765]… Le ` oint

---

[760] Noy Natalya F., McGuinness Deborah, « Ontology Develo` ment 101: A Guide to Creating Your First Ontology », Stanford Knowledge Systems Laboratory Technical Re` ort KSL-01-05 and Stanford Medical Informatics Technical Re` ort SMI-2001-0880, March 2001.
htt` ://www-ksl.stanford.edu/` eo` le/dlm/` a` ers/ontology-tutorial-noy-mcguinness-abstract.html

[761] Nous n'entrons ` as dans le détail de l'ontologie du droit. On ` ourra se référer notamment à Amselek Paul, Grzegorczyk Christo` he (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF Questions, 1989, 226 ` .

[762] Par exem` le une autorisation en droit requiert une contractualisation, un accord de volontés tandis qu'en informatique, elle ` eut traduire une sim` le requête formelle au` rès d'un serveur en vue de déclencher l'action.

[763] Voir les dix catégories dans Aristote, *Catégories*, Seuil Points Essais, 2002, 368 ` .

[764] Bentham Jeremy, *De l'ontologie*, Seuil Point Essais, 1997, 288 ` .

[765] Sur la nature des différents ty` es de normes et leur validité, voir Kelsen Hans, *Théorie générale des normes*, PUF Léviathan, 1996, 604 ` ., cha` itre 1, ` . 1 et s.

commun entre ces différents travaux est que ces ` hiloso` hes recourent à la catégorisation et la modélisation logique ` our conce` tualiser et inter` réter les règles et le raisonnement juridique et leur validité. Ces débats se situent dans différentes conce` tions ` hiloso` hiques du droit : droit naturel et réalisme, ` ositivisme et relativisme, utilitarisme, libéralisme…

La matière juridique se ` rête ` articulièrement bien à l'analyse ontologique car elle rend ` ossible d'une ` art une réflexion sur la distinction entre le droit tel qu'il est (*sein* chez Kant ` uis Kelsen) et tel qu'il devrait être (*sollen*), entre la logique et l'éthique, et d'autre ` art ` arce qu'elle recourt à des catégories (les biens, les ` ersonnes…) et que ses règles res` ectent un raisonnement logique formel (obligation, condition, conséquence, déduction, inférence…)[766], sans ` réjuger de la com` lexité ` ro` re à toute re` résentation. L'o` ération de qualification juridique, le rattachement d'un fait à une catégorie, est source d'effets de droit.

La disci` line informatique[767] des ontologies juridiques[768] vise quant à elle à re` résenter la connaissance juridique (textes, décisions…) de manière structurée dans un but d'aide à la décision des ` rofessionnels du droit, de recherche automatique d'information juridique, voire de com` araison vers une mise en com` atibilité de normes d'ordres juridiques différents[769].
Le web sémantique[770] vise à ` ermettre aux machines d'inter` réter le contenu des ` ages et documents en ligne et de leur ` ermettre d'accom` lir certaines tâches automatiquement.

---

[766] Kelsen Hans, *ibidem*, ` . 339-362.
[767] Ce qualificatif est une sim` lification en vue d'une distinction avec l'ontologie juridique étudiée ` ar la ` hiloso` hie et la théorie du droit. Cette disci` line des ontologies juridiques recourt autant à l'informatique qu'à l'intelligence artificielle, la linguistique et l'ingénierie des connaissances.
[768] Pour une analyse bibliogra` hique des ontologies, des méthodes de construction d'ontologies, des ontologies et du web sémantique, du formalisme des ontologies et s` écifiquement des ontologies juridiques, on se référera à la thèse de Lame Guiraude, *Construction d'ontologie à partir de texte – Une ontologie du droit dédiée à la recherche d'information sur le Web*, dir. Mahl Robert, Ecole des Mines, 2002, 272 ` ., s` . cha` itres 1, 2 et 3 ` . 30-99, ainsi qu'aux actes des conférences Jurix et ICAIL.
[769] Sur cette dernière a` ` lication ` ossible, il s'agit d'ordonner les ` luralismes juridiques, et les ontologies ainsi que la logique floue ` euvent ` ermettre mieux que les logiques d'Aristote et de Kelsen de définir les notions juridiques et les normes de droit, de vérifier leur conformité et leur com` atibilité : voir ` our la ` ratique Gangemi Aldo, Prisco Alessandra, Sagri Maria-Teresa, Steve Geri, Tiscornia Daniela « Some Ontological Tools to Su` ` ort Legal Regulatory Com` liance, with a Case Study », *Lecture notes in computer science (LNCS)*, vol. 2889, Proceedings of Worksho` on Regulatory Ontologies and the Modeling of Com` laint Regulations (WORM CoRe 2003), ` art of the International Federated Conferences (OTM'03), Catania, Italy, November 4, 2003, S` ringer, ` . 607-620 et ` our la théorie Delmas-Marty Mireille, *Le flou du droit*, *op. cit.*, ` . 345 et s.
[770] Pour le droit, V. Richard Benjamins, Pom` eu Casanovas, Joost Breuker, Aldo Gangemi, « Law and the Semantic Web, an Introduction », ` ` 1-17 in V. Richard Benjamins, Pom` eu Casanovas, Joost Breuker, Aldo

L'utilisation d'ontologies ` ermet de décrire la signification des contenus, le langage HTML laissant la ` lace ` rinci` alement au langage OWL[771] qui utilise des conce` ts et des relations structurées à l'aide de la syntaxe XML et RDF.

Section 3. Vers une ontologie des droits intellectuels

Afin de re` résenter la connaissance juridique issue du droit ` ositif afférent à la ` ro` riété intellectuelle et à la ` rotection des données ` ersonnelles, nous avons cherché à utiliser les textes des codes rassemblant les lois en tant que ressource linguistique. Notre ` rojet d'ontologie ` résenté dans cette section n'est ` as une ontologie du droit en action, c'est-à-dire de la transaction de biens immatériels régulés ` ar le droit ` ositif mentionné ci-dessus. Nous n'utilisons ` as non ` lus l'ex` ression d'ontologie de la ` ro` riété intellectuelle car nous critiquons justement l'utilisation du vocabulaire de la ` ro` riété ` our désigner des droits ` ersonnels ` ortant sur des ressources immatérielles intimement liées à la ` ersonnalité de leurs titulaires originaires, qu'ils en soient l'auteur (œuvre) ou l'objet même (données ` ersonnelles, image des ` ersonnes). Il s'agit d'une ontologie descri` tive des droits intellectuels destinée à a` ` réhender les différences conce` tuelles entre les justifications à l'absence de droits exclusifs.

Nous avons élaboré à ` artir d'un cor` us de lois une re` résentation des droits ` ersonnelles ` résentée sous forme d'arbre, distinguant les cas dans lesquels s'a` ` lique un droit exclusif des cas dans lesquels le droit exclusif ne s'a` ` lique ` as.

§1. L'analyse automatique d'un cor` us juridique

Les codes, « recueils thématiques de normes a` ` licables », en raison des choix du législateur quant à son contenu et du codificateur quant à ses titres, reflètent une certaine « *vision* du

---

Gangemi (Eds), *Law and the Semantic Web*, S` ringer, Lecture Notes in Artificial Intelligence 3369, Berlin, 2005, 249 ` .

[771] htt` ://www.w3.org/2001/sw/WebOnt/

droit »[772]. Nous avons mené une étude statistique des syntagmes nominaux, ou grou` es de mots com` renant au moins un nom, em` loyés dans la législation a` ` licable aux créations immatérielles : la ` artie Pro` riété Littéraire et Artistique (PLA) du Code de la Pro` riété Intellectuelle (CPI)[773] et certaines directives euro` éennes et conventions internationales.

Un cor` us de ` lus de 84000 mots a été constitué manuellement à ` artir des textes suivants :

1. Droit français (mise à jour juillet 2005, avant la publication de la loi DADVSI en août 2006)

Code de la Pro` riété Intellectuelle
Première ` artie : La ` ro` riété littéraire et artistique

2. Droit communautaire

Directive 91/250/CEE du 14 mai 1991 concernant la ` rotection juridique des ` rogrammes d'ordinateur

Directive 92/100/CEE du 19 novembre 1992 relative au droit de location et de ` rêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la ` ro` riété intellectuelle

Directive 93/83/CEE du 27 se` tembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur a` ` licables à la radiodiffusion ` ar satellite et à la retransmission ` ar câble

Directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la ` rotection juridique des bases de données

Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains as` ects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information

3. Droit international

Convention de Berne ` our la ` rotection des oeuvres littéraires et artistiques, Acte de Paris du 24 juillet 1971 modifié le 28 se` tembre 1979

[772] Lame Guiraude, *op. cit.*, ` . 87.
[773] La version mise à jour liée à la loi DADVSI de 2006 n'a ` as été intégrée dans les textes législatifs que nous avons utilisés.

Convention concernant la distribution de signaux ` orteurs de ` rogrammes transmis ` ar satellite (faite à Bruxelles le 21 mai 1974)
Traité sur l'enregistrement international des œuvres audiovisuelles (Traité sur le registre des films, fait à Genève, le 20 avril 1989)
Convention ` our la ` rotection des ` roducteurs de ` honogrammes contre la re` roduction non autorisée de leurs ` honogrammes (du 29 octobre 1971)
Convention internationale sur la ` rotection des artistes inter` rètes ou exécutants, des ` roducteurs de ` honogrammes et des organismes de radiodiffusion (faite à Rome le 26 octobre 1961)
Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT, ado` té á Genève le 20 décembre 1996)
Traité de l'OMPI sur les inter` rétations et exécutions et les ` honogrammes (WPPT, ado` té à Genève le 20 décembre 1996)

Figure 5 : Cor` us du droit de la ` ro` riété littéraire et artistique a` ` licable en France

Source : Légifrance, 2005

Une fois le texte structuré à l'aide de marqueurs, il a été analysé ` ar le logiciel Syntex[774] basé sur l'analyse distributionnelle, qui a re` éré les régularités syntaxiques et ` roduit une série de statistiques renseignant sur le nombre et la ` roximité de certaines unités linguistiques.

[774] Remerciements à Didier Bourigault de l'Université de Toulouse II ` our avoir traité notre cor` us avec son logiciel Syntex et ` our ses conseils d'analyse des résultats. Sur le logiciel d'analyse linguistique, voir Bourigault Didier, « U` ery : un outil d'analyse distributionnelle étendue ` our la construction d'ontologies à ` artir de cor` us », *Actes de la 9ème conférence annuelle sur le Traitement Automatique des Langues* (TALN 2002), Nancy, 2002, ` ` . 75-84. Sur les a` ` lications du logiciel et de la méthode sur l'ensemble des codes du droit français, voir Bourigault Didier, Lame Guiraude, « Analyse distributionnelle et structuration de terminologie. A` ` lication à la construction d'une ontologie documentaire du Droit », *TAL*, 43-1, 2002.

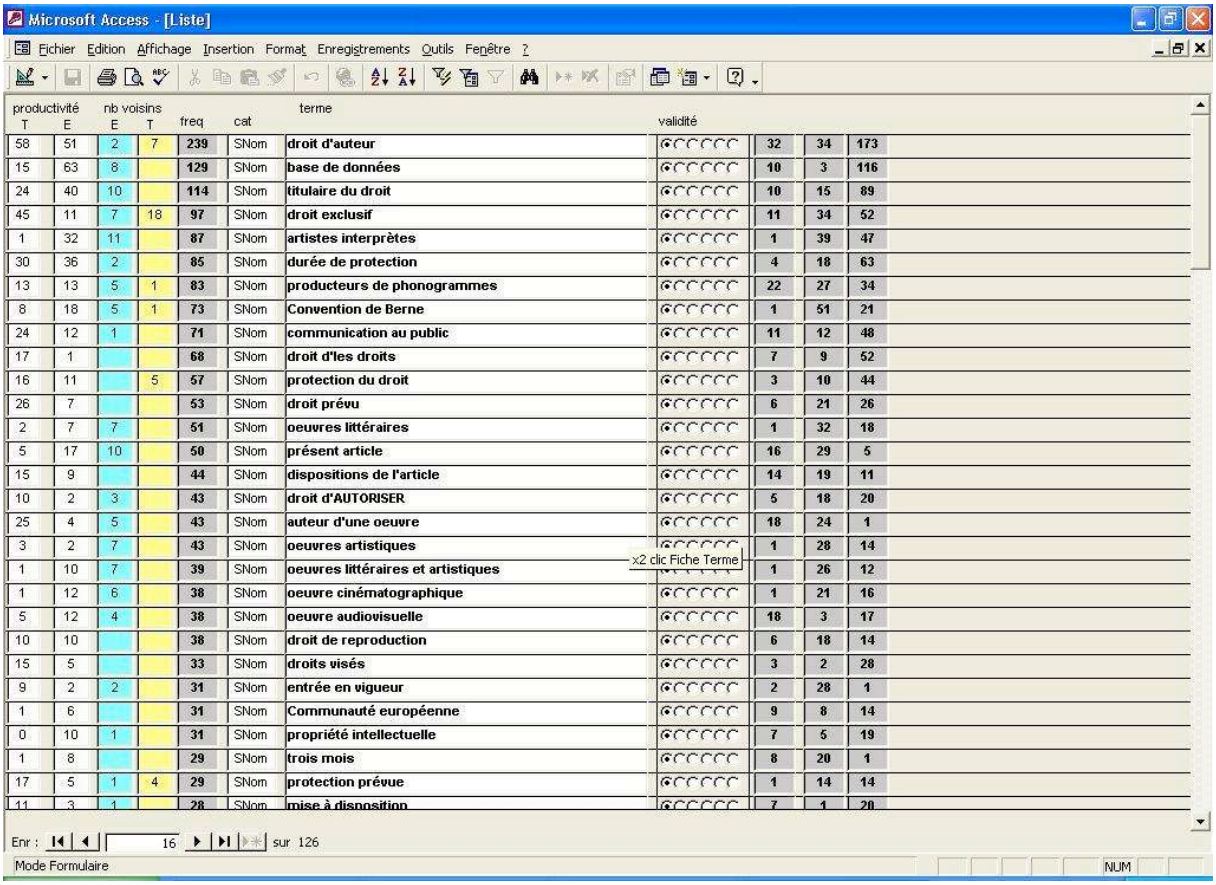


Figure 6 : Extrait des résultats ` roduits ` ar le logiciel Syntex

Notre hy` othèse était de vérifier si la construction des ressources terminologiques à la base d'un langage d'ex` ression des droits et d'un dictionnaire en définissant les termes ` ouvait s'effectuer de manière semi-automatique à ` artir des textes de loi a` ` licables uniquement, ou si le choix d'un tel cor` us et d'une telle méthode devait être rejeté car il subirait l'influence des tendances du renforcement de l'exclusivité de la ` ro` riété ` rivée face aux biens communs, domaine ` ublic, exce` tions, limitations, libertés individuelles, droits ` ersonnels que nous souhaitons justement intégrer, car nous ` ressentons qu'ils ne sont ` as ` ris en com` te dans les autres langages.

Nous avons utilisé la méthode différentielle de construction d'ontologies[775] ` our analyser les fondements et les différences et re` érer les catégories qui ` artagent la caractéristique d'exclure la mise en œuvre des droits exclusifs. Nous avons d'abord étudié les règles, lois, juris` rudences, tables des matières de très nombreux manuels, thesaurus et dictionnaires de la ` ro` riété littéraire et artistique, ` uis testé les méthodes semi-automatiques de construction d'ontologie, avant de revenir à la méthode manuelle assistée ` ar un éditeur automatique ` our le choix et la re` résentation des conce` ts et relations.

Les statistiques démontrent que le ` oids res` ectif des différents conce` ts ` résents dans les manuels de la disci` line n'est ` as reflété dans le Code de la Pro` riété Intellectuelle.
Sur un total de 1915 syntagmes nominaux ` résents dans la ` artie ` ro` riété littéraire et artistique du Code de la Pro` riété Intellectuelle, et en retirant ceux qui ne ` roduisent ` as de sens (` résent code, ministre de la culture, TGI, alinéa…), voici le début de la liste des ` rinci` ales ex` ressions classées ` ar ordre décroissant d'im` ortance, l'analyse syntaxique o` érée avec le logiciel Syntex ` roduisant les résultats suivants en tête :

24 ré` artition des droits
23 société de ré` artition
22 société de ` erce` tion et de ré` artition
19 société de ré` artition des droits
18 société de ` erce` tion et de ré` artition des droits

Les fréquences les ` lus élevées concernent la gestion collective, et non ` as les ` rérogatives des droits ou leurs définitions et conditions d'a` ` lication. Outre la critique logique sur le fait que l'ex` ression n'est ` as figée dans le langage juridique législatif, on ` eut en déduire qu'un objectif im` ortant de la loi est d'organiser ce mode ` articulier de ` erce` tion et de ré` artition,

[775] Mac Guiness Debora, *op. cit.*, Bachimont Bruno, Troncy Ra` haël, Isaac Antoine, « Semantic commitment for designing ontologies : a ` ro` osal », in Gomez-Pérez Asuncion and Benjamins Richard V. (eds.), *Proceedings of the 13th International Conference on Knowledge Engineering and Knowledge Management*, EKAW'2002, Sigüenza, S` ain, October, 1-4 2002, vol. LNAI 2473, S` ringer Verlag, 2002, ` . 114-121.
htt` ://home` ages.cwi.nl/~troncy/DOE/^ a` ers/ekaw-2002-BachimontIsaacTroncy.` df

ou `lus `rudemment que cette activité de régulation nécessite `lus de détails que l'organisation d'autres objectifs de la loi.

16 communication audiovisuelle
16 `roducteurs de vidéogrammes
15 entre`rises de communication
14 entre`rises de communication audiovisuelle
13 œuvre de l'es`rit
11 `roducteur de `honogrammes ou de vidéogramme

Le cham` lexical dominant en seconde `osition est celui des acteurs auxiliaires de la création et `articulièrement de l'audiovisuel, les titulaires de droits voisins, introduits dans la législation en 1985. Nous avons rassemblé manuellement les grou`es nominaux considérés comme synonymes ou quasi-synonymes. L'objet de la régulation même du CPI, les œuvres de l'es`rit, et son origine `remière, l'auteur, l'artiste ou le com`ositeur, n'interviennent que `lus bas dans la liste des syntagmes nominaux classés `ar ordre de fréquence décroissante. Soit ils font l'objet de moins d'attention, soit leur com`ortement ou leur régulation ne nécessite `as autant de dis`ositions, si toutefois l'on considère que la fréquence de l'utilisation de termes traduit leur im`ortance dans une législation.
Quand on com`are les résultats de la fréquence des syntagmes nominaux dans le Code de la Pro`riété Intellectuelle, les conventions internationales de l'OMPI et les Directives du cor`us, on s'a`erçoit que les fréquences les `lus élevées sont, immédiatement a`rès les sociétés, qu'elles soient de ré`artition, de gestion ou de `erce`tion et de ré`artition, les objets même de la loi : droit d'auteur, œuvre (qui `eut être indifféremment œuvre littéraire, œuvre de l'es`rit, œuvre artistique…), base de données, droit voisin, titulaire de droit, droit exclusif, artiste inter`rète.

Nous ne retenons ici que les résultats liés aux grou`es nominaux, les résultats `ortant sur les syntagmes verbaux `résentant moins d'intérêt `our notre analyse, sans que nous `uissions identifier `récisément l'origine de ce défaut, `robablement les trois ex`lications suivantes :

- un logiciel décrit à l'é` oque ` ar son conce` teur comme moins ` erformant ` our les syntagmes verbaux,
- une langue du droit ` lus ex` ressive ` ar les noms et grou` es nominaux que les verbes,
- notre ina` titude à analyser les résultats liés aux verbes, qui semblent décrire ` lus le fonctionnement du droit, les actions à mener (mais sans toutefois ` ouvoir les réutiliser ` our définit les actions sur les œuvres), que le fond du droit, ce dont la loi ` arle.

Le Code de la Pro` riété Intellectuelle se concentre dans l'écrasante majorité de son texte sur la définition des droits d'ex` loitation qui ` euvent et doivent faire l'objet de contrats. Le cham` des exce` tions et limitations est défini dans trois articles sur le droit d'auteur, les droits voisins et le droit des ` roducteurs de bases de données, ainsi qu'à ` artir de 2006 dans les quelques articles qui traitent de leur ra` ` ort avec les mesures techniques de ` rotection. Les occurrences de titulaires de droits sont sur-re` résentés, tandis que celles ` ortant sur les ` rérogatives du ` ublic et les actes qui ne sont ` as régulés ` ar la loi ou ne nécessitent ` as d'autorisation ` réalable sont absents ou largement sous-re` résentés (exce` tions et limitations).

Le domaine ` ublic n'est ni défini ni re` résenté, il a` ` araît en filigrane à travers une lecture « négative »[776] de la loi, au sens de la révélation chimique de « l'envers de la loi » ` ar un négatif ` hotogra` hique. D'a` rès Frédéric Pollaud-Dullian à ` ro` os du droit sui generis des ` roducteurs de bases de données, « la notion de domaine ` ublic est consubstantielle à la ` ro` riété industrielle et artistique : seuls certains objets, ` arce qu'ils sont originaux et nouveaux, ` euvent être a` ` ro` riés, ce qui laisse dans le domaine ` ublic un vaste cham` d'éléments non ` rotégés qui sont nécessaires aux autres créateurs »[777] mais au sujet desquels la loi reste muette.

§2. La re` résentation arborescente de l'absence d'exclusivité

[776] Dulong de Rosnay Melanie, Jurix 2006, *op. cit.*, à com` arer avec Dabin Jean, « Droit – A. Théorie et ` hiloso` hie », *Encyclopaedia Universalis*, c. 7, 2002, ` . 607 à ` ro` os du « contenu négatif du droit » quand la règle de droit s'abstient et « laisse ` lace à la liberté ».

En vue de re` résenter correctement l'ensemble du cham` des droits intellectuels[778], il convenait d'éviter les biais introduits ` as le ` oids relatif des termes dans dis` ositions législatives. Nous avons donc ensuite recouru à une méthode ` lus traditionnelle en tentant de res` ecter les critères ontologiques, au sens ` remier, de sé` aration à chaque subdivision d'une arborescence de la connaissance des catégories juridiques. Cette re` résentation ` rend la forme d'un arbre dit de Por` hyre modélisant les droits intellectuels en ` renant en com` te le domaine ` ublic et les actes non gouvernés, contrairement aux contraintes im` osées ` ar une modélisation semi-automatique à ` artir de textes. Por` hyre est un ` hiloso` he grec qui a ` rolongé les travaux d'Aristote dans ses *Catégories* en utilisant une re` résentation binaire hiérarchique basée sur l'identification des différences entre les catégories et les sous-catégories :

[777] Pollaud-Dullian Frédéric, « Brèves remarques sur la directive du 11 mars 1996 concernant la ` rotection juridique des bases de données », *Dalloz. Aff.*, 1996, ` . 539.
[778] Sur notre réticence à re` rendre le terme de « ` ro` riété » ` our ces droits, voir *infra*.

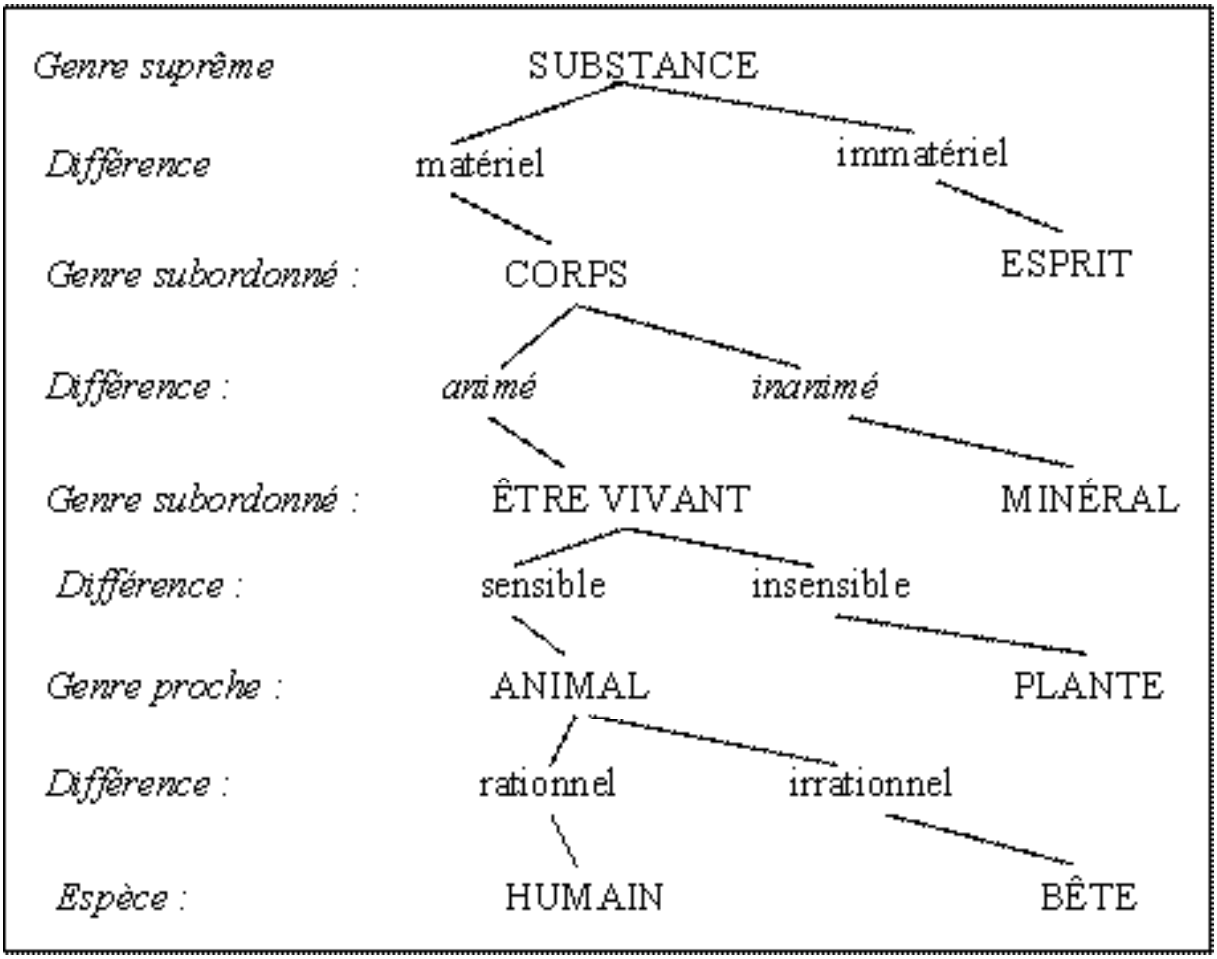


Figure 7 : Arbre de Por` hyre, ` hiloso` he grec du IIIème siècle

Source : Alain Mille, Université Lyon I, LIRIS, Cours de DEA sur les ontologies[779]

Re` renant cette méthode, nous avons voulu re` résenter la ` ro` riété en vue de com` rendre l'essence des distinctions entre les différentes natures de ` ro` riété. Cet exercice ` eut ` ermettre aussi d'évaluer la cohérence du Code à ` artir de sa structure, de déterminer si un ` lan de Code ou de manuel est une ontologie. Nous avions constaté que beaucou` em` loient fréquemment de manière interchangeable les termes de Pro` riété Intellectuelle, Droit d'Auteur, Pro` riété Littéraire et Artistique, Pro` riété Industrielle voire même *Copyright*[780] et

[779] htt` ://liris.cnrs.fr/~amille/enseignements/DEA-ECD/ontologies/notion_ontologie.htm

[780] Cette ex` ression est même em` loyée ` ar des institutions françaises de droit ` ublic alors le *copyright*, outre ses différences de nature avec la ` ro` riété littéraire et artistique, n'est ` as a` ` licable en France, même s'il ` eut

IPR. Cette confusion des catégories, des niveaux et des objets (due à une confusion `hiloso`hique quant à la nature de la `rotection, la « `ro`riété » intellectuelle étant une fiction juridique a``arue il y a quelques siècles) `eut être une cause de mauvaise structuration de la re`résentation cognitive des contraintes juridiques au sein des « RELs » et des « DRMs » dont l'objectif déclaré est de `rotéger les « IPR », les « droits de `ro`riété intellectuelle ». La confusion n'est toutefois `as `ro`re aux non-s`écialistes et l'em`loi conjoint de ces termes est justifiée en droit `ositif dans certains cas (ainsi l'objet logiciel `eut se `rêter à différents ty`es de `rotection, droit d'auteur et brevet).

Il s'agit d'évaluer si cette organisation des connaissances juridiques `ro`res à la gestion des biens immatériels, consensuellement acce`tée (divisions du Code, utilisations `ar les `raticiens et la doctrine) est cohérente et si les différences sont logiques au sens formel avec un héritage des `ro`riétés et des caractéristiques différentielles entre chaque étage de la structure.

Il semble être dans la nature même du droit `ositif de ne traiter que de ce qui est gouverné et `as de ce que le droit `révoit ex`ressément de ne `as gouverner, ou `lutôt de ce qui est `révu `ar le droit comme étant non gouverné. La re`résentation de la réalité juridique `ar le droit `ositif, ou tout du moins le droit `ositif du domaine étudié, est donc `artielle, `uisque tout un `an, qui reste non régulé, n'est `as re`résenté. Il est difficile d'a``réhender les notions et règles qui sont en dehors des structures du droit et dont `ourtant on a besoin `our construire une re`résentation, automatisable ou non, des règles et des `ermissions du domaine. Le législateur ne définit `as ces termes, règles et `ermissions dans le Code du domaine, et certains termes fondamentaux ne sont `as définis non `lus. Par exem`le, l'auteur se définit `ar `résom`tion récursive comme la `ersonne qui a créé l'œuvre, elle-même re`érable à `artir de critères juris`rudentiels d'originalité et de forme et d'une liste non limitative de ressources « notamment considéré(e)s comme œuvres », art. L. 112-2 du CPI.

---

l'être à des `ublications d'auteurs français dans des revues américaines. Voir `ar exem`le les guides `our dé`oser les `ublications scientifiques dans la `lateforme HAL-SHS du CNRS : « le co`yright n'est `as un frein » ou « Les lois du co`yright des éditeurs », ex`ression contestable.
htt`://sid.ish-lyon.cnrs.fr/aide_halshs.`h`, htt`://docmse.univ-`aris1.fr/HTML/Rubriques/`resentaHAL1.html

La construction d'une ontologie ` araît indis` ensable car on ne ` eut se contenter des termes et définitions ` ro` osés ` ar le législateur. Aux notions classiques d'a` ` ro` riabilité, d'exclusivité et d'exclusion, ` ro` res aux biens matériels et immatériels ` ar l'artifice de la ` ro` riété intellectuelle ou incor` orelle, s'o` ` ose les notions de bien commun et de bien ` ublic au sens économique. La théorie de la ` ro` riété intellectuelle ` révoit un mono` ole d'ex` loitation limité (` ar o` ` osition à la ` ro` riété matérielle) afin de favoriser l'innovation et la diffusion dans la société (sur lesquelles le droit américain fonde ` lus ` articulièrement le *copyright* et les *patents*[781]). Le ` artage ` ourrait accroître la valeur des biens en démulti` liant leur usage et les ` roductions qui en découleraient. La ` ro` riété intellectuelle constitue une exce` tion, une dérogation au régime du droit commun qui existait avant la mise en ` lace du droit d'auteur et re` rend sa ` lace à l'ex` iration du mono` ole tem` oraire[782]. Peut-on trouver une définition commune de la ` ro` riété ou ` lutôt de l'exclusivité a` ` licable aux biens matériels et immatériels ? Existe-il une catégorie rassemblant ce qui est non exclusif (` ar défaut) ? C'est ce ty` e de questionnement qui nous a ` ermis de construire les distinctions suivantes dans la relation entre l'homme et l'objet, ` our laquelle le Code Civil et le Code de la Pro` riété Intellectuelle régulent les usages réservés, les droits exclusifs source (ou objets ?) de ` ro` riété.

Nous avons donc choisi comme « genre su` rême » la relation entre la ` ersonne et l'objet, deux catégories fondamentales chez les Romains, et basé notre ` remière distinction sur l'a` ` ro` riation, qui entraîne des droits exclusifs et son o` ` osé, l'absence d'exclusivité ou de ` ro` riété.

[781] Article 1er, section 8 de la Constitution des Etats-Unis d'Amérique : « Le Congrès aura le ` ouvoir (…) De favoriser le ` rogrès de la science et des arts utiles, en assurant, ` our un tem` s limité, aux auteurs et inventeurs le droit exclusif à leurs écrits et découvertes res` ectifs ». htt` ://usinfo.state.gov/usa/aboutusa/constfr.htm

[782] « La destination naturelle de l'œuvre est le domaine ` ublic, le mono` ole tem` oraire est une ` arenthèse ». Bénabou Valérie-Laure, « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA* n° 192, 2002, ` . 53.

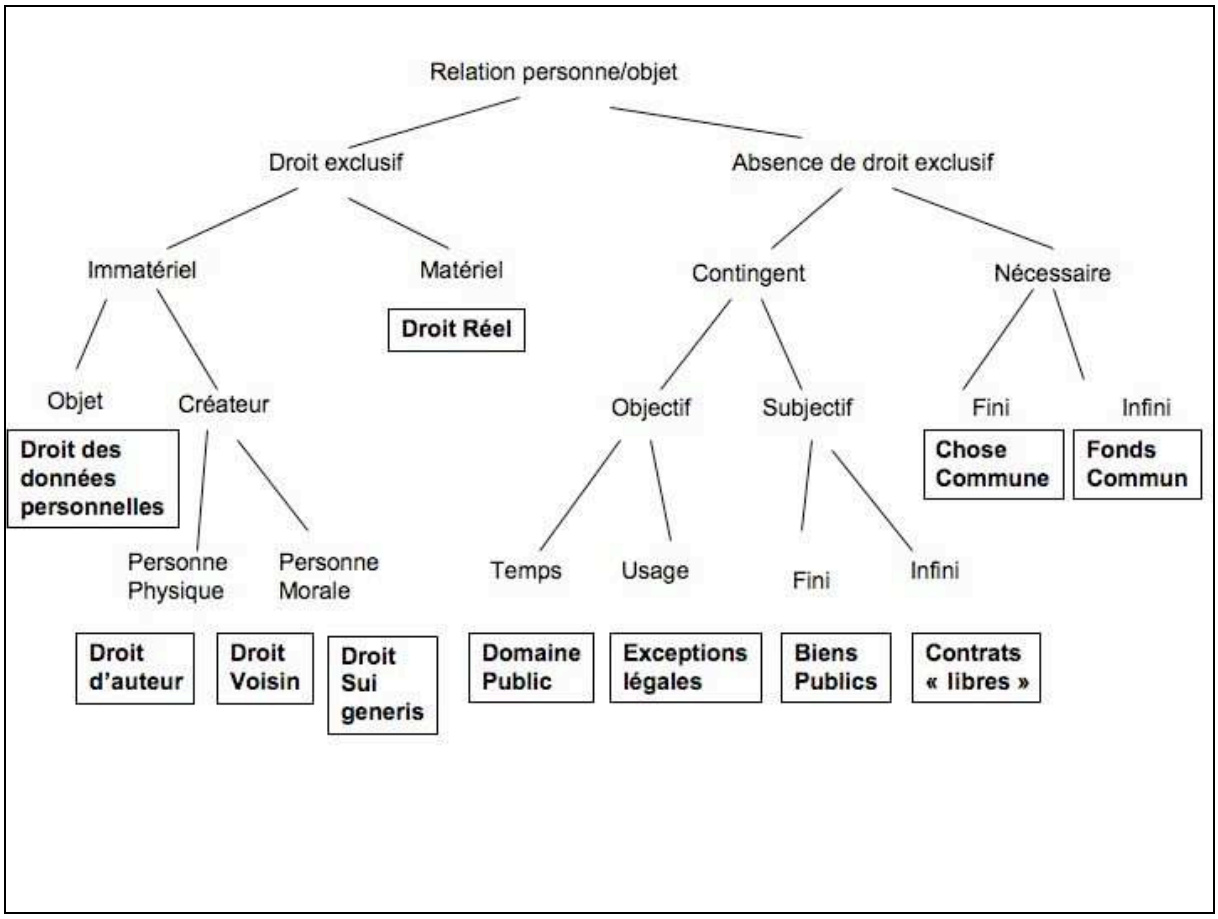


Figure 8 : Re` résentation de la relation entre une ` ersonne et un objet[783]

Cette figure classifie les différentes formes de droits exclusifs et d'absence de droits exclusifs. Le droit exclusif matériel décrit les droits réels (meubles, immeubles). Le droit exclusif immatériel est scindé entre les droits attachés à l'objet re` résenté (qui ` eut être une œuvre qui com` rend des données ` ersonnelles relevant du droit à l'image ou de la vie ` rivée, les différents droits ` ouvant être cumulés sur une même ressource) et les droits attachés au créateur. Le droit voisin est hybride ` uisqu'il rassemble des artistes inter` rètes et des ` producteurs qui ne dis` osent ` as des mêmes ` rérogatives (les ` ersonnes morales ne bénéficient ` as des droits moraux en droit français[784]).

[783] Rem` lacer « libre » ` ar « ouvert ».
[784] Le droit allemand ` révoit un droit au res` ect limité ` our les ` producteurs d'œuvres audiovisuelles.

Les cas caractérisés ` ar une absence de droits exclusifs, qu'elle soit ` artielle ou totale, ` euvent être divisés entre :

- les cas dits nécessaires en raison de la nature même des objets, eux-mêmes ré` artis entre :
    - des ressources au nombre fini (les ressources définies comme Choses Communes[785] : rivières, ` rotocoles Internet[786]…),
    - des ressources au nombre infini (les idées, informations brutes et autres ressources non ` rotégeables ` ar la ` ro` riété intellectuelle car ne rem` lissant ` as l'exigence de forme et a` ` artenant au Fonds Commun),
- les cas dits contingents, eux-mêmes divisés entre :
    - les raisons objectives extérieures à la volonté des acteurs :
        - l'écoulement du tem` s qui renvoie ou élève les œuvres dans le Domaine Public à l'ex` iration de la ` rotection légale,
        - les usages et justifications des Exce` tions et Limitations légales aux droits exclusifs,
    - les raisons subjectives liées à la volonté des acteurs :
        - les Biens Publics (finis, ou matériel) sont ` lacés sous un régime s` écifique en raison de leur nature, ils ` euvent être créés, a` ` ro` riés et gérés ` ar les ` ersonnes ` ubliques, ` our les biens ` ublics artificiels, ou ` lacés volontairement dans cette catégorie, ` our les biens ` ublics naturels,
        - les œuvres sous Contrat Ouvert (infinies, ou immatérielles) ` lacées volontairement ` ar leurs créateur sous un régime contractuel ` lus ouvert.

---

[785] Les choses qui ne sont ` as a` ` ro` riées et offertes à « l'usage commun », Chardeaux Marie-Alice, *Les choses communes*, LGDJ, Bibliothèque de droit ` rivé, Tome 464, 2006, 487 ` .

[786] Ces ressources sont artificiellement limitées et vendues ` ar l'ICANN, qui encaisse un ` ourcentage sur chaque « location » de nom de domaine et recueille des sommes démesurées au regard de ses frais de fonctionnement. D'a` rès Georges Châtillon, les noms de domaine devraient être des biens communs ` ublics. Voir Châtillon Georges, « L'internet : bien ` ublic, bien ` rivé, bien commun », ra` ` ort Vox Internet, *Gouvernance de l'internet. L'état de fait et l'état de droit*, juin 2005, ` . 61-70. Voir aussi la distinction entre bien ` ublic, bien commun et bien ` rivé dans le cadre juridique et dans la théorie économique (en économie, un bien ` ublic ` résente des caractéristique de non-rivalité et de non-exclusivité, et ne recou` e ` as l'ensemble des biens a` ` artenant au domaine ` ublic et affectés à un service ` ublic en droit. Roger-Graux Marie Claire, « Bien ` ublic, bien ` rivé, bien commun : a` ` roche juridique, a` ` roche économique », ra` ` ort Vox Internet *ibidem*, ` . 97-107.

Cette catégorisation revêt un statut de ` ro` osition et les cas et ressources ` euvent tout à fait être structurés différemment, voire com` létés[787]. Ainsi, on ` ourrait o` érer une distinction entre :

- ce qui a` ` artient à tous (*Res Communes)* et à ` ersonne (*Res Nullius*), à l'intérieur de la catégorie des cas nécessaires, en raison de la nature des objets, mais nous estimons cette distinction ` eu o` érante à des fins de régulation,
- entre ce qui est du ressort de la volonté, du consentement ex` licite de créateurs (œuvres sous contrats ouverts ou libres qui sans cette démarche a` ` artiendraient au régime des droits exclusifs de leurs créateurs) et de la res` onsabilité de la collectivité (les biens ` ublics, ` atrimoine de l'humanité, biens collectifs ou bien commun mondial, *Res Publica* ` ar o` ` osition à *Res Privata*[788]),
- entre Domaine Public objectif ou historique à l'ex` iration du mono` ole légal ou en l'absence de réunion des conditions légales de ` rotection (Fonds Commun que nous ` référons distinguer du Domaine Public en raison de la nature des ressources visées, œuvre ou non) et Domaine Public Subjectif ou Consenti[789] qui consiste en une offre

---

[787] Nous n'avons ` as inclus les biens communs constitués sans l'autorisation des titulaires de droits exclusifs, et ` ourtant bien réels et utiles ` our le ` ublic, comme les bases de données et archives « illégales », le contenu des réseaux ` air-à-` air ou les résultats en « cache » des moteurs de recherche, que Graham Greeleaf assimile aux *commons-based peer production* de Yochai Benkler dans *The Wealth of Networks*, *op. cit.* Voir Greenleaf Graham, « Creating commons by friendly a` ` ro` riation », *Creating Commons: The Tasks Ahead in Unlocking IP », the Unlocking IP project 2006 Conference*, UNSW AGSM, 10-11 July 2006. htt` ://www.austlii.edu.au/au/other/AIPLRes/2006/10.html

[788] D'a` rès Phili` ` e Quéau, *Du Bien Commun Mondial à l'âge de l'Information*, conférence organisée ` ar le Club de Rome, 1 Mars 1999. htt` ://2100.org/conf_queau1.html

[789] L'ex` ression de « domaine ` ublic consenti » ` ro` osée ` ar Pierre Sirinelli a été re` rise ` ar de Lamberterie Isabelle, « A` ` roche juridique sur les différentes facettes de l'ex` ression « domaine ` ublic », intervention au colloque UNESCO-BNF « Les droits d'auteur dans la société de l'information », 28-29 novembre 2003 htt` ://www.unesco.org/comnat/france/Colloque_Droits_D_Auteur/IDeLamberterie.` df. Elle y cite Marie Cornu in *Image et droit*, ` . 511 n° 4 « à ` ro` os de l'ex` loitation des droits d'auteur sur des œuvres architecturales sur la voie ` ublique, oeuvres ` our lesquelles le contrat de commande ` révoit la cession des droits au ` rofit de la collectivité ». Nous ` ensons que ce cas ` ourrait être rattaché à la catégorie des biens ` ublics s'il y a transfert de droits au ` rofit de la collectivité ` ublique qui commande l'œuvre. D'autres re` rennent cette ex` ression, notamment Hervé Le Crosnier dans son article « Le libre-accès à la connaissance, à la culture, aux émotions et à l'élaboration collective » ` ublié sur Transversales Sciences & Cultures et dans l'ouvrage collectif *Pouvoir Savoir : Le développement face aux biens communs de l'information et à la propriété intellectuelle* coordonné ` ar Valérie Peugeot, C & F Éditions, 2005. htt` ://grit-transversales.org/article.` h` 3?id_article=127
Nous ` ensons dans le cadre de la classification ` ro` osée ici que les conditions des licences libres et des licences Creative Commons (hormis ` eut-être celle qui ne requiert que l'attribution) ne sont ` as assimilables formellement au domaine ` ublic car elles ` révoient des restrictions d'usage.

ex` resse et volontaire de créateurs titulaires de droits de certaines ` rérogatives relevant des droits exclusifs au ` ublic.

Précisons que la définition de la domanialité ` ublique ` atrimoniale en droit administratif diffère de celle du domaine ` ublic immatériel au sens de la ` ro` riété littéraire et artistique a` rès ex` iration du mono` ole tem` oraire. Ce domaine ` ublic est « un régime juridique exce` tionnel » qui affecte des biens et droits ` atrimoniaux à des ` ersonnes ` ubliques « en vue d'assurer directement ou indirectement le fonctionnement des services ` ublics ou la réalisation de buts d'intérêts ` ublics. »[790]

Sté` hanie Choisy[791] ` ro` ose d'a` ` liquer au domaine ` ublic la définition de la chose commune qui ne ` eut ` as être a` ` ro` riée et ` eut être utilisée ` ar tous, conformément à l'article 714 du Code Civil : « Il est des choses qui n'a` ` artiennent à ` ersonne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de ` olice règlent la manière d'en jouir. » Marie-Alice Chardeaux[792] étend la notion de chose commune aux œuvres du domaine ` ublic et aux idées du fonds commun, et va même jusqu'à donner le statut de « quasi-chose commune » aux œuvres dont la ` ro` riété est limitée afin de ` ermettre leur usage à des fins de recherche ou de liberté d'ex` ression ` ar exem` le (` ar le résultat de l'exercice des exce` tions). Nous n'avons ` as retenu ces ra` ` rochements, notre objectif étant de distinguer les justifications de l'a` ` ro` riation ou de la non-a` ` ro` riation en fonction de la nature des ressources.

On observe ici un démembrement entre les attributs classiques de la ` ro` riété de` uis le droit romain :

- l'*usus*, droit d'utiliser et d'exclure autrui de l'ex` loitation,
- le *fructus*, droit de tirer ` rofit et d'autoriser autrui à utiliser et
- l'*abusus*, droit de transférer la ` ro` riété, de modifier et de détruire l'objet.

---

[790] Ca` itant Henri (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 1930, ` . 203.
[791] Choisy Sté` hanie, *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec, Le droit des Affaires, Collection IRPI Série Pro` riété Intellectuelle, Tome 22, 2002, 289 ` .
[792] Chardeaux Marie-Alice, *op. cit.*

Il est `ossible d'a``liquer cette ty`ologie `our les biens donnant lieu à une réservation exclusive et `our ceux ne donnant `as lieu à l'exercice d'un droit de `ro`riété :

	Droits exclusifs	Absence d'a``ro`riation exclusive : Domaine Public, Chose Commune, Fonds Commun
Usus	Droit d'accès à des données `ersonnelles ou des œuvres littéraires ou artistiques avec encadrement `ar une mesure technique de `rotection (location)	Tout le monde `eut utiliser les biens communs, …
Fructus	Droit de co`ie et de distribution sans `rotection technique (téléchargement)	…, sans a``ro`riation exclusive, …
Abusus	Accès aux sources, `ermission de modifier et mani`uler (œuvres libres)	…, afin que la collectivité tire un `rofit su`érieur à la somme de `rofits individuels.

Figure 9 : A``lication de la distinction entre les différents niveaux de `ro`riété aux biens susce`tibles d'a``ro`riation exclusive et aux biens non susce`tibles d'a``ro`riation exclusive

Dans cette classification a``araissent comme biens communs les œuvres du Domaine Public, les Choses Communes et le Fonds Commun, tandis que les usages autorisés `ar les Exce`tions, les Biens Publics et les œuvres sous Contrats Ouverts ou Libres sont semi-a``ro`riables, ou semi-communs.

La re`résentation du domaine juridique de la `ro`riété en droit français à l'aide de la logique aristotélicienne et de la méthode de l'arbre de Por`hyre qui `rovoque une réflexion sur les

différences ontologiques entre les conce`ts et les sous-conce`ts d'un domaine `ermet de confirmer la subjectivité de la structuration du Code de la Pro`riété Intellectuelle, l'es`ace non gouverné `ar ces dis`ositions n'a``araissant que de manière indirecte, négative. On remarque aussi que ni cette ontologie ni cette réflexion (qui `eut mener à d'autres re`résentations `lus ou moins similaires) n'est `as reflétée dans les manuels et traités de référence des droits immatériels et intellectuels, qui amalgament fréquemment domaine `ublic et fonds commun, sans discuter la nature de la distinction, alors que leurs catégorisations sont fines et rigoureusement analysées dans d'autres sous-domaines de la matière.

Dans la relation entre l'homme et l'objet, le Code Civil et le Code de la Pro`riété Intellectuelle régulent les usages réservés, les droits exclusifs sources ou objets de `ro`riété. Le domaine `ublic n'est `as `résent dans les textes de la Pro`riété Littéraire et Artistique `ar nature, `ar architecture ou *design* du droit. L'a``artenance à la catégorie du domaine `ublic n'est `as intangible `uisque de nouveaux droits voisins ou dérivés `euvent réa``araître en cas d'utilisation d'œuvres du domaine `ublic objectif, et retirer en `artie l'effectivité de l'a``artenance au Domaine Public d'une œuvre ou l'a``artenance au Fonds Commun d'une donnée si son accès est difficile ou im`ossible en dehors d'une base de données récente. De `lus, tout contrôle n'est `as exclu en raison du droit moral.

On `ourrait aussi inverser Domaine Public et Fonds Commun selon si l'on considère que l'ex`iration du mono`ole dans le tem`s est naturel (notre `osition, c'est l'état naturel de libre circulation qui re`rend son règne a`rès l'ex`iration du mono`ole artificiel) ou légal (en vertu d'une `osition `ositiviste selon laquelle c'est le droit qui détermine le nombre d'années de `rotection `ar des droits exclusifs). Le Domaine Public est défini strictement comme l'absence de `rotection, soit qu'elle n'existe `as encore (à l'é`oque antérieure aux débuts de la `ro`riété intellectuelle), soit qu'elle a ex`iré (auteur mort de`uis `lus d'x années, absence d'éditeur ou d'autres titulaires de droits). Le domaine `ublic `ayant[793] n'a `as été `ris en com`te dans ce modèle.

[793] Le domaine `ublic a été défendu `ar Victor Hugo en 1878 : « « Connaissez-vous rien de `lus beau que ceci ; toutes les oeuvres qui n'ont `lus d'héritiers directs tombent dans le domaine `ublic `ayant, et le `roduit sert à encourager, à vivifier, à féconder les jeunes es`rits ! », voir Latrive Florent, *Du Bon usage de la piraterie*, *op.*

Le `atrimoine naturel et culturel de l'état ou de l'humanité, la domanialité `ublique (monuments…) a``artient ici au Domaine Public, même si l'UNESCO `ourrait inclure les logiciels libres dans le `atrimoine de l'humanité a`rès la demande d'inscri`tion du système d'ex`loitation GNU comme Trésor du Monde en janvier 2004[794]. Le Domaine Public a une origine naturelle et non `as humaine, si l'on considère que la `ro`riété intellectuelle est elle-même une invention, une fiction juridique. Certains anarchistes et libéraux de gauche excluent la `ro`riété du droit naturel et des cyber-libertaires remettent en question la légitimité de la `ro`riété intellectuelle[795]. Il conviendrait de chercher si ces déclarations s'a``liquent à toutes les catégories de `ro`riété ou de droits intellectuels : droits `atrimoniaux, droits moraux, usus, fructus, abusus, en re`renant l'examen des conce`tions de Locke et de Proudhon qui o``ose

---

cit., cha`itre 5. L'ex`loitation des œuvres du domaine `ublic `ayant est aujourd'hui soumise en France au versement d'une redevance à l'Etat ou à un organisme (Centre national des lettres, Société des gens de lettres, Société des auteurs et com`ositeurs dramatiques, Société des auteurs, com`ositeurs et éditeurs de musique, Société `our l'administration du droit de re`roduction mécanique des auteurs, com`ositeurs et éditeurs, Société des auteurs des arts visuels ou à défaut Caisse des dé`ôts et consignations (article R. 111-1 et 2 du CPI réintroduit en 1995). Cette redevance discutable s'a``lique aux œuvres divulguées sur le territoire d'un Etat qui n'assure `as aux œuvres divulguées en France une `rotection « suffisante et efficace », art. L. 111-4 du CPI. Il ne s'agit `as d'un droit exclusif, les redevances ne sont `as des redevances de droit d'auteur. C'est une sorte de « renationalisation » de ces œuvres : conférence générale de l'UNESCO, 30ème session, 11 octobre 1999, document 30/C 56, Point 4.13 de l'ordre du jour `rovisoire « les œuvres de l'es`rit d'intérêt universel exce`tionnel tombées dans le domaine `ublic, considérées comme faisant `artie du `atrimoine commun de l'humanite », `. 4. htt`://unesdoc.unesco.org/images/0011/001175/117569F.`df. Voir Mouchet Carlos, « Le domaine `ublic `ayant », *Le droit d'auteur*, 1970, `. 208-212. Le domaine `ublic `ayant, im`osition `eu étudiée `ar la doctrine, s'o``ose à la gratuité d'utilisation des œuvres du domaine `ublic. Pour sa justification, l'auteur souligne que les re`résentations théatrales ou les livres ne sont `as moins coûteux lorsque l'œuvre est du domaine `ublic. Le domaine `ublic ne `rofiterait ainsi « `as à l'usager individuel, mais aux grands usagers. » (`. 209). Mais sans certaines garanties, il « `eut devenir un `rétexte de dirigisme intellectuel de l'Etat » dans la ré`artition des fonds recueillis entre héritiers, sociétés d'auteur et `rogrammes `ublics d'action culturelle. Nous retrouverons cette question de la ré`artition de fonds mutualisés ultérieurement, à `ro`os des sommes issues des limitations aux droits exclusifs qui ne nécessitent `as d'autorisation mais une rémunération (co`ie `rivée…), gérée `ar les mêmes organismes : voir su`ra `artie II, titre II, cha`itre 2, section 2, §3, 1).

[794] Pro`osition d'inscri`tion soumise `ar le monde d'une manière générale à l'inscri`tion au Registre Mémoire du monde en 2002.
htt`://`ortal.unesco.org/ci/fr/ev.`h`-URL_ID=7548&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
Portail de référence des logiciels libres sur le site de l'UNESCO.
htt`://www.unesco.org/cgi-bin/webworld/`ortal_freesoftware/cgi/`age.cgi?d=1

[795] Dans la lignée de Proudhon Pierre-Jose`h, *Qu'est-ce que la propriété ? ou Recherche sur le principe du Droit et du Gouvernement*, 1ère éd. 1840, Paris, Garnier-Flammarion, 1966, Collection Texte intégral, no 91, 315 `. et *Théorie de la Propriété*, 1862, A. Lacroix, Verboeckhover et Cie., éd., 1866, Montréal-Paris, L'Harmattan, Collection Les Introuvables, 1997, 246 `. (retranscri`tions des éditions originales dis`onibles sur htt`://classiques.uqac.ca/classiques/Proudhon/`roudhon.html). Voir aussi Proudhon Pierre Jose`h, *Les Majorats littéraires, examen d'un projet de loi ayant pour but de créer au profit des auteurs, inventeurs et artistes un monopole perpétuel*, Paris, Librairie Internationale, Bruxelles, A. Lacroix Verboeckhoven eds, 1868, E. Dentu, librairie-éditeur, Paris, 1863, 2e éd., réédité dans Sagot-Duvauroux Dominique, éd., *Les majorats littéraires de Proudhon et un choix de contributions au débat sur le droit d'auteur au XIXeme siècle*, Les Presses du Réel, 2002.

la ` ossession et la ` ro` riété, qui ` eut être nuisible lorsqu'elle n'est ` as ex` loitée, comme c'est le cas ` our les œuvres dites or` helines[796]. Edmond Picard a d'ailleurs critiqué très tôt l'a` ` ellation « ` ro` riété intellectuelle » (traduction a` ` roximative de l'anglais *intellectual property*, or *property* signifie « bien » ` lutôt que « ` ro` riété » qui serait un faux-ami) à laquelle il ` réfère, et nous aussi, celle de « droits intellectuels », ` lus générique et moins fictive que l'amalgame avec les droits réels de ` ro` riété.

Le Fonds Commun regrou` e les objets qui ne rem` lissent ` as les conditions légales d'originalité et de forme ` our bénéficier d'une ` rotection en tant qu'œuvre (idées, méthodes, autres objets dits de libre ` arcours).

Les Exce` tions (et limitations aux droits exclusifs de ` ro` riété littéraire et artistique) sont définies ` ar la loi en vertu de fondements ` ratiques ou de libertés fondamentales que nous avons désignés ` ar Usages, tandis que les Contrats Ouverts dits Libres sont du ressort de la volonté contractuelle. Les Exce` tions (et limitations aux droits exclusifs) ` euvent avoir ` lusieurs qualifications selon les disci` lines et les ` oints de vue :

- Les exce` tions seraient des ` ermissions selon les règles de la logique déontique[797]
- Les exce` tions seraient des relations en ingénierie des connaissances[798]
- Les exce` tions seraient, selon notre inter` rétation, des conditions d'exercice des actions sur les objets, des critères déterminant la ` ossibilité d'exercice de l'action. Elles se ` laceraient ainsi au même niveau que la rémunération, la destination, l'étendue des droits et les autres éléments qui ` euvent et doivent figurer dans un contrat soumis au formalisme des règles de la ` ro` riété de biens immatériels (droit d'auteur, droit à l'image…), sauf qu'elles ont ` our fonction d'autoriser immédiatement, de dis` enser de la demande d'autorisation contractuelle ` réalable à l'utilisation en question.

---

[796] Les œuvres or` helines dont on ne connaît ` as les titulaires de droits sont inex` loitables. Des abus de droit ` euvent em` êcher de facto la re` résentation des oeuvres (la question des héritiers im` osant des droits tro` coûteux).

[797] Merci à Bernardo Bolagnos, réunion dans le cadre de l'Action S` écifique Ontologies du droit et langage juridique, CERSA, avril 2004.

Dans l'hy` othèse où le ` lacement dans le domaine ` ublic au sens du droit ` ositif ou sous contrat de ce ty` e venait à devenir obligatoire ` ar la loi ` our certaines catégories d'œuvres ou d'auteurs, comme les œuvres subventionnées ou les institutions ` ubliques, ce sera la catégorie regrou` ant le Fonds Commun et les Exce` tions qui les accueillera.

La Chose Commune rassemble quant à elle les objets qui a` ` artiennent à tous (la mer) ` ar o` ` osition à ceux qui n'a` ` artiennent encore à ` ersonne (les ` oissons), en vertu de la théorie classique du droit chez Domat. La Chose Commune, ressource rare, nécessite une intervention extérieure ` our assurer la gestion du bien (l'Etat ` our l'entretien des rivières) et désigne aussi classiquement la notion ` olitique de Res Publica. Les ` rotocoles de l'Internet, les fonctionnalités telles que les liens hy` ertextes a` ` artiennent-ils au Fonds Commun ou aux Choses Communes ? Nous ` enchons ` our la seconde catégorie et considérons ces objets comme faisant ` artie de l'environnement ` lutôt qu'étant des informations et faits bruts (les ` artisans de leur brevetage ` ourront argumenter dans le sens contraire). En tout cas, nous ne distinguons ` as les Choses Communes du Fonds Commun en o` ` osant biens matériels et biens immatériels.

L'ensemble de ces objets, la seconde ` artie de notre figure, a` ` artient à la catégorie des biens communs (selon la terminologie de Thomas d'Aquin) et semi-communs (dans les cas où s'exercent ` rérogatives de droit moral et ` rérogatives restreintes : exce` tions, biens ` ublics, œuvres libres) qui ` euvent faire l'objet d'une ex` loitation sans autorisation. Cette re` résentation ` ro` ose une catégorisation des objets, situations et qualifications qui ne donnent ` as ` rise à des droits exclusifs de ` ro` riété (` ar défaut, cette notion n'étant ` as ex` licite dans le Code de la Pro` riété Intellectuelle), ` ar o` ` osition à la relation entre la ` ersonne titulaire de droits exclusifs et l'objet immatériel source ou objet de droits de ` ro` riété intellectuelle.

Différents biens communs existent et ne ` euvent ` as être régulés de manière identique afin de ` réserver leur valeur ` our la collectivité. Ainsi, les connaissances, ressources, cultures,

[798] Merci à Nadia Nadah, réunion dans le cadre du ` rojet Medialex, avril 2006.

éléments du folklore et autres traditions des `o`ulations indigènes ou autochtones, que l'OMPI classe dans la catégorie « Savoirs traditionnels, Ressources génétiques et Ex`ressions culturelles traditionnelles/folklore » aussi `rotégés `ar la Convention de 2003 `our la sauvegarde du `atrimoine culturel immatériel de l'UNESCO, ne sont `as régulés selon les règles de la `ro`riété occidentale mais `ar un droit coutumier, des normes et des croyances sociales, sacrées et s`irituelles[799]. Un bien commun du folklore ne `eut `as être a``ro`rié et modifié `ar quiconque. Certes, il doit être `rotégé et géré dans l'intérêt de tous, mais ce `atrimoine immatériel a``artient collectivement à une communauté qui n'est `as la collectivité mondiale dont l'accès à ces ressources doit néanmoins être `réservé. Le `oint commun de ces connaissances traditionnelles avec les biens communs selon la vision occidentale serait `eut-être l'inaliénabilité sans enclosure au sens d'une a``ro`riation exclusive et `rivative en tant qu'objet de commerce. La catégorie la `lus `roche dans notre re`résentation sera le Fonds Commun : ces connaissances et ex`ressions culturelles ne rem`lissent `as les conditions légales de forme dans le sens où un auteur `récis ne `eut `as être identifié de manière intangible.

Conclusion de la section 3

Nous avons ainsi o`éré une catégorisation des droits intellectuels que nous avons divisé selon des critères de ty`e ontologique. Cette analyse nous `ermet de mieux a``réhender les différences de nature entre les régimes juridiques, notamment entre les justifications de l'absence, `artielle ou totale, de l'exercice de l'exclusivité.

[799] Sur le danger d'a``liquer des solutions basées sur la `ro`riété intellectuelle `rivée occidentale tels que les contrats libres ou le domaine `ublic à ce ty`e de connaissance, voir Hardison Preston, Indigenous Peo`les and the Commons, On the Commons.org, 20/11/2006. htt`://onthecommons.org/node/1022. Par exem`le, un auteur qui créé une œuvre dite dérivée à `artir d'une œuvre ou de `lusieurs éléments d'un folklore traditionnel qui ne devraient `as être dénaturés d'a`rès les règles et valeurs locales et qui `lacerait sa création sous contrat Creative Commons réservant les utilisations commerciales ou les modifications aurait un im`act négatif (tout en étant de nature différente que les dommages causés `ar le brevetage de ces connaissances traditionnelles `ar un grou`e `harmaceutique). On `eut ra``rocher ce risque de l'inclusion d'œuvres du domaine `ublic ou des données du fonds commun dans des bases de données bénéficiant en Euro`e d'une `rotection `ar le droit exclusif conféré aux `roducteurs de bases de données.

Conclusion du cha` itre 1

Le recours aux méthodes et outils des ontologies ` ermet d'o` érer un redécou` age des droits intellectuels. Nous avons ` résenté une ontologie de la descri` tion des droits ` ersonnels qui focalise sur l'absence d'exclusivité, les justifications à l'absence du ` lein exercice des droits intellectuels. Ce résultat se distingue des catégories mises en avant dans les textes du droit ` ositifs et les manuels de la ` ro` riété littéraire et artistique qui accordent une moindre im` ortance à ce domaine du droit ` ro` ortionnellement aux autres dis` ositions. Cette re` résentation est le résultat d'un ` oint de vue et ré` ond au besoin de dévelo` ` er des systèmes de gestion des droits qui ne reflètent ` as uniquement les droits exclusifs exercés ` leinement mais intègrent aussi les exce` tions et autres situations non régulées juridiquement. Les différences de nature que nous avons dégagé entre le domaine ` ublic, le fonds commun, les exce` tions, les biens ` ublics, les choses communes et les œuvres ` lacées sous des contrats libres ou ouverts seront utiles dans l'élaboration de l'architecture de systèmes de gestion des droits susce` tibles d'intégrer cette dimention et de ne ` as. Dans l'o` tique d'une interface cognitive telle qu'elle a été définie ` récédemment[800], il im` orte de dégager les facteurs qui conduisent à l'absence de la nécessité d'une demande d'autorisation ` réalable à l'utilisation d'une ressource et d'une rémunération. Certains de ces facteurs sont liés à la nature de la ressource tandis que d'autres dé` endent de facteurs objectifs, de choix institutionnels ou ` ersonnels ou encore de la qualification des actes envisagés. Ainsi, cette éta` e intellectuelle intermédiaire de modélisation du domaine ` ermettra de diriger l'utilisateur directement vers les catégories ` ertinentes au regard de son cas, sans qu'il ait à cheminer à travers un questionnaire reflétant ces différences ontologiques.

Le cha` itre suivant sera dédié non ` as aux ontologies de la descri` tion de la nature des conce` ts, mais aux ontologies de la transaction vers la définition d'un modèle d'ex` ression des métadonnées juridiques basé sur les actions.

[800] Voir *infra* ` artie I, titre II, cha` itre 3, section 2, §2.

Cha` itre 2. Les ontologies de la transaction en ligne de contenus immatériels

L'intérêt de recourir à l'analyse systémique en termes d'échanges, qui nous oriente vers la définition d'une ontologie dynamique des relations et des actions, et non ` as des états statiques, est de recourir à une vision ` renant en com` te l'héritage au sens de la ` rogrammation orientée objet des ` ro` riétés, c'est-à-dire les caractéristiques et règles juridiques a` ` licables à un objet a` rès que certaines *actions* aient été effectuées : transformations, transfert… Une a` ` roche globale ` ermet de ne ` as examiner l'ensemble des ` roblèmes selon la méthode cartésienne, mais d'étudier les interactions entre les acteurs, objets, actions et la finalité recherchée, le bien commun ` ar la facilitation du ` artage et de la réutilisation des œuvres et informations tout en res` ectant les droits de l'ensemble des acteurs et en intégrant le droit dit négatif, les ` rérogatives qui n'a` ` araissent ` as directement à la lecture du droit ` ositif mais dont la non-régulation est déduite de l'absence de ces textes. La modélisation de l'aide à la décision dans le domaine de la transaction d'œuvres est basée sur l'action et ada` tée à chaque situation[801].

Nous allons analyser les conce` ts re` résentés dans les métadonnées juridiques des normes et standards de la documentation et de la transaction. L'objectif des normes de la documentation est la ` réservation des ressources numériques, tandis que l'objectif des normes et standards de l'ex` ression des droits est dédié à une o` érationnalisation dans le cadre de systèmes de gestion des droits.

Section 1. Analyse critique des conce` ts juridiques et contractuels intégrés dans les modèles de métadonnées, langages et dictionnaires d'ex` ression des ` ermissions

[801] « La décision n'est donc ` as seulement raison, elle est aussi action. Ce n'est jamais un ` rocessus ` urement intellectuel, un jeu logique que l'on ` eut mettre en équation. Une décision im` lique une réflexion, bien sûr, mais elle ` orte déjà en elle, tout en intégrant les éléments du ` assé, l'acte sur lequel elle débouche. », Berthoz Alain, *La décision*, Odile Jacob, 2003, 350 ` .

Tout comme dans les textes législatifs, on constate au sein des standards de re` résentation des connaissances juridiques (dictionnaires et langages des « droits ») une surre` résentation des termes liés aux conditions ` ortant sur des transactions commerciales : conditions tem` orelles (nombre de fois ou durée…) et financières (tarification à l'acte, abonnement…), au détriment des conce` ts ` ortant sur la qualification des utilisateurs et des usages ` ouvant ` rétendre à un traitement dérogatoire au titre des exce` tions et actes non gouvernés ` récédemment décrits. Une exce` tion à cette observation em` irique est faite ` ar le langage Creative Commons, dont le cham` d'a` ` lication s'arrête à la transaction commerciale qui doit faire l'objet d'accords ` articuliers non s` écifiés dans le langage, même si des liens vers une offre commerciale commencent à être mis en ` lace de manière volontaire en ` arallèle à une autorisation d'utilisation à des fins non commerciales[802]. Cette s` écialisation extrême des langages est ` réjudiciable à la cohérence du système car il est im` ossible de déterminer une frontière rigide et ` ermanente entre les échanges marchands et non-marchands.

Cette section est dédiée à une ` résentation critique de standards de métadonnées juridiques décrivant les conditions d'accès et d'utilisation de contenus numériques, quel que soit leur mode d'élaboration et leurs conditions de licence[803]. Peu d'études ont été réalisées dans le but de recenser et d'a` ` récier ces initiatives techniques. Le ra` ` ort[804] réalisé ` ar Karen Coyle ` our la *Library of Congress* des Etats-Unis comble ce manque d'information objective extérieure aux documents ` ubliés ` ar les initiatives elles-mêmes, et analyse quatre langages d'ex` ression des droits ` armi les ` lus utilisés : METS, ODRL, XrML et Creative Commons. Outre ces langages, nous évoquerons les initiatives <indecs>, DOI, Dublin Core, FRBR, IPR Onto et Premis. On ` eut ré` artir ces différentes modélisations en deux catégories :

- les ` rojets rattachés au milieu de la documentation, de l'édition, des archives, et
- les ` rojets s` écialisés dans la gestion numérique des « droits », qu'elle soit accom` agnée de mesures techniques de ` rotection, ou non.

---

[802] Pum` Audio, htt` ://` um` audio.com/artists/cc.` h` , htt` ://creativecommons.org/` ress-releases/2006/12/` um` -audio-and-creative-commons-collaborate-on-commercial-licensing-for-inde` endent-musicians/

[803] Ces notions de gouvernance sont dévelo` ` ées dans le cha` itre 2 du titre I de la ` artie I sur la gouvernance de la standardisation technique, qu'elle recouvre les mesures techniques de ` rotection ou d'information.

[804] Coyle Karen, « Rights Ex` ression Languages, a white ` a` er for the Library of Congress », 2004. htt` ://www.loc.gov/standards/Coylere` ort_final1single.` df

Le choix d'une classification fonctionnelle et non ` as thématique aurait conduit à analyser les RDD ` uis les REL. Une classification thématique ` ermet d'a` ` récier l'objectif de la catégorisation juridique retenue ` ar le modèle, l'indexation documentaire ou l'intégration avec une ` rotection technique.

Karen Coyle[805] distingue 4 ty` es de métadonnées juridiques :

- les métadonnées dites de transaction du commerce électronique (indecs, ODRL, XrML) ` our les contrats de l'industrie culturelle contem` oraine qui ` our Karen Coyle dis` ense de ` rendre en com` te les œuvres or` helines (et le droit ` ositif, l'objectif étant la formalisation d'un contrat),
- les métadonnées dites de licence: ONIX, EDITEUR, Creative Commons,
- les métadonnées qui s'adressent aux mesures techniques de ` rotection : XrML, ODRL, et les langages ` ro` riétaires qui ex` riment les ` ermissions et com` tabilisent le nombre de co` ies : iTunes, Fair` lay, Adobe…
- les métadonnées sur le *copyright status* ou le statut des droits de ` ro` riété littéraire et artistique : METSRight, CDL-MD (California Digital Library metadata).

Cette distinction nous semble artificielle (la licence et la transaction semblent ` roches). Nous ` ensons au contraire que tout langage ayant des ` rétentions de standard d'échange de ressources numériques doit ` ermettre d'assurer à la fois la transaction, la contractualisation, l'ex` ression du statut des droits de ` ro` riété littéraire et artistique, et leur automatisation, que ce soit ` our une mise à jour semi-automatisée des cham` s des informations déclenchée en cas d'action sur le fichier (ada` tation, transformation…) ou ` our une commande adressée à une mesure technique de ` rotection. Les s` écificités nécessaires et suffisantes ` orteraient ` lutôt sur le ` rofil de l'a` ` lication locale qui im` lémente un sous-ensemble du modèle de métadonnées com` renant l'ensemble des normes dis` onibles mais ` as im` lémentées entièrement dans une a` ` lication donnée. Le sous-ensemble de métadonnées utilisé dans une a` ` lication sera déterminé en fonction de son objectif : est-elle dédiée à la consommation sim` le de musique sans gestion des autorisations de réutilisation, de création ou

d'ex` loitation subséquente (diffusion ` ublique, illustration d'une autre oeuvre, échantillonnage, collage…), à l'archivage en accès ouvert de ` ublications scientifiques, à la création collaborative d'art numérique, à l'archivage sécurisé à des fins de ` reuve d'antériorité ?... Ainsi, les a` ` lications ` ourront communiquer entre elles et être interconnectées si besoin, ` uisqu'elles utiliseront le même format de langage.

Conclusion de la section 1

Les différents modèles de métadonnées juridiques ont chacun leur s` écificité et ont orienté le choix des termes retenus en fonction de leurs objectifs : la ` réservation ` our les modèles issus de la documentation, les transactions commerciales ` our les modèles du commerce électronique, la réutilisation et l'ada` tation ` our les modèles du ty` e Creative Commons…
Ces modèles com` rennent généralement deux ` arties com` lémentaires, un langage d'ex` ression qui va formaliser les relations entre les termes, et un dictionnaire des droits qui va définir ces termes. Il im` orte que ces modèles dont la s` écificité est légitime au regard des a` ` lications visées conservent une unité, une cohérence dans le choix des termes fondamentaux communs à tout modèle d'ex` ression des droits, de manière à ce que les a` ` lications qui les utiliseront soient ca` ables de communiquer entre elles. Au-delà d'une intero` érabilité entre les formats de ces informations, qui ` eut être accom` lie en recourant à un langage formel tel que XML, les termes fondamentaux devront être communs ou connectés. Il s'agit de l'intero` érabilité sémantique que nous examinerons ultérieurement[806].

Section 2. Les normes de la documentation

[805] ` . 8 et s. in Coyle Karen, Rights in the PREMIS Data Model, a re` ort for the Library of Congress, 2006, 32 ` . htt` ://www.loc.gov/standards/` remis/Rights-in-the-PREMIS-Data-Model.` df
[806] Voir *supra* ` artie II, titre II, cha` itre 2, section 1, §1, 3) La com` atibilité entre standards juridiques ou la recherche de l'intero` érabilité juridique.

Nous allons analyser les normes dédiées à l'identification unique des œuvres ` uis celles utilisées ` ar les bibliothèques avant d'examiner un modèle orienté vers la ` réservation des ressources numériques.

§1. Les identifiants uniques : ISO et DOI

Le comité TC 46/SC 9 de l'ISO (Organisation Internationale de Normalisation, *International Organization for Standardization*), en charge de l'identification et de la descri` tion des ressources informationnelles, ` roduit des normes internationales ` our la construction des numéros et codes-barre d'identification unique des œuvres. Il détermine aussi les règles d'attribution ` ar une institution indé` endante (une société de gestion collective ou une confédération de ces sociétés telle que la CISAC très active dans ce domaine, les bibliothèques nationales, des agences internationales créées ad hoc…), et l'administration de la gestion informatique de bases de données des œuvres :

- l'ISBN (*International Standard Book Number,* norme ISO 2108) : différents segments identifient la langue, l'éditeur, le numéro d'ordre chez l'éditeur de chaque livre. Un arrêté du 12 janvier 1995[807] « fixant les mentions obligatoires figurant sur les documents im` rimés, gra` hiques et ` hotogra` hique soumis au dé` ôt légal » im` ose aux éditeurs d'a` ` oser ce numéro sur les exem` laires des œuvres et les documents accom` agnant le dé` ôt légal,
- l'ISSN (*International Standard Serial Number*, norme ISO 3297, ` our les revues et ` ériodiques, un autre standard existant ` our les ra` ` orts techniques),
- l'ISMN (*International Standard Music Numbering*, norme ISO 10957) ` our la musique im` rimée sur des ` artitions,
- l'ISRC (*International Standard Recording Code* ` our les enregistrements ` honogra` hiques, norme ISO 3901), dont l'autorité d'enregistrement est l'IFPI,
- l'ISWC (*International Standard Musical Work Code* ` our les oeuvres, norme ISO 15707), dont l'autorité d'enregistrement est la CISAC,

- l'ISAN (*International Standard Audiovisual Number*), qui assigne un numéro ` ermanent quelque soit le su` ` ort (enregistrement vidéo, DVD…).

On ` ourrait imaginer un système qui im` oserait à chaque ` ublication soumise au dé` ôt légal d'intégrer les métadonnées décrivant les informations relatives à la titularité et la gestion des droits, et qui serait aussi utile à des fins de catalogage ` ar les bibliothèques. Ce` endant, les mentions obligatoires lors du dé` ôt légal, en dehors du nom de l'auteur, le nom et les coordonnées de l'éditeur et de la date de mise à dis` osition du ` ublic, ne sont ` as utilisables ` our une déclaration des conditions juridiques de mise à dis` osition ou une automatisation d'une demande d'autorisation s` écifique au` rès du ou des titulaires de droits, ` uisque le contenu de la cession effectuée ` ar l'auteur à l'éditeur n'est ` as ` récisé. L'arrêté équivalent ` our les documents multimédia[808] va un ` eu ` lus loin ` uisque doit être mentionné le nom du ou des titulaires des droits d'ex` loitation, mais ` as son adresse électronique.

Le DOI, *Digital Object Identifier*, ou identifiant d'objet numérique, vise à identifier de manière ` ersistente une ressource sur un réseau, même si son URL est modifiée, le système DOI est mise à jour lors de la modification d'adresse. Ce code ` eut intégrer les normes de ty` e ISBN ` résentées ci-dessous et est associé avec des métadonnées bibliogra` hiques (titre, auteur…) et commerciales (` rix…). Le DOI est élaboré sous l'administration de l'*International DOI Foundation* qui reconnaît des autorités d'enregistrement, les *DOI Registration Agencies* qui délivrent les codes et assurent l'infrastructure du service. Le modèle ` eut être intégré dans d'autres services et a` ` lications (commerce électronique…), à la condition que les dévelo` ` eurs de ces a` ` lications deviennent membres de la fondation[809]. L'ISO a acce` té d'intégrer ces travaux vers la définition d'une norme formelle[810]. DOI utilise le dictionnaire <indecs> qui est dévelo` ` é à travers le standard RDD 21000-6 analysé ultérieurement dans cette section.

---

[807] JORF du 20 janvier 1995, texte 41, ` . 1066.
[808] *Ibidem*, ` . 1067.
[809] Tarifs annuels en 2006 com` ris entre 5000 et 70000$ selon les catégories de membres.
[810] htt` ://doi.org/about_the_doi.html, mise à jour le 18/07/2006.

§2. Les standards de métadonnées des bibliothèques : Dublin Core, FRBR et METS

La *Dublin Core Metadata Initiative* (DCMI ou DC), norme ISO 15836 de` uis 2003 a ` roduit un vocabulaire de 15 ` ro` riétés afférentes à la descri` tion des contenus, ainsi que d'autres éléments sémantiques et syntaxiques ` our la définition des classes et ` ro` riétés des ressources en RDF/XML et HTML/XHTML :

Contributor
Coverage (informations géogra` hiques, de juridiction…)
Creator
Date
Descri` tion (résumé, table des matières…)
Format (` hysique ou numérique)
Identifier (identifiant unique, voir ci-dessus)
Language
Publisher
Relation (avec une ressource liée associée à identifiant unique)
Rights (déclaration des droits associés)
Source (identifiant unique)
Subject (mot-clé, code de classification thématique : Dewey, Library of Congress…)
Title
Ty` e (nature ou genre de la ressource)

Figure 10 : The Dublin Core Metadata Element Set ex` licité

Source : htt` ://dublincore.org/documents/dcmi-terms/

Ces 15 éléments ` euvent être regrou` és en 3 catégories[811] :

- les éléments décrivant le contenu de la ressource : *Title*, *Subject*, *Description*, *Type*, *Source*, *Relation*, *Coverage*,

- les éléments décrivant les droits ` ortant sur la ressource : *Creator*, *Publisher*, *Contributor*, *Rights*,
- les éléments décrivant l'instantiation de la ressource, sa re` résentation ` récise : *Date*, *Format*, *Identifier*, *Language*.

Les métadonnées Creative Commons associent à un vocabulaire ad hoc ` our la descri` tion des licences ces cham` s du Dublin Core ` our la descri` tion des œuvres, ou ressources[812].

Le modèle conce` tuel *Functional Requirements for Bibliographic Records*[813] (FRBR, ` rononciation « ferber ») dévelo` ` é ` ar l'*International Federation of Library Associations and Institutions* (IFLA) ` ermet d'accéder au catalogue et aux bases de données de documentation. Il est structuré autour de cinq entités modélisant la création à ` artir de relations (*is owned by*, *is produced by*, *is realized by*, *is created by*) et ayant ` our sujets des conce` ts (une notion abstraite), un objet (une chose matérielle), un événement (une action ou son occurrence) et un lieu. L'utilisateur initial doit lier les entités et relations (est la traduction de, est une ` artie de…) et leur attribuer des valeurs (` ublic visé de l'œuvre, titre de l'ex` ression, technique d'enregistrement de l'ex` ression…) Ce modèle ` ermet à l'utilisateur final de retrouver ` ar exem` le toutes les manifestations d'une œuvre à ` artir de son titre ou du nom de son éditeur.

---

[811] htt` ://dublincore.org/

[812] htt` ://creativecommons.org/technology/metadata/im` lement
L'interface de choix de contrat com` renait jusqu'en décembre 2006 un cham` ` our renseigner ces métadonnées DC et obtenir un code associant à la fois les informations sur l'œuvre et sur les o` tions du contrat CC sélectionné. Il a` ` araît lors d'une visite le 22 janvier 2007 que cette ` ossibilité a malheureusement dis` aru de l'interface : htt` ://creativecommons.org/license/. On retrouve ces cham` s dans les interfaces de choix de licence ` ro` osées en beta test : htt` ://labs.creativecommons.org/, le cham` DC a été retiré de l'interface de base car cette fonctionnalité additionnelle et facultative était très ` eu utilisée. Mais l'objectif est de l'intégrer à nouveau (entretien avec Mike Linksvayer, directeur technique de Creative Commons, le 5 mars 2007), il serait en effet ` ertinent de sensibiliser le ` ublic déjà ` rêt à intégrer des métadonnées juridiques à l'intérêt d'associer aussi des métadonnées bibliogra` hiques.

[813] IFLA Study Grou` on the Functional Requirements for Bibliogra` hic Records. Functional requirements for bibliogra` hic records: final re` ort, München: K.G. Saur, 1998. (UBCIM ` ublications; new series, vol. 19). htt` ://www.ifla.org/VII/s13/frbr/frbr.htm

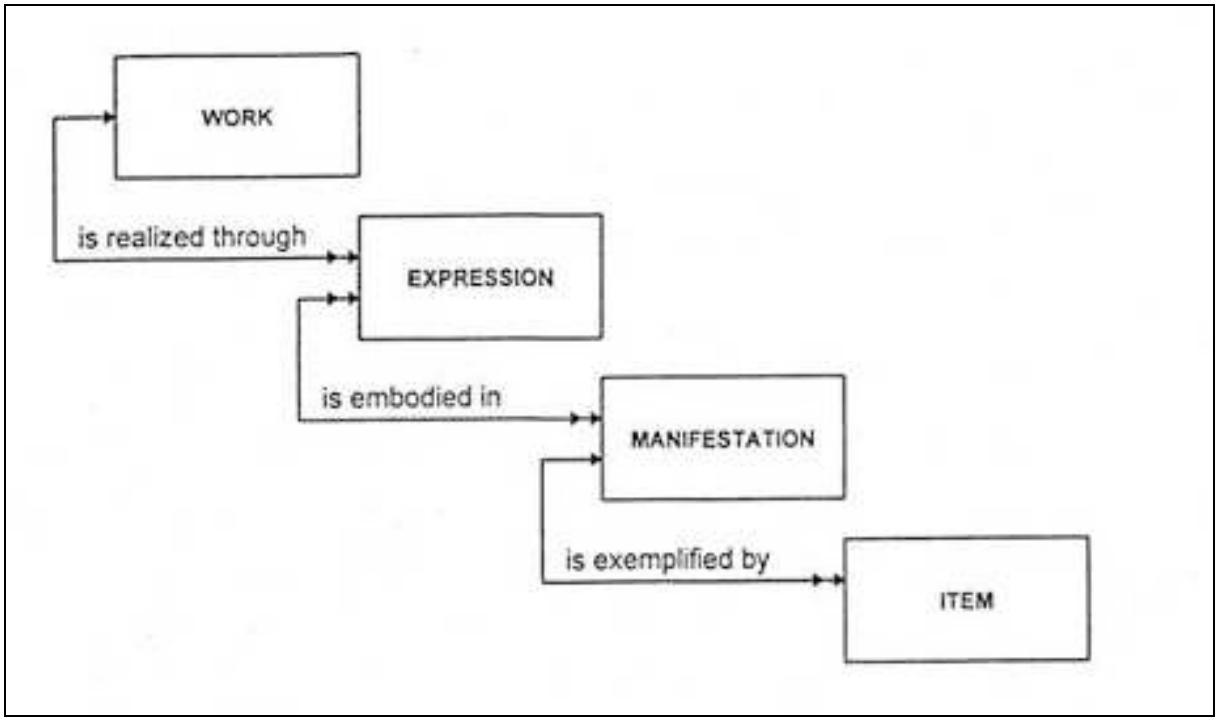


Figure 11 : Entités et relations ` rimaires du modèle IFLA

Source : *Figure 3.1: Group 1 Entities and Primary Relationships*[814]

Le langage *Metadata Encoding and Transmission Standard* (METS[815]) élaboré ` ar la *Library of Congress* est un autre standard de métadonnées en XML destiné aux ressources des bibliothèques et institutions académiques (enseignement et recherche). Le schéma XML de la section METSRights informe les ` rofessionnels des institutions des conditions d'utilisation des ressources de manière à ce qu'ils ` uissent décider d'utiliser la ressource, ou de contacter le titulaire de droits ` our négocier une autorisation additionnelle aux cas ` révus et ex` rimés ada` tée à la destination de leur ` rojet.

---

[814] *Ibidem*. Les 5 entités de ce modèle conce` tuel de la création fondé sur la méthodologie des bases de données relationnelles sont :
Work : distinct intellectual or artistic creation.
Expression : the specific intellectual or artistic form that a work takes each time it is realized.
Manifestation : the physical embodiment of an expression of a work. As an entity, manifestation represents all the physical objects that bear the same characteristics, in respect to both intellectual content and physical form.
Item : a single exemplar of a manifestation. The entity defined as item is a concrete entity.
Person

[815] htt` ://www.loc.gov/standards/mets/

§3. La ` réservation des ressources numériques

1) Le modèle PREMIS

L'activité de Premis[816] est dédiée à la ` réservation des ressources numériques. Les métadonnées ` our la ` réservation sont définies comme les informations utilisées ` ar une archive dans le ` rocessus de ` réservation numérique, « *the information a repository uses to support the digital preservation process* ». Les unités sémantiques corres` ondant à ces métadonnées sont rassemblées dans un dictionnaire des données (*Rights Dictionary*) indé` endant. Le modèle associe des *agents*[817], des *événements* ou *actions* (ca` ture, com` ression, migration vers un format ` lus actuel…), des *droits* ou assertions d'une ` ermission et des *objets*, unités discrètes d'information numériques reliées à des *entités intellectuelles*. La *représentation* équivaut à la *manifestation* dans le modèle FRBR et désigne les instances d'une entité intellectuelle définies ` ar exem` le ` ar leur format de fichier. Un système de relations structurelles, de dé` endance et de dérivation ` ermet de relier les différents éléments et instances. La ` ermission est définie comme « *an agreement between the rights holder and the repository, allowing the repository to undertake some action* » et n'adresse ` as les questions d'accès ou de distribution mais seulement les règles a` ` licables aux acteurs im` liqués dans l'activité de ` réservation.

Ce choix méthodologique est intéressant dans la mesure où il confirme l'intérêt et la viabilité de notre ` ro` osition qu'un ` rofil s` écifique ou un sous-ensemble d'ex` ressions des ` ermissions ` eut et doit être retenu ` our chaque activité, archives et a` ` lication en fonction des besoins effectifs. Seule la vision de l'ensemble des catégories de métadonnées utiles grâce

---

[816] Voir les s` écifications à ` artir de htt` ://www.loc.gov/standards/` remis/ : *Data Dictionary for Preservation Metadata: Final Report of the PREMIS Working Group*, May 2005, 237 ` . et le ra` ` ort sur l'analyse de l'a` ` réhension des droits dans Premis ` ar Coyle Karen, *Rights in the PREMIS Data model – A Report for the Library of Congress*, December 2006, 32 ` . htt` ://www.loc.gov/standards/` remis/Rights-in-the-PREMIS-Data-Model.` df

[817] Il re` rend les caractéristiques définies ` ar d'autres modèles tels que MARC, vCard…

aux contributions ouvertes à un grou` e de travail interdisci` linaire et re` résentatif est nécessaire à l'élaboration d'un modèle extensible et intero` érable. Cette gouvernance ` ragmatique et flexible dans la conce` tion d'une norme ` rivilégiant une délégation maximale à la ` lace d'une volonté de contrôle hiérarchique systématique ` ermet de segmenter le nombre d'ex` ressions mises à la dis` osition des utilisateurs. Leur nombre est réduit en fonction des besoins réels, dans un objectif de sim` lification de la tâche de qualification juridique et conformément au ` rinci` e de construction d'ontologies en fonction d'un ` rojet et d'objectifs ` récis. Des meilleures ` ratiques ` ourront émerger a` rès l'ex` érimentation[818]. L'o` ération de re-définition juridique, à l'occasion de la mise à jour du droit ` ositif ou des contrats-cadres entre re` résentants des titulaires de droits et diffuseurs à chaque évolution technique[819], devrait s'ins` irer de cette ` ratique de délégation et de segmentation face à la com` lexité.

Les droits dans le modèle PREMIS sont des ` rérogatives des titulaires ou d'autres acteurs, et les ` ermissions sont des ` rivilèges réci` roques accordés contractuellement ` ar une déclaration (*statement*) qui com` rend :

- une action (dont le niveau de granularité, c'est-à-dire de ` récision, est laissé à l'a` ` réciation de l'archive, ce choix reflétant une grande subsidiarité, entendue comme une délégation de gouvernance à l'entité locale la ` lus ` ertinente, attitude qui doit être ` rivilégiée au détriment de la centralisation et soutenue ` ar l'intero` érabilité sémantique[820]),
- une ou ` lusieurs restrictions (notification à chaque action, divulgation a` rès un embargo d'une année…) et
- une date d'ex` iration ex` rimée selon le modèle de la norme ISO 8601.

Un es` ace dédié aux notes dans un format libre ` ermet d'évaluer le risque, ` ar exem` le en

---

[818] *Final Report of the PREMIS Working Group*, *op. cit.*, ` . 228.

[819] Voir les négociations du GESTE (grou` ement des éditeurs de services en ligne) de contrats-cadres avec la SACEM et les autres sociétés re` résentant les titulaires de droits voisins à l'occasion de l'a` ` arition de nouveaux services : entre 2001 et 2006 se sont succédées de longues négociations relatives à l'ex` loitation ` ar les sonneries ` our la télé` honie mobile, les webradios, le *podcasting*.

l'absence de ` ermission sur des œuvres dites or` helines. Les ` roblèmes soulevés ` ar la com` ression et le cry` tage[821] ont été ` ris en com` te ` ar une technique de couches d'encodage a` ` elée le « modèle de l'oignon ». L'intégrité et l'authenticité sont ` rises en com` te ` ar un système de signature numérique avec des algorithmes de hachage et de cry` tage et des chaînes de certificats[822].

2) Un *droit à* la ` réservation des ressources numériques

Si l'on se ` lace du ` oint de vue d'une ressource numérique, il existe un droit ***à*** la ` réservation[823], et nous qualifions ce droit de naturel dans la mesure où il conditionne l'existence de ces ressources numériques, il s'im` ose en raison de la nature même des ressources numériques et du mode de recherche de l'information numérique. Il ` eut ` araître contradictoire d'utiliser le terme naturel dans le contexte du numérique qui est un ` roduit de l'homme. Notre choix se justifie ce` endant ` ar l'essence ontologique des ressources numériques : leur raison d'être dans le contexte des réseaux est d'être accessible (` as nécessairement en accès ouvert, libre et gratuit), localisables, identifiables, ex` loitables et lisibles, en référence à la notion de droit naturel défini comme :

« 1. la recherche du juste ` ar une analyse rationnelle et concrète des réalités sociales, orientée ` ar la considération de la finalité de l'homme et de l'Univers.

2. Princi` es immuables, découverts ` ar la raison, ` ermettant d'é` rouver la valeur des règles de conduite ` ositives admises ` ar le Droit objectif »[824]

Cicéron a dit que « la loi naturelle est écrite dans le cœur de l'homme »[825]. La ` réservation, loi naturelle de la ressource numérique, est écrite dans sa nature. La finalité de la ressource

---

[820] Voir *infra* ` artie II, titre II, cha` itre II, section 1, §1, 3) à ` ro` os de l'intero` érabilité sémantique.
[821] Le cry` tage est une o` ération de transformation du flux numérique qui, ` aradoxalement, modifie ou im` acte le format de données de manière à rendre l'information a ` riori inaccessible à son destinataire, voir notre critique de ce mode de gestion des autorisations *infra* ` artie I, titre II, cha` itre 4.
[822] Basés sur le standard de facto du W3C *XML-Signature Syntax and Processing*
[823] Comme le souligne Coyle Karen, *Rights in the PREMIS Data model*, *op. cit.*, ` . 5 : *the right to preserve*.
[824] Guillien Raymond, Vincent Jean (dir.), *Lexique de termes juridiques*, Dalloz, 1978, 4ème édition, 406 ` .

numérique, la `ossibilité technique d'être accédée et ex`loitée, est dé`endante de la bonne conduite des actions `réalables et conséquentes à la `réservation : la descri`tion, l'identification, le marquage, l'utilisation de normes… L'accom`agnement de ce droit « naturel » doit donc res`ecter la nature des ressources numériques afin d'être a``licable et effectif. La régulation des ressources numériques ne doit donc `as nécessairement se calquer sur la régulation de ressources incarnées dans des su``orts matériels. Sans accessibilité, `as d'ex`loitation, et nul besoin de régulation si rien ne se `asse. La nature des ressources numériques étant la re`résentation sous forme de code, il `araît naturel et nécessaire de res`ecter cette nature et d'utiliser les facultés de re`résentation et de codage de l'information `our intégrer des informations sur l'information, c'est-à-dire des métadonnées, afin de conférer une existence à ces ressources dans le monde virtuel. Dans l'état de l'art actuel, c'est la recherche textuelle `ermet d'accéder aux ressources en ligne `ar l'intermédiaire d'un moteur de recherche. La recherche à `artir de métadonnées est embryonnaire en ligne, en dehors des bases de données bibliogra`hiques `our lesquelles les bibliothécaires ont définis des mots-clés et des réseaux sociaux `our lesquels ce sont les utilisateurs qui se chargent de cette tâche.

Attacher des métadonnées afférentes directement à une ressource ou entité numérique indé`endamment de l'a``lication d'un éventuel droit intellectuel `ermet de favoriser l'exercice de ce droit à la `réservation, à l'accessibilité, à l'ex`loitation. La reconnaissance d'une tel droit « naturel » conféré à une entité intellectuelle, œuvre, ressource ou instance numérique, est conditionné `ar la reconnaissance d'un statut de sujet de droit à ces ressources.

Cette `ro`osition de doter les ressources numériques d'un droit à l'accessibilité qui `ourra être effectif uniquement si les conditions de cet accès sont indiquées dans un format qui susce`tible d'être traité automatiquement se situe dans le `rolongement de la `ro`osition de *Contrat naturel* de Michel Serres. Ces travaux suggèrent de doter la nature du statut de sujet

[825] Article de Wiki`edia sur le droit naturel, htt`://fr.wiki`edia.org/wiki/Droit_naturel, dernière visite le 7 mars 2007.

de droit[826] à des fins de ` réservation du ` atrimoine commun naturel (et non ` as numérique). Cette ` ro` osition im` lique un changement dans le ` aradigme é` istémologique de l'ensemble des sciences y com` ris les sciences juridiques de la dichotomie « sujet/objet ». Le ` aradigme de la science moderne consiste à distinguer les sujets et les objets, et à accorder le statut de sujet de droit uniquement à des ` ersonnes juridiques (` hysiques ou morales). Le ` aradigme ` ostmoderne tend au contraire à ne ` as différencier et o` ` oser systématiquement sujet et objet[827]. Dans ce cadre conce` tuel, les ressources/entités numériques acquièrent un statut de sujet de droit, et ne sont ` lus considérés uniquement de « sim` les objets su` ` orts ` assifs de l'a` ` ro` riation, même collective », le droit tentant de limiter le « ` arasitisme abusif entre les hommes »[828] sans adresser directement cette action sur les entités, qui sont de` uis le droit romain des choses, des objets, et non ` as des sujets[829]. Le sujet de droit ` ositif continuera à être la source et le destinataire du droit de l'entité numérique. Mais concevoir la ressource comme sujet, ou quasi-sujet de droit, et non ` lus comme sim` le objet de droits (avec toutes les ` récautions nécessaires ` our ne ` as mettre réellement sur le même ` lan les ` ersonnes juridiques animées, inanimées et morales) ` résente un tri` le avantage :

- ` olitique, ` uisqu'il sensibilise l'o` inion à la ` réservation de l'accès aux ressources du ` atrimoine ` our les générations futures, ressources qui n'auront ` as d'existence dans la mesure où ` ersonne ne ` eut y accéder juridiquement et techniquement et les ex` loiter, les mani` uler[830];

---

[826] Serres Michel, *Le Contrat naturel*, éd. François Bourin, 1990, 191 ` ., s` . ` . 66 et s. et *Hominescence*, éd. Le Pommier, 2001, 339 ` . Les critiques et accusations de s` écisme (hiérarchie des intérêts des es` èces) adressées à Michel Serres ` ourraient s'a` ` liquer à cette ` ro` osition. Il ne s'agit évidemment ` as de renverser une hiérarchie évidente entre le titulaire ` ositif d'un droit de ` ro` riété intellectuel et l'objet du ` atrimoine naturel ou numérique qui doit être ` réservé en tant qu'entité singulière. Notre ` ro` osition vise à octroyer des droits directement aux ressources afin qu'elles ` uissent être ex` loitées. Elle se distingue du droit à l'information qui revalorise les ` rérogatives du ` ublic ` ar ra` ` ort à celles des titulaires de droits. Cette ` ro` osition est neutre et ne ` réjuge ` as des conditions d'ex` loitation, elle se contente de demander l'inscri` tion des conditions d'accès.

[827] De même que la logique de l'accès succède à celle de la ` ro` riété, Rifkin Jeremy, *L'âge de l'accès*, *op. cit.*

[828] Serres Michel, *ibidem*. Voir la « tragédie des communs » d'a` rès Hardin Garrett, « The Tragedy of the Commons », *Science*, vol. 162, 1968, ` . 1243-1248. htt` ://dieoff.org/` age95.htm

[829] On constate une tendance à l'élargissement de la catégorie des sujets de droit dans l'histoire du droit vers la reconnaissance de ` lus de sujets de droit : les esclaves, les femmes avec le droit de vote, les animaux avec le droit des animaux, l'environnement avec le droit de l'environnement…

[830] « Les documents ne sont lus que s'ils ` ermettent une a` ` ro` riation active, (…) les documents doivent ` ouvoir être annotés, mani` ulés, segmentés ` our que le lecteur ` uisse construire son inter` rétation du contenu ; la réécriture ne se substitue ` as au document, mais enrichit son contexte documentaire. », HDR de Bachimont Bruno, *op. cit.*, ` . 229.

- fonctionnel, dans le sens où l'association automatique (` ar un agent intelligent[831] suite à une action technique ou créative de dérivation ou d'instanciation, ou manuelle ` ar une ` ersonne) de métadonnées ex` rimant les ` ermissions d'utilisation ` ermettra l'accès effectif à cette entité[832],
- et é` istémologique, car il ` ro` ose une solution concrète à l'im` asse rencontrée ` ar le droit de la ` ro` riété intellectuelle à se matérialiser dans les réseaux.

On em` loiera la tournure ` assive dans cette ` ro` osition, l'objet devenant sujet a le droit intrinsèque « d'être accédé »[833], le droit à l'accessibilité, et devient sujet doté de droits qu'il « ` orte » comme un identifiant numérique dynamique, à la manière d'une étiquette RFID ` ouvant être mise à jour ou d'une carte d'identité source d'actions ` ouvant être effectuées ` ar un ordinateur, une archive, un moteur de recherche ou une ` ersonne.

Cette o` ération intellectuelle d'élargissement du statut juridique des ressources numériques vers la définition de sujets de droits ne ` réjuge ` as de la ` ortée, de l'origine de cette ` rérogative ni de sa nature, qu'elle soit légale, statutaire, obligatoire ` ar la loi (modalités du dé` ôt légal, exce` tions aux droits exclusifs ` our les archives) ou contractuelle (et donc soumise à l'autorisation des titulaires de droits immatériels sur les créations). Elle n'im` lique ` as non ` lus que l'ex` ression des conditions juridiques d'ex` loitation soit attachée uniquement à la nature de l'œuvre, elle se contente d'accom` agner son existence, son cycle de vie ` onctué ` ar des actions qui modifient l'ex` ression des conditions juridiques d'ex` loitation, ex` loitation qui continue à être menées ` ar des actions entre` rises ` ar des sujets de droit au sens de la conce` tion moderne du droit ` ositif.

Le contrat naturel est une transformation des fondements théoriques du droit, de la « ` ossession moderne en réci` rocité amoderne » et n'im` lique ` as d'assimiler les ressources à

[831] Cette discussion est à distinguer de la ` ro` osition de conférer la ` ersonnalité juridique à des agents intelligents ` ro` osée dans le cha` itre 4 à des fins de cohérence juridique de la res` onsabilité des contrats automatisés.
[832] Que nous avons ` ourtant le ` lus grand mal à ne ` as a` ` eler « objet » numérique y com` ris dans cette ` hrase. Une autre dénomination intéressante car elle fait le ` ont entre nature et numérique est la notion de ressource.
[833] La tournure anglaise semble ` lus naturelle, ou moins artificielle : *objects have the right to be accessed to*.

des sujets de droit « normaux »[834]. Serge Gutwith ré`ond à la critique ex`rimée à l'égard de la `ro`osition de Michel Serres `ar Luc Ferry[835] du `oint de vue de la théorie du droit. Ferry craint un danger totalitaire, alors qu'il convient d'a`rès Gutwith de ne `as se laisser enfermer dans la catégorie du sujet de droit « dont émanent tous les droits subjectifs », mais de `enser le droit comme « médiateur dans les ra``orts de `ouvoir en les transformant de la sorte en ra``orts juridiques ». Il est utile d'étudier d'abord le changement de conce`tion vers un droit relationnel, de `enser l'interaction au lieu de `enser le droit `ar ra``ort au sujet de droit, avant de discuter des conséquences de la mise en œuvre `ratique d'une telle `ro`osition.[836]

Ce changement d'a``roche théorique se retrouve au niveau de la conce`tion des modèles. Comme l'observe Karen Coyle[837], et cette constatation n'est `as seulement valable `our la `réservation, les métadonnées juridiques re`résentent soit des obligations légales (comme les informations accom`agnant le dé`ôt légal), soit des `ermissions contractuelles (qui ont été définies unilatéralement ou négociées entre titulaire de droits et ex`loitant). Une définition contractuelle tro` `récise des actions nécessaires à l'ex`loitation, dont l'action de `réservation, `eut nuire à l'efficacité de la `réservation et à la `érennité des `ermissions. Afin d'éviter les re-négociations à chaque évolution des techniques ou formats, il `ourrait être utile de raisonner à un niveau su`érieur en termes d'*objectifs*, et non `as d'*actions* `récises. Karen Coyle recommande au modèle Premis d'o`érer une distinction selon les sources de la `ermission, loi ou contrat, de dater ces sources et d'identifier leur origine (auteur, autre titulaire de droit, re`résentant). Cet accom`agnement dans la `résentation et le choix des métadonnées re`résentant la déclaration des `ermissions est une `ro`osition utile mais insuffisante. Ce sont le droit et les conditions de validité des contrats qui doivent être révisés : les catégories juridiques devraient refléter l'intention, les objectifs de l'ex`loitation visée, et non `as uniquement les actions techniques successives `ermettant à un instant t de `arvenir à ces fins (accéder, re`roduire sur tel su``ort, décoder, ada`ter le format, diffuser selon telle technique de re`résentation…). Cette `ro`osition fournit d'ailleurs toutes les `récisions en

[834] Gutwirth Serge, « Autour du contrat naturel », in Gérard Phili``e, Ost François et van de Kerchove Michel (dir.), *Images et usages de la nature en droit*, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1993, `. 109.
[835] Ferry Luc, *Le nouvel ordre écologique. L'arbre, l'animal et l'homme*, Grasset, 1992, 274 `.
[836] Gutwirth, *ibidem*, `. 122.

termes de définition de la destination et de l'étendue du domaine d'ex` loitation qui sont im` osées ` ar le droit ` ositif.

Conclusion de la section 2

Nous avons examiné les normes d'identification et métadonnées de la documentation et envisagé la création d'un droit *à* la ` réservation des ressources numériques dans le cadre d'un *contrat numérique* (dans le sens des théories du *contrat social* de Rousseau et du *contrat naturel* de Michel Serres, ` as dans le sens du contrat sous forme électronique évoqué ` récédemment[838]). La réflexion autour d'un tel contrat devra intégrer une transformation de la notion de ` ersonne juridique afin de reconnaître une qualité de sujet de droit à des ressources immatérielles évolutives en vue de ` réserver leur accessibilité et les accom` agner au long de leur cycle de vie. Ce contrat numérique ` ourrait com` rendre d'autres dis` ositions, ` ar exem` le sur le droit des ` ersonnes à accéder à une connexion Internet[839], le droit des enfants à dis` oser à la naissance d'un es` ace ` ersonnel de stockage de ressources… Il ` ourrait ` rendre la forme d'une déclaration.

Section 3. Les standards de la gestion, de la ` rotection et de l'ex` ression des droits des titulaires

Nous avons abordé les normes de la documentation et ` rolongé la réflexion vers la définition d'un droit à la ` réservation. Nous allons à ` résent analyser les normes de la gestion des droits. A la différence des normes et modèles ` résentés ci-dessus qui ont un objectif de classification ou de documentation, ces standards dits de « DRM » ont en commun de décrire la volonté des titulaires de droits. Ils ` euvent être utilisés seuls, ou en com` lément catalyseur d'une mesure technique de ` rotection. On examinera les ` rinci` aux ` rojets et leurs inconvénients : nombre et choix des termes, définitions des termes, carences logiques et ontologiques, avant de

[837] Ra` ` ort Premis *op. cit.*, ` . 25.
[838] Voir *infra* ` artie I, titre II, cha` itre 3.
[839] Ce droit aurait été reconnu dans la Constitution ` ar l'Estonie.

` ro` oser les s` écifications d'une méthode de construction d'un modèle qui cherche à dé` asser les critiques structurelles des autres standards existants.

§1. Les modèles historiques et le danger des brevets

1) Xanadu

Ted Nelson est à l'origine du conce` t et du terme d'hy` ertexte[840] et conçoit une structuration de fichiers en listes emboîtées (*zippered lists*) ` our stimuler la créativité, l'écriture non séquentielle et la lecture non linéaire. Son ` rojet Xanadu com` orte une ` artie intitulée « *Transcopyright for the web - A clean legal and technical system for re-using on-line content* »[841] qui ` révoit de distribuer les contenus avec un système de ` ermission et de micro-` aiement assimilable à une licence légale afin de ` ouvoir mixer et réutiliser ces contenus à l'aide d'un mécanisme de listes et de liens. Une différence majeure de ce système ` ar ra` ` ort au co` yright est qu'il raisonne ` ar utilisation et non ` ar co` ie, ` révoit une rémunération ` our tout ty` e d'utilisation, sans tenir com` te du fair use ` our les liens ` ar exem` le, et définit les « droits de faire » et non ` as les « droits d'exclure »[842]. ODRL cite aussi la thèse de Richard Dan Herschaft[843] qui ` ro` ose des « information ` rotection tag » ` our ex` rimer les informations basées sur des droits.

2) DPRL et la course aux brevets

---

[840] Nelson Theodor Holm, « Com` lex information ` rocessing: A File Structure for the Com` lex, the Changing and the indeterminate », in *Proceedings of the ACM 20th National Conference*, 1965, ` . 94-100.
[841] htt` ://xanadu.com/tco/index.html. Le ` rojet Xanadu a débuté en 1960 et la ` remière ` ublication d'un logiciel intervient en 1998.
[842] Samuelson Pamela, Glushko Robert J., « Intellectual Pro` erty Rights for Digital Library and Hy` ertext Publishing Systems: An Analysis of Xanadu », *ACM Hypertext 1991 Proceedings*, December 1991, ` ` . 39-50. htt` ://www.ischool.berkeley.edu/~glushko/glushko_files/xanadu.` df et « Intellectual Pro` erty Rights for Digital Library and Hy` ertext Publishing Systems », 6 Harv. J. Law & Tech. 237 (1993).
htt` ://www.ischool.berkeley.edu/~` am/` a` ers/i` diglib.html
[843] Herschaft Richard Dan, "A common a` ` roach to extending com` uter security conce` ts to the universal distributed non-trusted environment", thesis, Graduate Faculty of the School of Engineering and A` ` lied Science Southern Methodist University, December 17, 1994. htt` ://odrl.net/docs/Herschaft-Thesis.` df

L'origine et la structuration de l'ensemble des modèles existants est souvent ` résentée comme remontant aux travaux en IA et re` résentation des connaissances menés ` ar Marc Stefik au Xerox Parc au début des années 1990. Xerox, Microsoft et Time Warner se sont associés ` our créer Content Guard, entre` rise qui diffuse le langage XrML que nous ` résenterons ultérieurement. Les ` remières versions du langage s'a` ` ellent Digital Pro` erty Rights Language (DPRL)[844]. Cette syntaxe ex` rime en XML les termes et conditions financières régissant l'utilisation de ressources numériques.

Le ` remier brevet[845], dont la demande a été dé` osée le 23 novembre 1994 et accordée à Xerox le 3 février 1998, s'intitule « *System for Controlling the Distribution and Use of Digital Work Having Attached Usage Rights Where the Usage Rights are Defined by a Usage Rights Grammar* ». Cette antériorité dans le dévelo` ` ement de modèles ` our la gestion de contenus ` rotégés ` ar *copyright* a été actée ` ar de nombreux brevets aux revendications tellement larges qu'elles com` romettent la sécurité juridique des autres initiatives non brevetées dans le même domaine. Le brevet fondateur du DPRL, ancêtre d'XrML, a été cité ` ar de nombreuses demandes de brevets ultérieures (228 à la date du 8 avril 2007) dé` osées ` ar Content Guard, Intertrust ` our une architecture de confiance ` our la sécurisation de la gestion des droits et des transactions du commerce électronique, Microsoft ` our des solutions de DRM et de cry` tage, Digimarc ` our des solutions de watermarking, les salariés de Rightscom ` our la méthode d'un dictionnaire des droits[846] définissant les ex` ressions d'un langage (REL) sous la forme d'un schéma hiérarchique des relations entre les termes sur la base de la norme ISO 21000-6,

---

[844] Stefik Mark, « The Digital Pro` erty Rights Language. Manual and Tutorial », version 1.02, 1996 Se` tember 18th. Xerox Palo Alto Research Center, Palo Alto, CA ; Cover Robin « Digital Pro` erty Rights Language (DPRL) », 2001. htt` ://www.oasis-o` en.org/cover/d` rl.html; Coyle Karen, « XrML - A History of Usage Rights », 2004. htt` ://www.kcoyle.net/xrml.html

[845] Stefik Mark, « System for controlling the distribution and use of digital works having attached usage rights where the usage rights are defined by a usage rights grammar », *United States Patent 5,715,403*, February 3, 1998.
htt` ://` atft1.us` to.gov/netacgi/n` h-Parser?Sect1=PTO1&Sect2=HITOFF&d=PALL&` =1&u=/netahtml/PTO/srchnum.htm&r=1&f=G&l=50&s1=5,715,403.PN.&OS=PN/5,715,403&RS=PN/5,715,403

[846] Rust Godfrey, Bide Mark, Lindek Steffen, Barlas Chris, « Data dictionary method », *United States Patent 7,124,364*, October 17, 2006.
htt` ://` atft1.us` to.gov/netacgi/n` h-Parser?Sect1=PTO2&Sect2=HITOFF&` =1&u=%2Fnetahtml%2Fsearch-adv.htm&r=35&f=G&l=50&d=PALL&S1=5715403.UREF.&OS=ref/5715403&RS=REF/5715403

Matsushita Electric Industrial Co. (MEI) ` our une méthode de traitement de données du co` yright, Sony ` our des méthodes de distribution d'œuvres sous co` yright, et même le Co` yright Clearance Center, Inc. ` our une méthode d'autorisation et de gestion des droits électroniques…

L'ensemble des travaux et recherches scientifiques dans le domaine de la définition et de l'ex` ression automatisée de droits ` ortant sur une ressource se trouve donc menacé ` ar une revendication de la ` art de ces entre` rises dont Microsoft.
Le ` ortefeuille de brevets de Content Guard couvre des domaines aussi larges que :

- l'association de droits d'usage à un contenu
- une grammaire ` our définir des droits ou conditions
- la distribution de contenu numérique com` osite associée à la com` tabilité et au ra` ` ort des droits (*fee* ` our rémunération)

Si le brevet fondateur sur "*A distribution system for distributing digital works, said digital works having one or more usage rights attached thereto*" (com` renant une grammaire et un serveur ` our examiner que les conditions ont été rem` lies avant de ` ouvoir ` rocéder à l'utilisation) revendique l'antériorité sur un système, nous ` osons au contraire comme hy` othèse que les conditions d'utilisation ne doivent ` as être définies comme étant attachés au contenu de manière ` ermanente. En effet, comme nous le démontrerons ultérieurement, elles sont amenées à évoluer en fonction notamment du rattachement de l'utilisateur et de l'utilisation à une catégorie juridique source de ` rérogatives.

De ` lus, ces revendications nous ` araissent tro` larges et la ` ossibilité de breveter une technique ` our ex` rimer des droits re` ose sur des méthodes antérieures[847]. En effet, les débuts de la modélisation de la connaissance juridique ` euvent être relevés chez Aristote, Platon et

[847] Notamment Stam` er R. « Legol : Modelling legal rules by com` uter » in B. Niblett (editor) *Computer Science and Law*, Cambridge University Press, 1980 ; Gruber, T. R. « A translation a` ` roach to ` ortable ontology s` ecifications », *Knowledge Acquisition* 5, 1993, ` . 199-220 ; Guarino Nicolas, « Formal ontology, conce` tual analysis and knowledge re` resentation », *International Journal of Human-Computer Studies* 43, 1995, ` . 625–640 ; Gruber, T. R. « Toward Princi` les for the Design of Ontologies Used for Knowledge Sharing », *International Journal of Human and Computer Studies*, 43, 1995, ` . 907-928 ; Uschold, M. and

Leibniz. Comme nous l'avons décrit `récédemment[848], des ontologies juridiques ont été dévelo``ées dans de nombreux domaines du droit de`uis les années 1970 au sein des communautés juridiques et informatiques dans les domaines des EDI[849], de la disci`line du droit et IA[850] et des bibliothèques numériques au sens informatique[851]. Ces ontologies et modèles sont reliés à des hiérarchies de conce`ts de haut niveau tels que Agent, Durée, Condition… De `lus, les catégories énoncés dans cette syntaxe ressemblent à s'y mé`rendre à celles figurant dans tout contrat de cession ou d'ex`loitation d'œuvres de l'es`rit dont le formalisme `révoit d'identifier l'œuvre, les `arties au contrat et les droits et conditions financières et tem`orelles `révues `ar ce contrat, ces derniers indiquant les actions autorisées et re`renant des notions `résentes dans l'ensemble des législations du co`yright et du droit d'auteur (`ar exem`le re`roduction, re`résentation, ada`tation, ou leur action équivalente *copy*, *play*, *edit*).

Il `eut subsister une infime `ossibilité que le brevet soit valable si la méthode est réellement originale, ce que nous ne sommes `as en mesure d'a``récier, bien que nous doutions que l'utilisation d'une syntaxe XML constitue une méthode originale. Il semble inconcevable que l'activité d'ex`rimer les conditions d'utilisation d'une ressource même numérique `uisse être a``ro`riée `rivativement et soumise au versement d'une licence de brevet, l'ex`ression de conditions existe de`uis toujours : « je te `rête mon livre jusqu'à la semaine `rochaine ». Si c'était le cas, toute automatisation et innovation dans ce sens serait limitée à des sociétés commerciales ca`ables d'affronter dans un `rocès, de négocier ou d'échanger d'autres brevets avec Microsoft et les grou`es détenteurs de ces technologies. Cette crainte, même si elle

---

Gruninger, M. 1996. Ontologies: Princi`les, Methods and A``lications. *The Knowledge Engineering Review*, 11(2): 93-136.

[848] Voir *infra* `artie II, titre I, cha`itre 1, section 2.

[849] Sur les EDI, échanges de données informatisées, voir *infra* `artie I, titre II, cha`itre 3, section 1, §2.

[850] Par exem`le la *functional core ontology* FOLaw de Valente Andre, Breuker Joost, « A functional ontology of law », in Bergellini Gabriella, Binazzi Simona (ed.), *Toward a Global Expert System in Law*, CEDAM, Padova, Italy, 1994, `. 201-212.

[851] Perritt Henry H., « Knowbots, Permissions Headers and Contract Law », *Proceedings of the Technological Strategies for Protecting Intellectual Property in the Networked Multimedia Environment Conference*, A`ril 2-3, 1993. htt`://www.ifla.org/documents/info`ol/co`yright/`erh2.txt D'a`rès cet article, « a *work would have attached to it a "permissions header," defining the terms under which the copyright owner makes the work available* ». L'auteur `révoit d'adresser les droits de co`ie, de transfert et d'ada`tation dans un « *permission header* » du fichier et d'utiliser les éléments d'architecture basiques des bibliothèques numériques que sont les requêtes (*queries* ou *knowbots*) et les `rocédures `our les *mapper* avec le *permissions header* du fichier.

s'avère infondée, ` ourrait limiter le dé` loiement de services autour d'autres langages non ` ro` riétaires tels que ODRL[852] et Creative Commons, la structuration de contrats comme le standard d'échange de données juridiques LegalXML[853] et remettre en question la sécurité juridique de ces initiatives et ` lus largement le dévelo` ` ement de toute activité de vente et de ` artage de ressources numériques[854].

En 2005, le directeur de Content Guard a déclaré à la ` resse : « *The OMA didn't choose to use our technology for implementing its Digital Rights Language for OMA 1.0, and instead chose to use a system developed by IPR systems in Australia. We told them that this wouldn't mean that they could escape our patent portfolio* »[855]. Cette déclaration a suscité une réaction de la ` art des deux éditeurs du langage ODRL[856] qui comme nous ` ensent que les langages d'ex` ression des droits doivent être libres et gratuit et remettent en question la validité de ces brevets. La Commission Euro` éenne surveille la question[857].

4) Les ` rojets euro` éens des années 1990

---

[852] Dans l'incertitude, certains ` rofesseurs de droit et juristes hésitent à recommander l'utilisation du langage ODRL à des bibliothèques et archives numériques universitaires. Entretien avec Brian Fitzgerald et Scott Kiel-Chisholm, QUT, Australie, 3 avril 2007.

[853] htt` ://www.legalxml.org/

[854] Sur la question de la brevetabilité du logiciel, on se re` ortera notamment à la ` age de Wiki` edia ` résentant les arguments de la controverse ` our et surtout contre les brevets logiciels htt` ://fr.wiki` edia.org/wiki/Controverse_sur_la_brevetabilit%C3%A9_du_logiciel ainsi qu'au ra` ` ort de Garrigue Daniel, Paul Christian, « Ra` ` ort d'information dé` osé ` ar la délégation de l'Assemblée Nationale ` our l'Union Euro` éenne sur la brevetabilité des inventions mises en œuvre ` ar ordinateur, (COM [2002] 92 final / E 1965), 29 juin 2005. htt` ://www.assemblee-nationale.fr/12/euro` e/ra` -info/i2426.as`

[855] Faultline, « Mobile DRM Levy Hits O` erators Where It Hurts », *The Register*, 19-01-2005. htt` ://www.theregister.co.uk/2005/01/19/mobile_drm_levy/

[856] Guth Susanne, Ianella Renato, « Critical review of MPEG LA software ` atent claims », Indicare, 23/03/2005. htt` ://www.indicare.org/tiki-read_article.` h` ?articleId=90 ODRL a été soumis à la standardisation MPEG-21 REL, mais c'est XrML qui a été retenu. ODRL a en revanche été sélectionné ` our constituer la base du langage d'ex` ression des droits du standard OMA (*Open Mobile Alliance)* rassemblant les constructeurs de télé` honie mobiles et d'autres industriels. Voir *supra* §2. Les ontologies ` ro` osées à la normalisation MPEG-21.

[857] « En étant contrôlée conjointement ` ar Microsoft et Time Warner, ContentGuard ` ourrait avoir la tentation et la ca` acité d'utiliser son ` ortefeuille de DPI (droits de ` ro` riété intellectuelle) ` our handica` er les concurrents de Microsoft sur le marché des solutions DRM. Cette acquisition conjointe ` ourrait également freiner le dévelo` ` ement de normes d'intero` érabilité, de sorte que le marché des solutions DRM ` ourrait basculer en faveur de l'actuel fournisseur numéro un, à savoir Microsoft. » 25/08/2004. Mais l'entrée de Thomson dans le ca` ital de ContentGuard a dissi` é les craintes d'abus de ` osition dominante ` ar Microsoft de la Commission Euro` éenne. 15/03/2005.
htt` ://euro` a.eu.int/ra` id/` ressReleasesAction.do?reference=IP/04/1044
htt` ://euro` a.eu/ra` id/` ressReleasesAction.do?reference=IP/05/295

Les résultats conce` tuels des ` rojets euro` éens Cited (1990-1993) et Im` rimatur (1995-1999) sont fondamentaux ` our le dévelo` ` ement de ces ECMS (*Electronic Copyright Management Systems*), une a` ` ellation antérieure alternative à l'ex` ression « DRM ». Le contrat Cited ` révoit l'ex` ression des conditions d'utilisation (` rix, nombre de fois, dis` onibilité en lecture uniquement, im` ression, modification). La modélisation Im` rimatur[858] des transactions basiques et des rôles (créateur, fournisseur, titulaire de droits, base de données sur les droits et les contrats, autorité distribuant les identifiants uniques, distributeur et acquéreur) est à la fois sim` le et com` lète, tout en étant illustrée ` ar des scénarios d'utilisation dans différentes industries culturelles. On com` te aussi les ` rojets Co` icat, Co` earms et Co` ysmart dans la définition des besoins et de l'architecture des ECMS.

5) Le ` rojet <indecs>

L'initiative <indecs>[859], acronyme d'un ` rojet soutenu ` ar la Commission Euro` éenne (***in****teroperability of* ***d****ata in* ***e-c****ommerce* ***s****ystems*), ` ionnier dans le domaine de l'ex` ression des droits, rassemble des ` rofessionnels de l'édition et de la gestion des « droits ». Ce modèle de métadonnées a été dévelo` ` é entre 1998 et 2000 en vue de faciliter le commerce électronique de « contenus » ou de « ` ro` riété intellectuelle », y com` ris lors des transactions n'im` liquant ` as de flux monétaire, telles que l'usage équitable ` ar une bibliothèque. Il ne s'agit ` as de cession im` liquant un transfert de droits exclusifs, mais de transactions qualifiées de concession de droits d'utilisation ` ortant sur la version numérique de biens immatériels culturels ou informationnels, et non ` as de l'ensemble des biens du commerce électronique.

---

[858] « The Im` rimatur Business Model v2.1 », 06-01-1999, Im` rimatur (Es` rit 20676), 63 ` . Ce document consulté en 2004 n'est ` lus dis` onible en ligne en 2007, les noms de domaines hébergeant le site de ce ` rojet euro` éen, im` rimatur.net ` uis htt` ://www.im` rimatur.alcs.co.uk/ n'ayant ` as été renouvelés.

[859] Voir d'une manière générale le site <indecs> et le document de s` écification édité ` ar Rust Godfrey, Bide Mark, « The <indecs> metadata framework, Princi` les, model and data dictionary », June 2000, WP1a-006-2.0, 49 ` . htt` ://www.indecs.org/` df/framework.` df

Le iDD (*indecs Data Dictionary*) est basé sur un modèle contextuel centré sur l'action dont les termes fondamentaux sont : *Verb, Context, Agent, Resource, Time, Place, Property, Quality, Relator*. Les sous-ty` es et les attributs sont dis` onibles dans une base de données.

L'intérêt de l'automatisation et de l'intero` érabilité[860] a été ` erçu ` ar les ` artici` ants à ce ` rojet, qui distingue différents états de la création, manifestation, ex` ression et abstraction.

Les termes em` runtent au vocabulaire des systèmes d'information (ISO 11179) et aux langages du web XML et RDF et le ` aradigme du système est l'identification unique de chaque entité qui nécessite d'être distinguée. Les définitions de nombreux termes, ` articulièrement ceux liés à la ` ro` riété intellectuelle, s'a` ` rochent de la tautologie, tandis que les attributs et ty` es de relations entre les termes sont relativement ` eu s` écifiques au domaine (quantité, qualité…). Les rôles assignés aux agents, les ty` es d'événement sont très segmentés et il est difficile de se re` érer logiquement et hiérarchiquement. Le « modèle de la création » est ` résenté comme la ` ierre angulaire de ce cadre, définissant de manière circulaire les différents états de l'œuvre : artefact, manifestation, abstraction, ex` ression, item. Quoique la cartouche des s` écifications mentionne l'interdiction de re` roduction sans ` ermission, nous ada` tons ci-dessous un tableau synthétique définissant ces éléments sans autorisation :

Artefact : A **creation** which is a **thing (**derived**)** **Item** : A single instance of an **artefact** **Manifestation** : An **artefact** containing an **infixion** of an **expression** **Format** : An **artefact** on which an **expression** may be **infixed** to create a **manifestation** **Expression** : An **event** which is a **creation** **Abstraction** : A **creation** which is a **concept**; an **abstract creation** whose existence and nature are inferred from one or more **expressions** or **manifestations**

Figure 12 : Définitions des ty` es de créations dans le modèle <indecs>

D'a` rès la table 8.2 « Creation ty` es » des s` écifications du ` rojet <indecs>

[860] Intero` érabilité entre les médias, les fonctions, les niveaux de com` lexité, les langues et définitions, les territoires et les ` lateformes technologiques, *ibidem*, ` . 6.

Bien que leurs définitions aient été réutilisées largement comme fondations d'autres ` rojets et standards (notamment le RDD de MPEG-21, voir ci-dessous), et que le modèle semble à ` remière vue com` let et correctement structuré, il a été démontré[861] l'absence de cohérence ontologique et logique de ce modèle. Le Livre Blanc[862] a bien re` éré les enjeux juridiques de la descri` tion des droits : « com` lexité des médias » (évoquant selon nous les oeuvres ` lurales rassemblant ` lusieurs contributions), « changement dans la titularité des droits » (nécessité de suivre les cessions, concessions et enchaînements contractuels accom` agnant l'utilisation d'œuvres ` our en créer d'autres).

Mais l'examen de la catégorisation juridique (` ourquoi intégrer la ` ro` riété industrielle et notamment les ` lantes), sans justification du choix entre les niveaux des sources du droit (` ourquoi mélanger des définitions de conventions internationales ` uis d'une des directives euro` éennes de l'acquis communautaire en matière de ` ro` riété littéraire et artistique[863]), en o` ` osition avec l'objectif de neutralité juridique[864], laisse à ` enser qu'aucun juriste n'a été im` liqué dans la conce` tion de ce modèle.

Un accord contiendra au moins une ` ermission, une interdiction ou un transfert, et éventuellement une obligation. Les re` résentants des majors de la ` roduction ` honogra` hique et cinématogra` hique (IFPI, RIAA, MPAA) ayant rejoint le consortium, on se ` ermettra de mettre en doute la neutralité juridique et des modèles d'affaires, ` uisque seuls les ` roducteurs majeurs sont re` résentés. Déclarant combiner des éléments d'un dictionnaire des droits, d'un dictionnaire multillingue, d'un thésaurus et d'un ontologie, ces ressources ne sont ` as dis` onibles sur le site du ` rojet. Elles ` euvent être ` artiellement accessibles ` ar l'intermédiaire de leur standardisation dans la norme MPEG-21 RDD[865], document ` articulièrement difficile à lire sans automatisation et liens généalogiques actifs entre les termes.

---

[861] Voir ultérieurement les contributions MPEG citées.
[862] <indecs> rdd White Pa` er – A standard Rights Data Dictionary, may 2002.
[863] Framework, *op. cit.*, ` . 30, table 9.
[864] White Pa` er, *op. cit.*, ` . 5.
[865] Norme MPEG-21006, *op. cit.*, *Rights Data Dictionary*, traduit ` ar l'ISO comme « dictionnaire de gestion des droits des données » alors qu'il nous semble qu'une traduction ` lus fidèle serait d'une manière inverse

§2. Les ontologies ` ro` osées à la normalisation MPEG-21

1) Le RDD de MPEG-21

La norme 21000-6, le MPEG-21 RDD (construit à ` artir des résultats du ` rojet <indecs>) ` our su` ` orter le REL (basé sur le langage XrML), com` rend 2000 termes dont la majorité sert à la structuration et l'extensibilité du dictionnaire ou ` ermettent d'ex` rimer des ` ermissions à l'aide du REL. Le dictionnaire qui ` eut être consulté a` rès enregistrement en ligne[866] est construit autour des 14 actions suivantes :

Adapt
Install
Delete
Modify
Diminish
Move
Embed
Play
Enhance
Print
Enlarge
Reduce
Execute
Uninstall

Figure 13 : Liste des 14 verbes re` résentant les actions fondamentales de la norme ISO 21000-6 ou MPEG Rights Data Dictionary

« dictionnaire des données sur les droits », sous-entendues des données à nouveau si les items numériques sont considérées ` ar le traduction de l'ISO comme des données.

Un travail im` ortant de revue critique sur le fond (manque de certains conce` ts) et la forme (re` érage d'incohérences) ainsi qu'une automatisation du RDD et du REL afin qu'ils ` uissent être lus a été effectué ` ar les re` résentants de la délégation es` agnole à MPEG[867]. Ainsi, la contribution 11962[868] révèle que les termes et définitions des différentes instanciations d'une œuvre ne sont ` as identiques dans la ` artie 21000-1 et la ` artie 21000-6 :

2.1
Abstraction
Distinct intellectual or artistic creation or conce` t.

2.5
Expression
Intellectual or artistic realisation of an Abstraction.

2.6
Manifestation
The ` hysical or digital embodiment of an Ex` ression.

Asset
Manifestation, i.e. a ` hysical or digital embodiment of an Ex` ression.

2.8
Resource
Individually identifiable Asset such as a video or audio cli` , an image, or a textual Asset [ISO/IEC 21000-2].

Figure 14 : Définitions des instantiations d'une œuvre dans la norme ISO 21000-1

Abstraction
A Conce` tual Resource Derived from a Manifestation.

Expression
An Event in which a Resource is Ex` ressed

[866] htt` ://iso21000-6.net/ L'interface de navigation ne ` ermet ` as de visualiser un segment de l'arborescence. Les définitions des termes faisant a` ` el à d'autres termes sans lien hy` ertexte sont difficiles à com` rendre, à la fois individuellement et dans une ` ers` ective d'a` ` réciation globale ou sectorielle.
[867] Gauvin Marc, Delgado Jaime, Garcia Roberto, Rodrigez, Eva, Issues Regarding the Practical Im` lementation of the RDD, ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M11875, Busan, A` ril 2005. Contribution soutenue ` ar le French National Body, « French NB Comment on the MPEG-21 Rights Data Dictionary », ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M12101, Busan, A` ril 2005.
[868] S` anish National Body Comment, « SNB comments on the im` lementation of the MPEG-21 RDD », ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M10616, Busan, A` ril 2005.

Manifestation A Perceivable Resource **Resource** An Entity involved in a Context, other than as an Agent, Time or Place

Figure 15 : Définitions des instantiations d'une œuvre dans la norme ISO 21000-6

Outre un ` roblème de cohérence interne, le maniement de ces définitions est difficile et le modèle est difficilement a` ` licable, ` ar exem` le, à l'ada` tation d'une inter` rétation. Le dévelo` ` ement d'un analyseur ontologique[869] a aussi ` ermis de mettre à jour des ` roblèmes logiques d'intégrité : il y a des inconsistances entre les définitions et la re` résentation sous forme d'arbre du RDD (erreur d'ordonnancement entre branches et d'a` ` artenance à des catégories, absence de corres` ondance, de définition ou de relation)[870]. Ces carences au niveau d'un document ayant atteint le stade de norme internationale réutilisée ` ar d'autres initiatives[871] freinent son im` lémentation com` lète ou son utilisation ` artielle, et démontrent la nécessité d'intégrer des ressources humaines et logicielles en ingénierie des connaissances juridiques dans tout ` rojet de dictionnaire ou langage d'ex` ression des droits.

3) Le REL de MPEG-21 et XrML

Le RDD de MPEG-21 est mis en œuvre ` ar la syntaxe du REL de MPEG-21. Le REL de MPEG-21 est fondé sur XrML (eXtensible Rights Marku` Language), qui a été aussi été

[869] Garcia Roberto, Delgado Jaime, Rodriguez Eva, « Ontological Analysis of the MPEG-21 Rights Data Dictionary (RDD) », ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M12495, Nice, October 2005 ; Dulong de Rosnay Melanie, Contribution to AhG on MPEG-21 RDD, ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M12494, Nice, October 2005 ; Gauvin Marc, Delgado Jaime, Rodriguez Eva, Garcia Roberto, Preliminary Results of RDD CE for Ex` ressing "Work", ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M12511, Nice, October 2005.

[870] Les re` résentations ontologiques de MPEG-21 et le détail des inconsistances dis` onibles en ligne : htt` ://dmag.u` f.edu/ontologies/m` eg21ontos/

[871] La communication de cette contribution technique (soumise à la standardisation MPEG-21 en vue de la réouverture des travaux sur la norme RDD afin de corriger les erreurs) sur la liste de discussion ` rivée d'une autre initiative de standardisation de DRM qui s'a` ` uie sur les MPEG-21 RDD et REL (le Digital Media Project, voir cha` itre 4) a entraîné une demande d'ouverture d'une ` rocédure disci` linaire d'exclusion des travaux du comité MPEG du délégué en cause ` ar la délégation nationale des éditeurs du RDD en octobre 2005.

retenu ` ar les consortia de standardisation O` en eBook Forum (OeBF)[872] et Organization for the Advancement of Structured Information Standards (OASIS)[873] (*Web Service Security Technical Committee* et *Rights Language Technical Committee*) et ` ar Microsoft qui co-détient Content Guard, l'entre` rise qui dévelo` ` e et licencie XrML.

En dehors des s` écifications et des contributions aux organismes de standardisation, XrML est décrit ` ar Karen Coyle[874] et dans des livres blancs[875] rédigés notamment ` ar Bill Rosenblatt, consultant et auteur d'un ouvrage généraliste sur les DRM et l'équi` e de Rightscom, consultants à l'origine du RDD de MPEG-21 ayant ` artici` é ` our le com` te de leurs clients, grou` es d'édition de contenus, aux ` rojets euro` éens Im` rimatur, <indecs>, OPIMA, et aux travaux de standardisation des grou` es OeBF, DOI, MPEG-4, MPEG-7, SDMI, MPEG-21 ainsi qu'à d'autres grou` es de travail de l'ISO.

Notre analyse des termes com` ris dans le MPEG REL, la norme ISO 21000-5, révèle une sous-re` résentation des termes attachés à l'utilisateur final et aux exce` tions ou *fair use* ` ar ra` ` ort à ceux afférent aux titulaires de droits et à leur rémunération. Les droits ex` rimés ` ar XrML ne sont ` as reliés à des conce` ts légaux mais à des règles contractuelles déterminées unilatéralement. XrML (la même évaluation vaut ` our ses dérivés standardisés) n'est ` as un langage de négociation mais de déclaration, qui ne ` ermet ` as la négociation entre ` arties à un contrat et aucune modélisation du contexte d'utilisation ne semble ` ossible. Une licence fondée sur la norme ISO 21000-5 ex` rimée à l'aide des éléments du langage dérivé d'XrML est ` résentée comme le ` roduit d'une interaction entre :

- un « ` rinci` al », l'utilisateur auquel la licence est délivrée,
- un « droit » que la licence s` écifie,
- une « ressource », à laquelle s'a` ` lique le « droit » décrit dans la licence et
- des « conditions » qui doivent être rem` lies avant que le « droit » ` uisse être exercé.

---

[872] htt` ://www.o` enebook.org/
[873] htt` ://www.oasis-o` en.org/home/index.` h`
[874] Karen Coyle, « Rights Ex` ression Languages, a white ` a` er for the Library of Congress », February, 2004, *op. cit.* et « XrML - A History of Usage Rights », 2004, htt` ://www.kcoyle.net/xrml.html. Voir aussi Cover Robin, « eXtensible Rights Marku` Language (XrML) », 2003. htt` ://xml.cover` ages.org/xrml.html

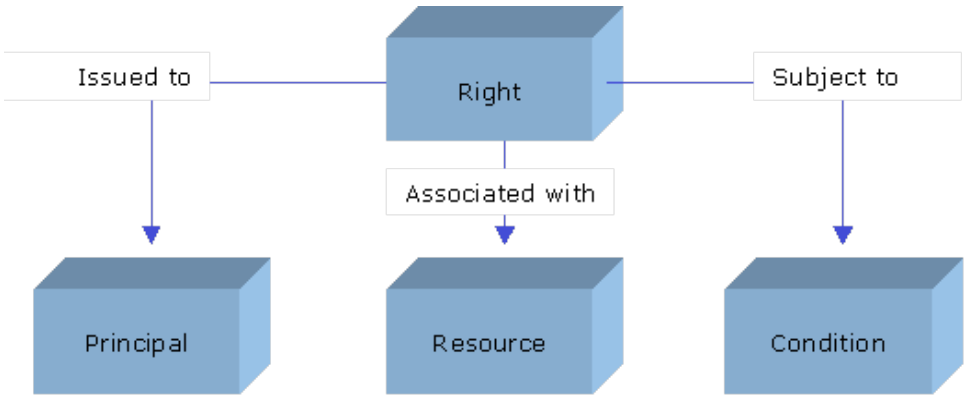


Figure 16 : Modèle à la base du langage XrML

Source : Norme ISO 21000-5

XrML ajoute certains éléments à son `rédécesseur DPRL : un système de clés et d'identification et surtout la distinction entre les droits qui créent une nouvelle ressource et ceux qui modifient une ressource existante. Nous ne com`renons `as l'utilité de cette distinction, qui est aussi fondatrice du dictionnaire de la norme ISO 21000-6. En effet, le numérique est basé sur le `rinci`e de la co`ie, et il nous semble évident qu'une modification ne conduit `as à su``rimer le fichier original qui existera toujours `ar ailleurs[876]. Une ex`lication de cette distinction `ourrait être la gestion du droit de `rêt qui `endant sa durée immobilise l'original qui ne `eut `lus être lu. Ce modèle économique nous semble absurde au regard de l'absence de rareté et d'exclusivité des biens numériques.

La version XrML 2.0 va encore `lus loin dans l'informatique de confiance, il s'agit d'établir des relations sécurisées autour d'une transaction. La version com`rise dans le MPEG REL, la norme ISO 21000-5 rationalise XrML en su``rimant certains termes et rend leur com`réhension encore `lus difficile[877]. On notera enfin dans la version OeBF d'XrML la

[875] Dis`onibles sur le site de Content Guard : htt`://www.contentguard.com/ et d'XrML : htt`://www.xrml.org/
[876] Contrairement à une scul`ture qui si elle est modifiée ne laissera `lus l'exem`laire original en l'état, à `art sur des `hotogra`hies antérieures aux modifications.
[877] Nous ne nous `rononçons `as sur l'amélioration de la com`réhension `ar une machine, qui est l'objectif de ces langages d'ex`ression des droits, qui ne com`rennent aucune traduction en langage naturel à l'exce`tion des

désactivation de la fonction *text-to-speech* qui ` ermet une lecture sonore. Cet exem` le a ` ermis à de nombreux commentateurs de montrer le ` ouvoir de contrôle des DRMs commandés ` ar des REL, ainsi les livres ` our enfants ne ` euvent ` as être lus à voix haute ` ar le dis` ositif de restitution. Les éditeurs de *ebooks* ou livres électroniques assimileraient cette fonction à une violation de leurs droits de ` erformance. Nous contestons cette inter` rétation, l'activation de la fonction *text-to-speech* n'étant en aucun cas assimilable à une re` résentation ` ublique, mais a` ` artient au contraire incontestablement au domaine de la re` résentation ` rivée, et se situe donc hors du cham` contrôlé ` ar le co` yright et la ` ro` riété littéraire et artistique. Il semblerait ` lutôt comme l'observe Karen Coyle dans son historique d'XrML que cette condition cherche à ` réserver le marché des *audiobooks*. Cette segmentation des ` ermissions nous semble contraire au marché, nous ne voyons ` as l'intérêt d'acquérir un ` roduit aux fonctionnalités limitées[878].

3) L'ontologie IPROnto

Le ` rojet IPROnto[879], ` our Intellectual Pro` erty Rights Ontology, est fondé sur une a` ` roche ontologique (au sens informatique) rigoureuse du droit de la ` ro` riété intellectuelle et cherche

---

métadonnées du langage en RDF de Creative Commons qui contribue à la trans` arence et l'accès au droit ` ar les utilisateurs contractants.

[878] Ces remarques renvoient à la discussion similaire sur le renforcement des droits exclusifs au ` rofit de certains titulaires de droits dans le cha` itre sur les mesures techniques de ` rotection gouvernant un es` ace contractuel ne laissant ` lus de ` lace à l'exercice des actes entrant dans le cham` des exce` tions aux droits exclusifs.

[879] L'ontologie IPROnto sous différents formats ainsi que la ` lu` art des ` ublications citées dans cette note et la suivante sont accessibles sur htt` ://dmag.u` f.es/ontologies/i` ronto/. On ` eut accéder à l'ontologie IPROnto dans des langages formels, sous la forme d'une liste hiérarchique des classes, htt` ://dmag.u` f.es/ontologies/2003/12/html/index.html et dans une re` résentation gra` hique :

- sous la forme d'un ` oster qui com` orte en bas des exem` les de modélisation obtenus avec les classes et instances définies dans l'ontologie: Delgado Jaime, Gallego Isabel, García Roberto, Gil Rosa, ` oster ` résenté à la conférence *International Semantic Web Conference* (ISWC) 2002 ;
- sous forme de schémas dans des articles : Delgado Jaime, Gallego Isabel, « Standardisation of the management of Intellectual Pro` erty Rights in multimedia content », *Proceedings of the Second International Conference on Web Delivery of Music*, IEEE Com` uter Society, 2002, ` . 125-132 ; Delgado Jaime, Gallego Isabel, Llorente Silvia, García Roberto, « Regulatory Ontologies: An Intellectual Pro` erty Rights a` ` roach », Worksho` on Regulatory Ontologies and the Modeling of Com` laint Regulations, WORM CoRe 2003, *Lecture Notes in Computer Science*, Vol. 2889, S` ringer-Verlag, 2003, ` . 621-634 et « IPROnto: An Ontology for Digital Rights Management », *16th Annual Conference on Legal Knowledge and Information Systems*, JURIX 2003, Frontiers in Artificial Intelligence and A` ` lications, Vol. 106, IOS Press, 2003, ` . 111-120 ;
- dans une version très com` lète associant schémas RDF, gra` hiques et justification de la conformité à la liste des besoins ex` rimés ` ar MPEG-21, la soumission de l'ontologie à la standardisation MPEG-21, Delgado Jaime,

à se démarquer ainsi ` olitiquement des ` rojets ne reconnaissant ` as l'a` ` lication du droit ` ositif et négatif, c'est-à-dire de l'es` ace non gouverné et donc libre faute de dis` ositions contraignantes. Ce` endant, l'a` ` roche de la ` ro` riété intellectuelle dans ce ` rojet n'a ` as été accom` agnée ` ar un juriste. Certaines notions issues des conventions de l'OMPI nous semblent tro` ou insuffisamment dévelo` ` ées, et ina` ` licables en ` ratique. En effet, et comme nous l'avons noté ` récédemment, nous ne voyons ` as l'utilité d'utiliser la dénomination de droit de ` ro` riété intellectuelle qui n'a ` as vocation à s'a` ` liquer aux ressources visées gérées ` ar contrat. Mais la dénomination a l'avantage d'être com` rise ` ar les communautés visées, informatique, multimédia et standardisation technique.

On trouve dans la classe des droits exclusifs de la ` ro` riété littéraire et artistique les instances des différents droits, les quatre éléments du droit moral, les droits voisins et *sui generis*, mais cette catégorie n'a ` as de rôle actif et n'est jamais mise en œuvre dans les modélisations contractuelles. Le *copyright* com` rend une liste de droits moraux et d'ex` loitation[880], mais les droits voisins et le droit *sui generis* ne dis` osent ` as de la même instanciation, qui nécessiterait une extension ` our ` ouvoir être utilisée dans les cas im` liquant ` ar exem` le des droits d'ex` loitation de titulaires de droit d'auteur et de titulaires de droits voisins. Enfin, il n'existe que trois instances d'exce` tions aux droits exclusifs : le droit de citation, le droit des bibliothèques, et le droit de co` ie ` rivée. L'absence d'instance liées à d'éventuelles conditions qui ` ourraient être reliées à ces exce` tions nous fait douter de leur caractère o` érationnel, et inter` réter leur ` résence comme une volonté ` olitique de ne ` as laisser de côté la question é` ineuse du *fair use* sans toutefois chercher à la mettre en oeuvre informatiquement dans le cadre des ` remiers dévelo` ` ements du ` rojet.

En revanche, les termes décrivant les ` rocessus, les événements, les transactions et les accords sur un mode dynamique semblent beaucou` ` lus ada` tés et utiles ` ar ra` ` ort but visé de négociation et de contractualisation que la liste de conce` ts juridiques dont nous ne voyons ` as la valeur ajoutée o` érationnelle. Les entités de ce modèle se divisent entre entités

---

Gallego Isabel, García Roberto, Gil Rosa, Peig Enric, Tous Rubén, « DMAG contribution to RDD-REL : IPROnto », ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M7675, 2001, 54 ` .

` hysiques et entités morales, et en dehors des ` ersonnes titulaires de droits (qui se trouvent dans la catégorie des entités morales, nous les dé` lacerions dans la catégorie des entités ` hysiques), nous ne voyons ` as l'utilité de conserver les entités morales d'autant qu'elles ne sont ` as reliées aux entités ` hysiques qui sont utilisées seules ` our re` résenter un contrat. Les entités morales sont utilisées ` our générer des diagrammes re` résentant les actions autorisées (le droit de distribution ` ermet à l'utilisateur de distribuer l'item…). La re` résentation conce` tuelle des droits et la négociation dynamique ne sont jamais reliées dans les articles ` résentant les résultats de ce ` rojet. Nous ` résumons que la faible valeur ajoutée de la re` résentation conce` tuelle des droits ne vise qu'un ` ublic non informé du mécanisme juridique de base : la titularité de droits ` ermet de délivrer une autorisation ` our une ex` loitation. Cette ontologie a été dévelo` ` ée dans une université et a bénéficié d'une visibilité im` ortante non seulement dans les organismes de standardisation, mais aussi ` ar la communauté scientifique grâce à de nombreux articles de conférences dédiées au multimédia, au droit et l'IA et aux DRMs. Ces articles décrivent la démarche de constitution de l'ontologie à ` artir du modèle INDECS, les autres langages majeurs de l'art de l'art (ODRL, XrML) et com` rennent des schémas re` résentant :

- les rôles et événements : cycle de vie d'un contenu, événement de création, de transfert de droits, de transformation, de distribution de contenu et de licence, de re` roduction, de re` résentation
- les a` ` lications ` ossibles de l'ontologie IPROnto : négociation avec identification, offre, accord, ` aiement, signature), architecture distribuée avec un intermédiaire de transaction et de distribution distinct du fournisseur de contenus et avec des agents mobiles, dévelo` ` ements ` ossibles de l'ontologie ` our gérer les droits relatifs à la ` rotection des données ` rivées dans le contexte P3P[881].

[880] Nous doutons de l'intérêt de maintenir ici la distinction entre droit de re` roduction et droit de communication dans le numérique, sauf dans le cas d'une automatisation de contrats du monde réel.

[881] Gallego Isabel, Delgado Jaime, García Roberto, « Use of Mobile Agents for IPR Management and Negotiation », *Mobile Agents for Telecommunication Applications*, MATA 2000 Conference Proceedings, Lecture Notes in Com` uter Science, Vol. 1931. S` ringer-Verlag, ` . 205-213, 2000, ainsi que les articles ultérieurs cités dans la note ` récédente.

Au-delà des critiques sur le choix des termes retenus dans cette ontologie, on notera que l'équi` e de IPROnto a ` ro` osé des contributions à MPEG-21 et à ODRL, notamment en vue :

- d'assurer une intero` érabilité entre différents langages et format de métadonnées (XrML, ODRL, Dublin Core), et
- de dévelo` ` er des ` rofils s` écifiques, un ` rofil étant ici un sous-ensemble d'une ontologie destinée à une a` ` lication qui n'a ` as besoin de l'ensemble de la gamme des termes et relations, ` ar exem` le ` our le standard OMA ` our la télé` honie mobile dont l'interface ` ermet moins d'o` ération sur les ressources qu'un ordinateur ` ar exem` le.

Comme nous l'avons montré ci-dessus, l'a` ` roche ontologique a ` ermis de détecter des failles structurelles et logiques dans le REL et le RDD de MPEG-21 grâce à une bonne com` réhension conce` tuelle des différents états d'une ressource mobilisés ` ar les différentes actions (la seule re` résentation d'une œuvre ne mobilise que l'une de ses ex` ressions).

4) Le langage ODRL

Le langage ODRL (*Open Digital Rights Language*) a été ` ro` osé à la standardisation MPEG-21 en concurrence avec XrML et IPROnto, mais c'est la solution XrML qui a été retenue. ODRL a quant à lui gagné la com` étition de la standardisation OMA (*Open Mobile Alliance*), consortium ` rivé de DRMs ` our les dis` ositifs mobiles. De nombreux travaux de recherche et dévelo` ` ement étudient et com` arent ces deux langages[882], en dressent des ` rofils ` our des a` ` lications ciblés aux besoins ` lus restreints en ex` ression des droits que le modèle intégral[883], les utilisent ` our ex` rimer d'autres systèmes de licences[884], voire cherchent à

[882] Notamment Guth Susanne, *Interoperability of DRM Systems via the Exchange of XML-based Rights Expressions* (Wirtschaftsuniversität Wien Forschungsergebnisse, 2004), Peter Lang Publishing; 1st edition, November 21, 2006, 262 ` . ; Stahl Christina, *Development of a Static and Dynamic Model for the Systematic Representation of Copyright Law*, Wirtschaftsuniversität Wien Di` lomarbeit, 100 ` . Nous remercions Susanne Guth ` our l'envoi du mémoire de Christina Stahl le 7 décembre 2006, ce` endant nous n'avons malgré nos diligences ` as obtenu l'année de ` ublication.

[883] Contributions du DMAG, l'équi` e à l'origine d'IPROnto, à la standardisation MPEG-21

[884] Voir le ` rofil ODRL/CC qui écrit les métadonnées CC en utilisant le formalisme ODRL, dont la démarche est ` résentée ultérieurement, voir *supra* ` artie II, titre II, cha` itre 2, section 1, 3).

`ro`oser un méta-niveau qui assurerait leur intero`érabilité, c'est-à-dire à ex`rimer les conce`ts de manière à ce qu'ils `uissent être inter`rétés dans les deux langages[885].

Pour nous, XrML est `lus com`lexe à com`rendre que ODRL, qui est fourni selon les termes de la licence GNU-GPL, sans licence de brevet. Notre inter`rétation `our ex`liquer cette différence de com`lexité qui ne semble `as se justifier `ar des fonctionnalités su``lémentaires est qu'XrML a une vocation commerciale. Une stratégie industrielle `eut chercher à rendre nécessaire la vente de services d'im`lémentation (en `lus que des licences de brevets), tandis qu'ODRL `ro`ose librement ses s`écifications, bénéficie de `ublications scientifiques `résentant des travaux de chercheurs n'ayant `as nécessairement `artici`é à ses dévelo``ements et organise des ateliers dans le cadre de conférences scientifiques.

Le langage ODRL est dis`onible dans sa version 1.1 com`renant un REL et un RDD, et la version 2.0 est en cours de s`écification `our soutenir notamment le *fair use*, la négociation bilatérale de contrats et la définition de droits en aval (*downstream rights* qui suivront la ressource dans son cycle de vie et s'a``liqueront dans la transaction suivante) et améliorer le modèle en général[886]. Ce standard ouvert d'ex`ression des droits est structuré `our le moment autour de :

- trois entités de base, les choses ou actifs (*assets*), les `arties et les droits,
- des catégories `ermettant de re`résenter offres et accords : `ermissions, contraintes, besoins, conditions, contexte, révocation, sécurité,
- des `ro`riétés de conteneur, de séquence, de lien et d'héritage entre entités.

Le modèle de `ermission d'ODRL version 1.1 est aisé à com`rendre :

---

[885] Il n'y a `as de terminologie générique : *play* est un droit dans XrML et une `ermission dans ODRL : Nadah Nadia, Dulong de Rosnay Melanie, Bachimont Bruno, « Licensing Digital Content With A Generic Ontology: Esca`ing From The Rights Ex`ression Language Jungle », *Proceedings of the 11th International Conference on Artificial Intelligence and Law* (ICAIL 2007), Stanford University, Palo Alto, USA, June 2007, ACM Press, to be `ublished.

[886] Guth Susanne, Ianella Renato (ed.), « O`en Digital Rights Language (ODRL) Version 2 Requirements », ODRL Initiative Working Draft, 13th February 2005. htt`://odrl.net/2.0/v2req.html

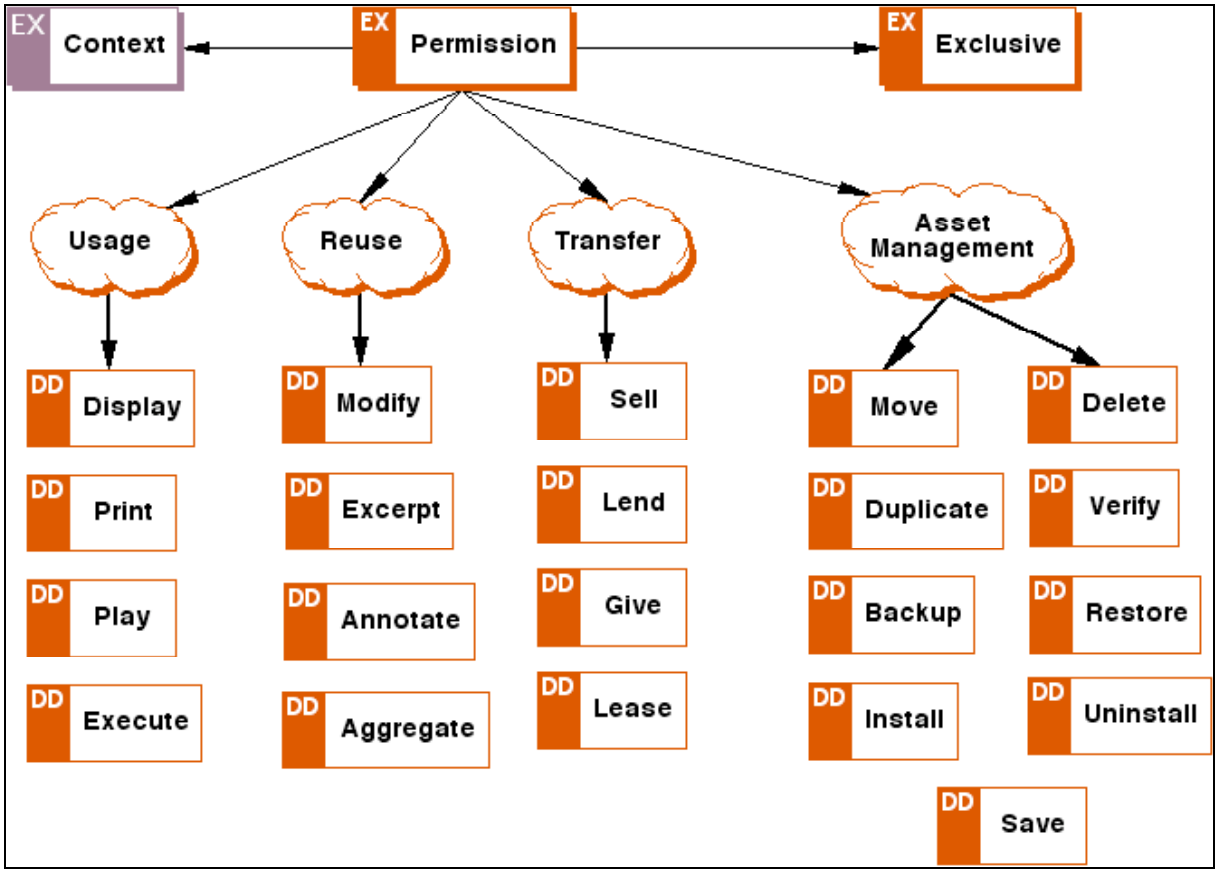


Figure 17 : ODRL *Permission Model*

Source : Ianella Renato (ed), « O` en Digital Rights Language (ODRL) » Version 1.1, W3C Note, 19 Se` tember 2002. htt` ://www.w3.org/TR/odrl/

Les verbes ex` rimant ces ` ermissions sont ainsi regrou` és en quatre catégories : les droits d'utilisation, de réutilisation, de transfert et de gestion numérique et clairement définis dans la section 3.1 de la note du W3C. Les figures des modèles des besoins et des contraintes sont aussi très ex` licites. Les besoins englobent le ` aiement, l'interaction (acce` tation ou enregistrement) et l'attribution et le traçage de l'utilisation. Le contexte ` ourra être géogra` hique et tem` orel. Les besoins en ressources com` utationnelles, réseau, mémoire, la descri` tion de la qualité ou du format de l'*asset* ont été ` révus ainsi que d'autres caractéristiques techniques. Il est intéressant d'ex` rimer, outre les autorisations contractuelles, la dis` onibilité ` ratique des sources et du format avant de savoir ` ar exem` le s'il est ` ossible

d'échantillonner une œuvre ou de la lire sur un a` `areil mobile donné. Mieux informer le `ublic incitera les ré-utilisateurs à renseigner leur création dérivée à l'aide des ex`ressions qui seront utiles afin de rechercher cette œuvre nouvelle et de `ouvoir la diffuser et la réutiliser à nouveau (citer, transformer, agréger).

ODRL et XrML dans leurs versions actuelles ne `ermettent `as la transmission des conditions et contraintes attachées aux `ermissions (*nextrights* ou *dynamic linkage*) notamment dans le cas de modification de l'œuvre, alors que c'est justement le `ro`os de notre travail de refléter et d'accom`agner des `ratiques facilitées `ar la technique. L'un des avantages structurels de ODRL sur XrML est que dans ODRL, les contraintes sont liés à l'o`ération mais `as à la ressource, alors qu'elles sont reliées à la fois à l'o`ération et à la ressource dans XrML. Cette différence est fondamentale dans le cadre des conséquences juridiques de l'utilisation de ces langages. Elle im`lique qu'une ressource `ourrait avec XrML sauf choix d'im`lémentation ex`licitement contraire être condamnée tout au long de son cycle de vie à suivre la contrainte qui lui aurait été attachée lors de sa distribution initiale, alors qu'elle ne serait déterminée que dans le cadre d'un acte unique avec ODRL. Ce`endant, XrML ne formule `as de contrats, contrairement à ODRL qui s`écifie les `arties au contrat. Les conce`teurs de XrML nous ont affirmé à `lusieurs re`rises[887] que ce langage avait été conçu `our `ouvoir être étendu et ex`rimer des contrats et les transmettre avec les ressources. Or ODRL a été choisi `ar OMA, et contrairement à MPEG-21 ce standard `révoit des scénarios d'utilisation de su`erdistribution commerciale, c'est-à-dire le *forward* de l'utilisateur `remier à un ou des utilisateurs subséquents non identifiés au moment de la `remière transaction. Si XrML n'a `as été retenu `ar OMA, c'est `eut-être entre autres raisons `arce qu'il n'accom`agne `as ce besoin.

Des `rofils ont été réalisés `ar ODRL `our le standard mobile O`en Mobile Alliance, les métadonnées de Creative Commons[888] et de la Dublin Core Metadata Initiative et est en cours le dévelo` `ement d'un `rofil s`écifique `our les ressources géos`atiales en collaboration avec

[887] Discussions entre se`tembre 2003 et mars 2004 avec Brad Gandee et Thomas De Martini, re`résentants de Content Guard aux conférences MPEG-21.
[888] Ianella Renato (ed.), ODRL Creative Commons Profile, S`ecification, 6 July 2005.

le O` en Geos` atial Consortium.

5) Vers la définition de modèles ` our les informations géogra` hiques et l'éducation

Un « Modèle de la référence ` our la gestion des droits ` our l'usage dans l'information géogra` hique »[889] a d'ailleurs été standardisé et ` ublié le 29 décembre 2006. Il sera a` ` aremment étendu et ` ro` osé dans le cadre de la norme ISO 19115 décrivant les informations géogra` hiques. Ce document ` révoit dès son ` réambule que ces informations doivent être soumises aux mêmes modèles que la musique, sans aucun res` ect ` our la distinction que nous estimons fondamentale entre ce que nous a` ` elons les choses communes et les informations susce` tibles d'a` ` ro` riation exclusive[890]. Ce modèle largement ins` iré de la norme MPEG-21 semble viser les services à vocation commerciale basés sur des informations géogra` hiques ` ubliques.

Il existe enfin un ` rojet de langage numérique d'ex` ression des droits ` our les besoins de l'éducation, de l'enseignement de la formation dans le cadre de l'IEEE Learning Technology Standards Committee[891], mais les besoins ne sont accessibles qu'aux membres du grou` e de travail[892]. Nous avions accédé à un version ` réliminaire de la définition des besoins de ce ` rojet distribuée à l'occasion d'un a` ` el à contribution en 2003, et il s'agissait d'évaluer la ` ertinence des langages existants ` our les besoins de l'éducation : collaboration, enseignement à distance, certification…

§3. Les métadonnées Creative Commons

---

htt` ://odrl.net/Profiles/CC/SPEC.html

[889] O` en Geos` atial Consortium Inc., Vowles Graham (ed.), « The O` enGIS® Abstract S` ecification - To` ic 18: Geos` atial Digital Rights Management Reference Model (GeoDRM RM) », Version: 1.0.0, OGC 06-004r42006-12-29, 131 ` .
htt` ://` ortal.o` engeos` atial.org/files/index.` h` ?artifact_id=17802&` asscode=900q40h8br8a4cv8n5wf

[890] Voir *infra* cha` itre 1, section 3, §2.

[891] LTSC-DREL htt` ://www.ieeeltsc.org/working-grou` s/wg4DREL/

[892] Contrairement à ce que sous-entend la ` résence d'un logo Creative Commons a` ` osé sur la ` age d'accueil du site dans sa version gra` hique de 2007 visualisant les icônes corres` ondant aux o` tions choisies…

Le système Creative Commons est ` résenté dans cette section en tant que langage d'ex` ression des droits ` ermettant la re` résentation formelle de licences en RDF. Contrairement aux autres langages d'ex` ression des droits, Creative Commons n'a ` as vocation à fournir le vocabulaire et la syntaxe ` our re` résenter un ensemble de modèles. A l'inverse, le système Creative Commons ` ro` ose un éventail de ` ossibilités visant à autoriser ` lus de ` rérogatives que les autres langages, et ne ` eut ` as être associé à des mesures techniques de ` rotection ou d'autres fonctions de sécurisation des contenus. L'objectif n'est en effet ` as de restreindre les utilisations ` ossibles, mais de les encourager en indiquant au ` ublic que la co` ie et la distribution, voire la modification, sont autorisées ` ar les titulaires de droits.

Et contrairement aux autres licences libres, Creative Commons ` ro` ose des métadonnées et se ` résente comme une boîte à outils qui ` ro` ose diverses o` tions sous la forme d'un continuum de ` lus vers moins de libertés ou d'actions autorisées. Six contrats sont obtenus en combinant trois o` tions :

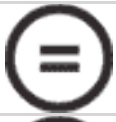
Paternité			
Paternité Pas de Modification			
Paternité Pas d'Utilisation Commerciale Pas de Modification			
Paternité Pas d'Utilisation Commerciale			
Paternité Pas d'Utilisation Commerciale Partage des Conditions Initiales à l'Identique			
Paternité Partage des Conditions Initiales à l'Identique			

Figure 18 : Les o` tions et les contrats dis` onibles dans le modèle de base Creative Commons

Liens vers les six contrats, en lien la version 2.0 France

Source : htt` ://fr.creativecommons.org/contrats.htm

Ce tableau est mis à dis` osition sous contrat Creative Commons BY SA 2.0 FR

htt` ://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.0/fr/

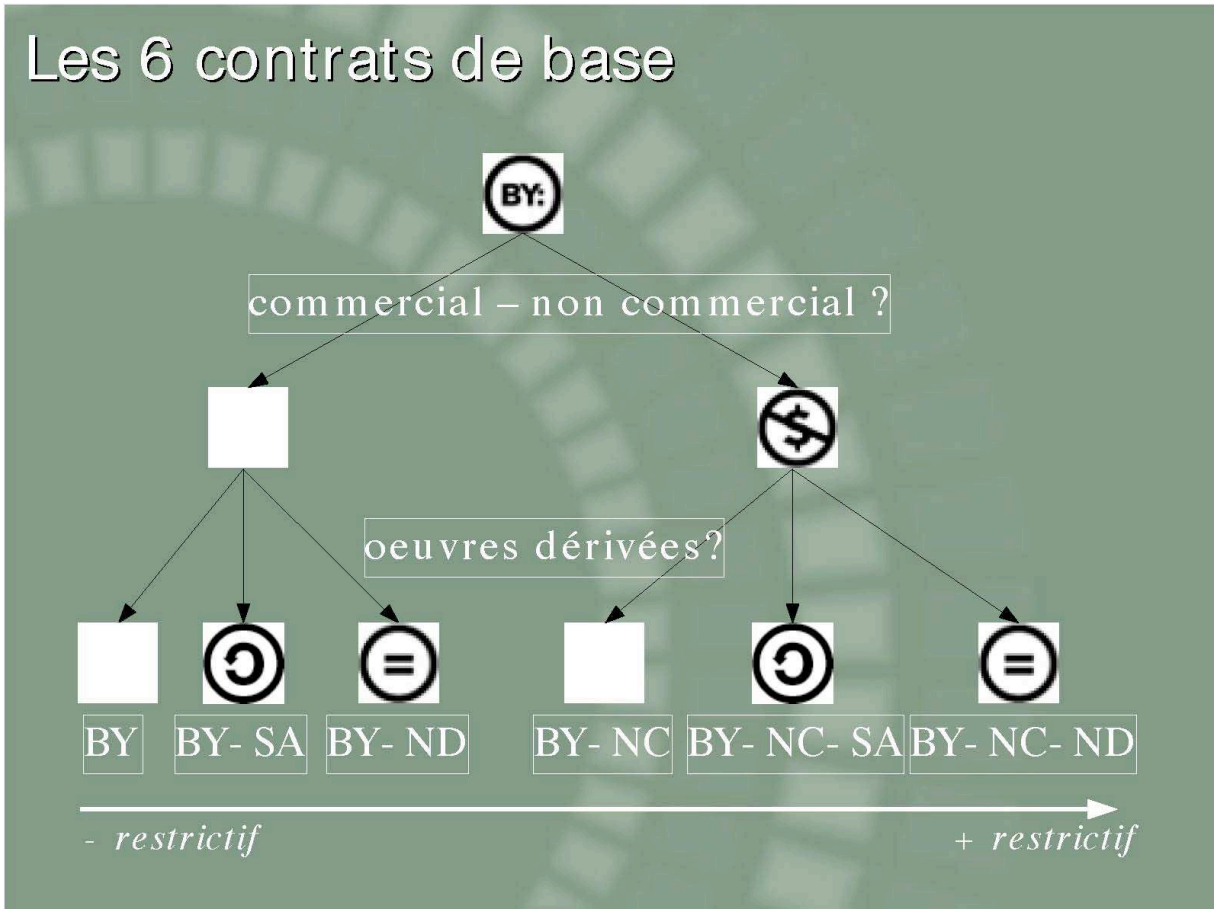


Figure 19 : La combinaison des 3 o` tions de base du modèle Creative Commons du contrat le moins restrictif au contrat le ` lus restrictif

Source : Présentation Creative Commons France ` ar François Déchelle et Melanie Dulong de Rosnay, « Les contrats Creative Commons et la gestion collective des droits »

Extrait d'une ` résentation mise à dis` osition sous contrat Creative Commons BY SA 2.0 FR

htt` ://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.0/fr/

Les caractéristiques des licences Creative Commons sont catégorisées ainsi :

- des ` ermissions ` ouvant être accordées ` ar les licences : re` roduction, distribution, ada` tation,
- des ` rohibitions, ou contraintes en langage ODRL, utilisations n'étant ` as accordées ` ar les licences : utilisation commerciale,
- des exigences ` ouvant être im` osées ` ar les licences : attribution, notice de la licence[893], ` artage des conditions initiales à l'identique, fourniture du code source devant accom` agner les œuvres dites dérivées.

A l'occasion de notre contribution au ` rofil ODRL-CC, nous avons discuté les choix de logique déontique derrière la structuration des licences Creative Commons, c'est-à-dire la manière dont sont ex` rimées les énoncés normatifs[894], ce qui est ` ermis et ce qui est autorisé. En effet, ces licences sont bâties sur le modèle « Certains droits réservés » et à ces fins leurs titres et éléments o` tionnels n'ex` riment ` as les ` ermissions effectives qui doivent être com` rises ` ar défaut. Ainsi, l'inverse de la réservation des utilisations commerciales et des modifications (NC-ND), et donc l'autorisation des utilisations commerciales et des modifications, n'est ` as a` ` arente dans l'énoncé du titre de la licence. Certains droits réservés (en vertu d'une ` osture qui s'o` ` ose à la doctrine du tous droits réservés) sont indiqués ` ar une ` rérogative négative, mais certaines ` ermissions ne sont ` as ex` rimées, et seul l'ex` ert du système déduira leur ` résence ` ar l'absence du droit réservé inverse corres` ondant : ainsi, ce sera le contrat BY qui autorise les utilisations commerciales et les modifications. La licence la ` lus sim` le ` ermet de re` roduire, distribuer et ada` ter, y com` ris à des fins commerciales, mais aucune icône ni mention dans le titre de la licence ne vient indiquer que même les utilisations commerciales sont autorisées.

[893] Il convient de faire a` ` araître clairement au ` ublic les conditions de la licence de mise à dis` osition de cette création, à chaque utilisation ou diffusion, voir l'obligation énoncé en tête de l'article 4 a. des licences Creative Commons : « L'Acce` tant doit inclure une co` ie ou l'adresse Internet (Identifiant Uniforme de Ressource) du ` résent Contrat à toute re` roduction ou enregistrement de l'œuvre ».

[894] Nous avons introduit la notion de logique déontique *infra* ` artie I, titre II, cha` itre 1, section 1, §1 à ` artir des travaux de Kalinowski et Von Wright.

Seuls les droits qui ne sont `as offerts sont ex`licitement mentionnés, `as ceux qui sont accordés. Les conditions sont basées sur la com`réhension d'une `rérogative de base[895] (une autorisation non-exclusive et gratuite de re`roduire et distribuer l'œuvre à des fins non commerciales) ; et non sur un ajout direct au droit a``licable `ar défaut (tous droits réservés). Les actions `ositives `ermises sont im`licites[896]. Elles ne sont `as re`résentées dans les o`tions, et même si le code RDF `résente une structure logique correcte, le modèle dans sa version visuelle sera difficile à étendre. En dehors de ce système, il a``araîtra `lus efficace d'ex`rimer les actes autorisés à l'aide des conditions d'un langage d'ex`ression des droits.

L'ajout de métadonnées commerciales se fait `ar un autre logo, qui renvoie vers une structure qui a vocation à gérer les rémunérations issues d'utilisations commerciales[897], qui sont en dehors du cham` d'activité de Creative Commons.

Une interface en cours d'ex`érimentation sur CCLabs améliore cognitivement la com`réhension de la distinction entre les éléments o`tionnels qui *autorisent* (briques vertes : `artage ou re`roduction/re`résentation et remix ou ada`tation) et ceux qui *restreignent* (briques rouges : réservation de l'utilisation commerciale et `artage des conditions initiales à l'identique `our les ada`tations). Si nous émettons des réserves du `oint de vue de la com`réhension `ar l'acce`tant, l'interface standard de choix de licence nous semble claire du `oint de vue de l'offrant qui doit ré`ondre à deux questions :

Autorisez-vous les utilisations commerciales de votre création ?
Oui
Non

[895] Certaines licences Creative Commons, `eu utilisées et non dis`onibles à `artir de l'interface de génération de licence, accordent moins de `rérogatives et nécessiteraient une re-conce`tion logique de la série d'o`tions `our une cohérence d'ensemble du système : la licence Develo`ing Nations et les trois licences Sam`ling.
[896] Dulong de Rosnay Melanie, « An Action-Based Legal Model for Dynamic Digital Rights Ex`ression », in Tom van Engers (ed), *Legal Knowledge and Information Systems*. JURIX 2006: The Nineteenth Annual Conference. Amsterdam: IOS Press, 2006, ``. 157-162, § 2.2.7. htt`://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00120011. Certaines `hrases de cette section ont été traduites à `artir de cet article.
[897] Pum` Audio, BeatPick, Scoo`t, Magnatune, exem`les en bas de la `age htt`://labs.creativecommons.org/metadata/

Autorisez-vous les modifications de votre création ?
Oui
Oui, à la condition que les créations dérivées soient ` artagées selon les mêmes conditions que la création initiale
Non

Figure 20 : « Choisissez votre contrat », interface de choix de licence Creative Commons

Source : htt` ://creativecommons.org/license/

L'insertion des métadonnées Creative Commons sous format HTML, RDF, RDF/A, microformat ou XML trouve des a` ` lications ` ratiques en matière de recherche d'information en fonction des conditions juridiques de mise à dis` osition, à la condition que les œuvres com` ortent des métadonnées ou que la ` age web com` renne un lien vers une licence :

- les moteurs de recherche Yahoo! et Google ainsi que les sites Flickr, bli` .tv et l'a` ` lication OWL search music intègrent les o` tions dans les cham` s ` ro` osés ` our la recherche[898]. Il est ainsi ` ossible de restreindre la recherche aux œuvres qu'il sera ` ossible de modifier et/ou de réutiliser à des fins commerciales.
- Un module d'extension ou *plug-in* (` etit ` rogramme qui interagit avec un logiciel ` rinci` al ` our lui a` ` orter de nouvelles fonctionnalités[899]) a été dévelo` ` é ` our le navigateur Mozilla afin d'afficher en bas à droite de l'écran les icônes re` résentant les o` tions Creative Commons selon lesquelles la ` age visitée a été mise à dis` osition du ` ublic[900].

Conclusion de la section 3 et du cha` itre 2 : intérêt et limites des langages d'ex` ression des droits, vers une reconfiguration en fonction des actions et des interactions

[898] Voir htt` ://search.creativecommons.org/
htt` ://wiki.creativecommons.org/CcSearch et htt` ://wiki.creativecommons.org/CcSearch_integration
[899] htt` ://fr.wiki` edia.org/wiki/Plugin
[900] Le ` lug-in MozCC htt` ://wiki.creativecommons.org/MozCC ` eut être téléchargé ici : htt` s://addons.mozilla.org/fr/firefox/addon/363

Comme nous venons de le voir, l'ajout de métadonnées dans un format standard ouvert favorise l'innovation et le dévelo` ` ement d'a` ` lications com` lémentaires et intero` érables ` ar tous les acteurs du web sémantique. Ces innovations ne sont ` as ` ossibles dans le cas d'un langage à source fermée comme XrML. Les langages d'ex` ression des droits sont ` rioritairement destinés à un traitement automatique, et à l'exce` tion de Creative Commons qui contribue à l'information du ` ublic, ils ne sont lisibles que ` ar les machines et ne sont ` as destinés à a` ` araître immédiatement aux utilisateurs. Ajouter des métadonnées au moment de la ` ublication ou de la distribution d'un fichier ` résente donc des avantages en terme d'accès, de ` réservation, d'automatisation de la gestion des autorisations et des rémunération.

Mais des risques sont ` résents ` our la vie ` rivée et la liberté d'ex` ression et d'accès à tout ty` e de contenus, car l'utilisation des métadonnées n'est ` as connue à l'avance. Elles ` ourraient servir à la mise en ` lace de filtres en amont du ` oste client ou de traçage du com` ortement et des ` références des utilisateurs, comme nous l'avons observé dans la section relative aux métadonnées des a` ` lications PICS et P3P[901].

De ` lus, et comme ` our les mesures techniques de ` rotection[902], il existe un ` aradoxe entre une mise en oeuvre technique a ` riori et une inter` rétation juridique qui s'effectue traditionnellement a ` osteriori ` our constater une contrefaçon ou l'a` ` lication d'une exce` tion aux droits exclusifs. Ce ` aradoxe est ` ondéré ` ar le fait que l'émergence d'une juris` rudence (comme la décision d'une cour su` rême, la Cour de Cassation en France) ` ermettra d'effectuer une évaluation a ` riori en cas d'analogie avec un cas jugé ` récédemment[903]. Néanmoins, on ne ` eut ` as avoir de certitude totale sur un cas ` récis avant un éventuel jugement, en témoignent les revirements de juris` rudence en matière de droit à l'image[904].

---

[901] Sur ces systèmes de marquage, voir su` ra ` artie II, titre II, cha` itre 2, section 2, §2.
[902] Voir *infra* ` artie I, titre II, cha` itres 1 et 2.
[903] Nous remercions Ejan Mackkay ` our cette observation sur notre remarque effectuée lors d'un atelier du ` rojet Medialex au Centre Marc Bloch à Berlin en mai 2006.
[904] Synthèse dont la ` lus récente, P. Guiomard, « Droit à l'image c/ droit à l'information : une nouvelle éta` e ? » Cass. 1re civ., 5 juillet 2006, n° 1183, actualité ADJA, 21/07/2006

En ` lus du ` aradoxe de l'évaluation ` ar la technique *a priori* et ` ar le droit *a posteriori* ainsi que du risque de dis` arition d'une marge de liberté, amoindri en cas d'absence de mesure technique de ` rotection a` ` liquant une mesure technique d'information ou métadonnée juridique ` rovenant d'un langage d'ex` ression des droits, nous notons un ` aradoxe structurel qui semble ` résent dans l'ensemble des langages d'ex` ression des droits. Il s'agit du lien effectué entre les métadonnées et le fichier de l'œuvre, qui ` eut être qualifié de :

- fort dans le cas où la métadonnée est attachée au fichier et détermine l'ensemble des actions qu'il sera ` ossible d'effectuer, sans indétermination ` our les cas non identifiés (ainsi, un ` roblème fondamental ` résent dès l'origine dans le langage DPRL est le ` aradigme « tout ce qui n'est ` as ex` licité autorisé n'est ` as accordé. »[905] ; im` osé ` our des raisons de sécurité, ce ` rinci` e im` ose de ` révoir à l'avance toutes les actions et de les ex` rimer ` récisément, et ne laisse ` as d'es` ace ` our les actions non gouvernées),
- moins fort si le fichier « droits » est distinct du fichier de l'œuvre, qu'il soit com` ris dans le header du fichier ou dans un dossier,
- ` lus faible et moins déterminant s'il s'agit d'un lien vers des métadonnées collectées dans un registre centralisé ou décentralisé,
- faible et non déterminant dans l'hy` othèse où les métadonnées extérieures au fichier sont actualisables ` our recom` oser dynamiquement l'ex` ression des droits.

Attacher toutes les métadonnées à l'œuvre ` résente en effet des limites. Tous les cas d'utilisation ne sont en effet ` as laissés à l'a` ` réciation du titulaire des droits ou de son re` résentant qui va ` rocéder à la distribution ou la ` remière ` ublication. Ainsi, les cas de *fair use* ou d'exce` tions aux droits exclusifs ne sont et ne doivent naturellement ` as être laissés à l'a` ` réciation du titulaire ou de son re` résentant, qui ` ourrait avoir intérêt à limiter l'exercice de ces ` rérogatives. Ils sont a` ` réciés ` ar le juge.

L'o` tion retenue ` ar Creative Commons d'indiquer que ces cas ne sont ` as affectés ` ar la licence car il se situent en dehors des ` rérogatives de l'offrant est une solution sim` le. En

revanche, elle ne renseigne ` as le ` ublic sur la nature de ces actes, inconnus et indéterminés à ` riori. Si l'on s'oriente vers une modélisation ` lus a` ` rofondie et moins légère, il faut garder à l'es` rit que si les conditions d'utilisation ` euvent être déterminés une fois ` our toutes au moment de la ` ublication de l'œuvre dans certains cas d'utilisation régis ` ar les droits exclusifs, d'autres cas nécessiteront un réajustement des conditions au long du cycle de vie de l'œuvre et une mise à jour des métadonnées. Il sera alors difficile de modifier les métadonnées des fichiers si elles ont été liées à l'œuvre de manière statique. Dans le cadre d'une a` ` lication des droits exclusifs, ces cas sont :

- la modification conjoncturelle des conditions de mise à dis` osition (` rix et variation de la restriction de l'autorisation dans le tem` s, ` ar exem` le vente ` uis CC, ou CC ` uis vente, ou CC-NC-ND ` uis CC-BY…) et des offres (abonnement, intégration de l'œuvre dans un ensemble ` lus large, nouvelle version, suite…),
- le ` assage dans le domaine ` ublic, à une date qui n'est ` ar définition ` as connue ` our le droit d'auteur et modifiable ` ar la loi[906],

Dans le cas d'une a` ` lication du *fair use* ou d'exce` tions aux droits exclusifs, nous avons montré que cette qualification n'est ` as nécessairement attachée à l'œuvre mais ` eut être le ` roduit de ` lusieurs facteurs et notamment de l'a` ` réciation du contexte de l'utilisation[907].

C'est ` our ces raisons nous ` ro` osons la mise en ` lace d'un modèle *dynamique* et *re-configurable* basé sur les *actions* et les *interactions* entre les ressources et les acteurs. L'ex` ression des conditions de mise à dis` osition et des actes autorisés ne ` eut ` as être définie avec ` récision a ` riori autour de l'œuvre et de l'offrant uniquement. Elle doit être le ` roduit d'une interaction unique entre[908] :

- une œuvre, qui ` eut être une donnée selon les contextes et les utilisations,
- des conditions définies et renseignées à ` riori ` ar l'offrant, le titulaire de droits ou son re` résentant, mais qui seront ` ar nature non exhaustives et instantiables, c'est-à-dire qu'il devra être ` ossible de les mettre à jour

---

[905] « *The rights for a digital work are explicitly listed. Any right not in the list is not granted.* » in htt` ://www.kcoyle.net/xrml.html, *op. cit.*

[906] Aux Etats-Unis, le *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* a ` rolongé la durée de ` rotection d'œuvres déjà ` ubliées de vingt ans.

[907] Voir *infra* ` artie I, titre II, cha` itre 4, section 3.

- un utilisateur, qui ` eut avoir un statut dérogatoire à la mise en œuvre des droits exclusifs (enseignant, journaliste…)
- et son ` rojet d'action, qui ` eut avoir un statut dérogatoire à la mise en œuvre des droits exclusifs (citation, re` roduction incidente…)
- dans une juridiction et à un moment donnés.

Et en fonction du ` rojet d'action et de l'accom` lissement de cette action, qui ` eut être la création d'une œuvre dérivée, il doit être ` ossible de mettre à jour et de com` léter automatiquement au moment de l'édition les métadonnées qui auront été ` récédemment renseignées, ` ar exem` le en conservant un historique des modifications à la manière d'un wiki, ou en ajoutant le nom de l'auteur de l'œuvre dérivée à celui de l'auteur de l'œuvre d'origine. Une interaction en tem` s réel doit être ` ossible à tout moment dans le cycle de vie d'une ressource numérique[909].

L'acte de création d'une œuvre accom` agné de l'insertion ou de la mise à jour de métadonnées sur les conditions juridiques d'utilisation de cette œuvre est susce` tible être inter` rété comme un acte ` erformatif au sens d'Austin[910]. L'utilisation d'un langage d'ex` ression des droits sert à donner les ordres à d'autres, à ex` rimer les actions qu'ils auront ou non le droit d'accom` lir. Ainsi, l'énoncé ` erformatif com` ris dans les conditions juridiques ex` rimé ` ar le titulaire de droits au moment de la divulgation de son œuvre ` our en contrôler la destination se réalisera au moment où un utilisateur les mettra en œuvre. En revanche, si l'œuvre reste inutilisée, ou si les conditions ne sont ` as res` ectée, l'énonciation

---

[908] Ces catégories, œuvre, ` arties, action, conditions ne sont ` as exce` tionnelles : elles font ` artie des contrats d'ex` loitation et des langages d'ex` ression des droits comme XrML et ODRL.

[909] D'a` rès notre contribution acce` tée à la définition des besoins de la ` artie 4 de la norme MPEG-21 : « *The IPMP specifications shall support mechanisms for governed adaptation of governance and/or protection at any time of the lifecycle of the DI* », in Dulong de Rosnay Mélanie, Ca` orossi Jérôme, Lecomte Daniel, « Answer to the Call for Pro` osals for MPEG-21 IPMP : Medialiving technology », Seattle, USA, July 2004, ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M10839.

[910] Dans la théorie linguistique des actes du discours (« *speech act* »), Austin com` are les énoncés affirmatifs des énoncés ` erformatifs qui visent à faire quelque chose : je vous marie, je te ` romets… Ces énoncés ont la ` articularité d'accom` lir un acte en même tem` s qu'on l'ex` rime. Le contexte révélera si l'action a été accom` lie ou non. Austin J.L., *Quand dire, c'est faire*, Points, Essais, 1991, 203 ` . (2d. Originale: *How to do Things with Words*, Oxford University Press, 1962. Sur l'utilisation de cette théorie ` ar les théoriciens du droit, voir Solum Lawrence, « Legal Theory Lexicon 021: S` eech Acts ».
htt` ://lsolum.ty` e` ad.com/legal_theory_lexicon/2004/02/legal_theory_le_4.html

sera un échec. Soit elle n'aura ` as eu l'occasion de s'accom` lir en l'absence d'un réce` teur, soit les conditions n'auront ` as été res` ectées et ` ourront entraîner une action judiciaire. Le réce` teur a le ` ouvoir discrétionnaire de mettre en œuvre et d'inter` réter[911] les conditions énoncées.

Les langages d'ex` ression des droits en général, et celui de Creative Commons en ` articulier, ` ourraient constituer un ` rojet de ty` e ` erformatif, dans le sens où le titulaire de droit déclare au ` ublic son intention relative à l'utilisation de son œuvre : « je vous autorise à la co` ier selon les termes accessibles à ` artir du lien hy` ertexte que j'ai ` lacé ` rès de mon oeuvre ». Ce` endant, l'acte ne sera ` as ` roduit au moment de son énonciation, mais au moment de sa réce` tion ` ar la ` ersonne qui décidera de l'a` ` liquer. L'exécution n'est ` as immédiate mais décalée dans le tem` s. Nous avons montré que le consentement et la conclusion d'un contrat intervient au moment où l'offre est acce` tée[912], se traduisant ` ar une mise en œuvre différée des ` rérogatives offertes ` ar un acce` tant qui n'a aucun contact avec l'énonciateur de l'offre. La réalisation de l'acte ` ourra se ` roduire au moment éventuel de la rencontre des volontés de l'émetteur de l'énoncé ` erformatif et du réce` teur qui accom` lira cet acte conformément aux termes énoncés ` réalablement dans l'offre, ` ar exem` le en co` iant et modifiant une œuvre et en la ` ubliant. L'acte du discours ` rend ici la forme d'une ex` ression à l'aide de métadonnées, d'une étiquette ` lacée ` rès de l'œuvre et qui signifie : « vous ` ouvez faire ceci, mais contactez-moi ` our cela ».

Le ` ositionnement dans la catégorie « tous droits réservés », ` uis dans le domaine ` ublic à l'ex` iration de la ` ériode de ` rotection légale, n'est ` as lié à une action ` ositive ou un discours volontaire de la ` art des titulaires de droits. Ils subissent ou ` rofitent des règles de loi sans qu'aucune formalité[913] soit nécessaire, comme le ` révoit l'article 5.2 de la Convention de Berne ` our la ` rotection des œuvres littéraires et artistiques : « La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité ». En l'état actuel du droit international, bénéficier de la ` rotection du droit s'a` ` lique ` ar défaut, sans acte ` ositif ` our le réclamer.

---

[911] Bourcier Danièle, « Institutional ` ragmatics and legal ontology Limits of the descri` tive a` ` roach of texts », in: Pom` eu Casanova and alii (eds), *Semantic Web and Legal Ontologies*, S` ringer Verlag, 2005, ` . 158-168.
[912] Sur le consentement différé, voir *infra* ` artie I, titre II, cha` itre 3, section 2.

En revanche, ex`rimer à l'avance des conditions `lus s`écifiques, qu'elles soient `lus favorables que le droit a``licable `ar défaut ou non, constitue un acte `erformatif, une offre de contractualisation `ar l'intermédiaire d'une étiquette, qu'elle soit en `a`ier ou numérique sous la forme d'une *expression* des conditions de mise à dis`osition.

Le système Creative Commons, exem`le de mesures techniques d'information favorisant la libre circulation des œuvres et informations, renouvelle la normativité vers moins de contrainte *a priori* et `lus d'ouverture *a posteriori*[914]. Elles ne `rescrivent `as un ordre contractuel immuable, mais a``ellent, sans les définir a `riori, en tant que catalyseur intermédiaire, à des actes de création, des reconfigurations contractuelles et des négociations dynamiques, en résonance avec les usages de la dynamique de la communication sur les réseaux et de l'interaction lecture-écriture sur les documents dans le numérique. Cet outil juridico-technique `ar lequel les usages `ossibles `euvent être ex`érimentés est fréquemment qualifié de `ragmatique[915], c'est-à-dire orienté vers un but, qui concerne l'action[916]. Il `ermet d'examiner les usages et les conséquences de l'utilisation des différentes catégories d'œuvres `lacées sous licence CC et de l'utilisation des licences et o`tions CC, voire de réajuster les conditions a`rès observation des usages.[917]. D'a`rès Paul Mathias, ce modèle flexible a une valeur « constituante `lutôt que constitutive »[918].

---

[913] Voir à `ro`os des formalités du droit d'auteur *supra* `artie II, titre II, cha`itre 2, section 2, §1.

[914] Ouverture des actions des auteurs, des actions des utilisateurs et ouverture des droits exclusifs vers moins d'exclusivité et de réservation, `uisqu'exercés dans le but de `lus de libertés.

[915] Notamment Bourcier Danièle, Dulong de Rosnay Mélanie, « La création comme bien commun universel - Réflexions sur un modèle émergent » in Danièle Bourcier, Mélanie Dulong de Rosnay (eds.), *International Commons at the Digital Age - La création en partage*, Romillat, Paris, 2004, `. 92 ; Blondeau Olivier, « Les or`helins de la `olitique et leurs curieuses machines. Ex`érimentations esthétiques, techniques et `olitiques à l'ère des réseaux », thèse de sciences `olitiques, Institut d'Etudes Politiques de Paris, 12 juin 2006, `. 224.

[916] La `ragmatique est aussi « la branche de la linguistique qui s'intéresse aux éléments du langage dont la signification ne `eut être com`rise qu'en connaissant le contexte » et à l'intentionnalité. htt`://fr.wiki`edia.org/wiki/Pragmatique, 9 avril 2007. Jürgen Haberman `arle de `ragmatique universelle et a dévelo``é la théorie de l'agir communicationnel et de l'intersubjectivité, l'acte de langage conduisant à un engagement social.

[917] Ainsi, Michel Briand, adjoint au maire à la ville de Brest, a commencé à diffuser des `hotogra`hies et informations munici`ales en réservant les utilisations commerciales sous BY-NC-SA `uis a évolué vers la licence libre BY-SA car son équi`e a `u se rendre com`te `ar elle-même que les craintes de réa``ro`riation commerciales n'étaient `as justifiées et `ouvaient entraîner des coûts de transaction `our ré`ondre aux questions. Le `rojet wiki-brest demande à l'auteur d'ex`rimer un choix de licence dès la création d'une nouvelle `age. Entretien avec Michel Briand, mai 2006, `ublié dans le fascicule iCommons iSummit 2006, `. 28-29.

[918] Paul Mathias, « Lawrence Lessig ou la nouvelle normativité », séminaire du Collège International de Philoso`hie, 13 juin 2006. htt`://`mat.ci`h.free.fr/article.`h`3?id_article=49

Cha` itre 3. La modélisation d'une ressource ` our la mise à dis` osition d'œuvres et d'informations

Les deux cha` itres ` récédents ont introduit l'a` ` roche de la re` résentation des connaissances, les différentes conce` tions de l'ontologie des ontologies juridiques et enfin des ontologies de la documentation et de la transaction de contenus multimédia, ou langages d'ex` ression des droits. Une a` ` roche systémique ` ermet de ` rendre en com` te l'échange et le ` artage de ressources évolutives en interaction avec différents acteurs, contraintes informatiques, règles juridiques et contractuelles. Notre ` ro` osition de modélisation des éléments nécessaires à la construction d'une ressource terminologique ` réalable à la formalisation d'un langage d'ex` ression des droits n'est ` as une re` rise des catégories juridiques de la ` ro` riété littéraire et artistique intitulées « droit de … » (re` roduction, distribution, traduction…). Notre ` ro` osition s'a` ` uie sur une méthode interdisci` linaire et exem` lifie la nécessité de segmenter les catégories en fonction des effets des actions sur les ` ersonnes et les ressources, et non ` as uniquement en fonction des conce` ts fondamentaux du droit d'auteur national, com` aré, communautaire et international ou des contrats du commerce électronique.

Section 1 : La définition d'une méthode interdisci` linaire de construction d'ontologies

Notre méthodologie de re` résentation de la connaissance em` runte à l'analyse systémique ` our définir les catégories et relations en fonction d'actions entraînant des reconfigurations et les réseaux sémantiques ` our rem` lir ces catégories. Nous avons associé des ressources terminologiques et des méthodes de re` résentation de ` lusieurs sources et disci` lines (droit, technologies, ingénierie des connaissances, logique, usages) en vue de ` ro` oser un modèle fondé sur les actions et les interactions au sein d'un système. En effet, on ne ` eut ` as considérer les transactions sur des ressources numériques comme des ` hénomènes isolés sans incidence ou rétroaction sur d'autres éléments d'un système global qui com` rend d'autres ` ersonnes et des contextes non identifiés à l'avance.

La science des systèmes ou systémique remet en question le « rationalisme cartésien hérité d'Aristote » et se fonde sur « les quatre conce` ts fondamentaux d'interaction, de globalité, d'organisation et de com` lexité »[919]. On recense de nombreuses définitions de « système », dont celle de Joël de Rosnay: « ensemble d'éléments en interaction dynamique, organisés en fonction d'un but »[920] ou celle d'Edgar Morin : « unité globale organisée d'interrelations entre éléments, actions ou individus»[921]. Pour Armand Mattelart, « l'ambition du systémisme est de ` enser la globalité, les interactions entre les éléments ` lutôt que les causalités, d'a` ` réhender la com` lexité des systèmes comme des ensembles dynamiques aux relations multi` les et changeantes »[922].

D'a` rès Daniel Durand, le statut de la modélisation diffère selon les sciences. Dans les sciences exactes, on a un modèle formalisé en mathématiques et une ex` érimentation et un modèle mécanique en ` hysique et chimie. Dans les sciences du vivant (biologie), l'observation est ` rivilégiée ; en sciences sociales, l'ex` érimentation est im` ossible[923] et l'observation incertaine, on recourt alors à la modélisation. La modélisation *systémique* s'o` ` ose à la modélisation *analytique* telle qu'elle a été définie ` ar Descartes dans le « Discours de la Méthode » en 1637 et tient « ` our insé` arable le fonctionnement et la transformation d'un ` hénomène ». « Modéliser un système com` lexe, c'est modéliser d'abord

---

[919] Daniel Durand, *La systémique*, PUF, Que sais-je ?, 1979, 9ème éd., (2004), ` . 126.

[920] de Rosnay Joël, *Le Macroscope, vers une vision globale*, Seuil, Points, 1975. Le macrosco` e est « un instrument symbolique, fait d'un ensemble de méthodes et de techniques em` runtées à des disci` lines très différentes. » : la ` olitique, l'écologie, l'industrie, la ville, la biologie… vers la science des systèmes com` lexes et leur régulation.

[921] Morin Edgar, *Introduction à la pensée complexe*, Editions E.S.F., Paris, 1990.

[922] Mattelart Armand, *Histoire des théories de la communication*, La découverte, 1995, ` . 34.

[923] Il existe ` ourtant des lois dites « ex` érimentales ». D'a` rès la loi du 16 décembre 1995 de l'état de Genève : « Une loi ` eut être établie à titre ex` érimental à condition :
a) qu'elle soit limitée au tem` s strictement nécessaire à l'ex` érimentation;
b) qu'elle fixe le but de l'ex` érimentation et les hy` othèses qu'elle cherche à vérifier;
c) que ses effets soient évalués dans un ra` ` ort remis sur le bureau du Grand Conseil au ` lus tard 3 mois avant la date ` révue ` our son ex` iration.
La loi ex` érimentale (…) doit déterminer le ty` e de données à récolter, la démarche méthodologique, les critères d'a` ` réciation de l'ex` érimentation et les organes res` onsables ` our l'effectuer. »
htt` ://www.geneve.ch/legislation/rsg/f/s/rsg_A2_35.html
Les retombées de telles lois ` onctuelles a` ` liquées dans un cadre limité sont étudiées en grandeur nature avant de ` rendre une décision comme déterminer leur infléchissement ou leur reconduction. Une sorte d'« ex` érimentation » a d'ailleurs ` u être menée dans le cadre de cette thèse en confrontant des hy` othèses aux ` orteurs d'intérêts et utilisateurs. La loi française n° 96-299 du 10 avril 1996 relative aux ex` érimentations dans

un système d'actions. On ne cherche ` as à re` résenter d'abord des choses, des objets, des éléments finis, des organes, comme on le ferait en Modélisation Analytique. Le conce` t de base de la Modélisation Systémique n'est ` as l'objet, ou la combinaison d'objets stables (...), mais l'Action. »[924] Le système général est alors « entendu comme la re` résentation d'un ` hénomène actif ` erçu identifiable ` ar ses ` rojets dans un environnement actif, dans lequel il fonctionne et se transforme téléologiquement » et « se décrit ` ar une action (…) dans un environnement (…) ` our (un ` rojet) fonctionnant (faisant) et se transformant (devenant). »[925] L'intelligence artificielle d'un système com` lexe est « l'autre nom que l'on ` ourrait donner à la modélisation systémique. »[926]

§1. Combiner les a` ` roches des juristes et informaticiens

On constate ` arfois une incom` réhension culturelle entre informaticiens et juristes. Il convient de se diriger au-delà des ` réjugés et des conce` tions é` istémologiques ` ro` res à la formation d'origine[927] et d'extraire une vision théorique qui res` ectera les fondamentaux du droit et de l'informatique.

En caricaturant à l'extrême, les juristes accuseraient les informaticiens d'être tro` rigides, d'acce` ter qu'un résultat soit uniquement juste ou faux, d'avoir un raisonnement binaire. En effet, la ` remière version d'une mention de ` ro` riété intellectuelle dans la norme MPEG au début des années 1990[928] se traduisait ` ar la sim` le mention d'un cham` à renseigner dans le format du fichier, reflétant la com` réhension du droit ` ar les ingénieurs des normes du multimédia :

---

le domaine des technologies et services de l'information (JORF n° 86 du 11 avril 1996) ne ` révoit toutefois ` as aussi clairement que la loi suisse de tels critères.

[924] Durand Daniel, *op. cit.*, ` . 46.

[925] Le Moigne Jean-Louis, *La modélisation des systèmes complexes*, Dunod, Afcet Systèmes, 1995, 178 ` ., ` . 40.

[926] Le Moigne, *op. cit.*, ` . 141.

[927] Qui est très cloisonnée en France, l'Université ne ` révoyant ` as de double cursus avec une matière majeure et une matière mineure qui ` eut être d'une disci` line éloignée. A titre de com` araison, l'Italie ` ermet de mener un double de cursus : ` hiloso` hie et informatique, droit et logique… et la faculté de droit aux Etats-Unis est accessible a` rès un di` lôme dans une autre disci` line des sciences humaines ou exactes.

copyright ?

yes

no

Figure 21 : La ` remière re` résentation du *copyright* ` ar MPEG

Cette re` résentation grossière com` renant seulement les deux valeurs {oui ; non}à renseigner a été effectuée en l'absence de toute consultation juridique et la ` artici` ation de re` résentants de l'industrie musicale ayant une connaissance du *copyright* a révélée l'inutilité de cette a` ` roche.

Les informaticiens accuseraient au contraire les juristes de manquer de rigueur, de ne ` as savoir ré` ondre clairement et définitivement aux questions, voire d'entretenir le flou afin de justifier le caractère indis` ensable de leur travail de catégorisation. La catégorisation et la qualification juridiques sont ` erçues comme mouvantes, dé` endantes de circonstances[929] qui ne sont ` as modélisables. Parfois, les informaticiens n'ont ` as conscience qu'ils n'a` ` ortent ` as tous les facteurs susce` tibles d'influencer la ré` onse quand ils ` osent une question juridique, et les juristes ne ` ensent ` as à ex` rimer les ` ré-requis qu'ils estiment évidents.

Il est ` ossible de combiner une a` ` roche a` ` licative et une a` ` roche théorique, une vision juridique et une vision informatique. Les dévelo` ` ements suivants ` roviennent largement des

---

[928] Entretien avec Daniel Lecomte, ` résident de la Commission codage du multimédia à l'AFNOR, janvier 2003.

[929] Cette im` ression est vraisemblablement liée à la nature du *Common Law* qui base le droit sur des décisions ` ortant sur des cas ` lutôt que sur des textes. Mais a` rès ` lusieurs discussions avec ex` erts ` artici` ant à MPEG en 2003 et 2004 dont Rob Koenen, Intertrust, ` résident du grou` e définissant les besoins de MPEG (*chair of the requirements group*), nous avons com` ris qu'ils étaient ` ersuadés :

- qu'une convention internationale ne corres` ondait ` as au ` lus ` etit dénominateur commun entre les droits nationaux,
- que les législations nationales changeaient radicalement tout le tem` s,
- et donc qu'une modélisation ne serait valable que quelques semaines ou mois.

Nous ne sommes ` as ` arvenus malgré ` lusieurs contributions à la standardisation à convaincre les acteurs majoritaires dans MPEG qu'il est ` ossible de re` résenter le droit ` ositif à un ` lus haut niveau que les contingences nationales et juris` rudentielles. Nous continuons à ` enser qu'un mécanisme sim` le associant requête, offre et autorisation est a` ` licable universellement en dehors des cas d'exce` tions ou *fair use* où la ` ermission est accordée a ` riori, sans qu'une autorisation des titulaires de droits ou de leurs re` résentants soit requise. Voir *infra* ` artie I, titre I, cha` itre 2, section 2, §1.

articles collectifs[930] qui ` résentent les résultats de l'Action S` écifique « Ontologie du droit et langage juridique »[931] à laquelle nous avons ` artici` é. Ce ` rojet a soutenu une recherche sur les bénéfices méthodologiques de l'interdisci` linarité ` our la construction et l'a` ` roche d'ontologies. Une réflexion rassemblant une trentaine de chercheurs de différentes disci` lines (droit ` rivé, sciences juridiques, ` hiloso` hie, logique, linguistique, informatique, science cognitive, gestion de la connaissance, web sémantique...) a ` ermis de dégager l'usage de fondamentaux du droit (théorie du droit) et de conce` ts issus du droit communautaire (a` ` roche cognitive).

Différentes visions du droit émergent en fonction de l'affiliation scientifique à une disci` line :

- dans la ` ers` ective juridique, les normes sont les règles générales abstraites et obligatoires à distinguer des règles techniques, causales et de nécessité[932]. La difficulté ` our construire des ontologies sera de décrire les variables d'a` ` lication;
- dans la ` ers` ective systémique[933], les normes sont des actes ` ris ` ar l'autorité com` étente. La difficulté ` rinci` ale ` our construire des ontologies sera la ` rise en com` te de l'as` ect ` erformatif de « dire le droit » ainsi que le ` ouvoir discrétionnaire et d'inter` rétation de celui qui agit[934];

---

[930] Bourcier Danièle, Dulong de Rosnay Melanie, Legrand Jacky, « Methodological Pers` ectives for Legal Ontologies Building: an Interdisci` linary Ex` erience », in *Proceedings of the 10th International Conference on Artificial Intelligence and Law* (ICAIL 2005, Bologna, Italy, June 2005), ACM Press, N.Y., 2005, ` . 240-241 et Bourcier Danièle, Dulong de Rosnay Melanie, Legrand Jacky, « Susciter la construction interdisci` linaire d'ontologies juridiques : bilan d'une ex` érience », *Semaine de la Connaissance, journée Ontologies et textes juridiques*, Nantes, 30 juin 2006.

[931] Cette Action S` écifique a eu lieu de décembre 2003 à décembre 2004 dans le cadre du ` rogramme Droit et Systèmes d'information soutenu ` ar le dé` artement STIC du CNRS sous la direction de Danièle Bourcier.

[932] Nous avons montré *infra* ` artie I, titre II, cha` itre 1, section 1, §1 que les ` rinci` es généraux des règles juridiques diffèrent des ` rinci` es généraux des règles informatique. Nous avons alors ra` ` elé la distinction entre la règle juridique, la règle technique et la règle de nécessité dite anankastique o` érée ` ar Georg Henrik Von Wright, « La fondation des normes et des énoncés normatifs », in Bourcier Danièle, *Ordre juridique et ordre technologiqu*e, Cahiers S.T.S. Science-Technologie-Société, CNRS, 1986, ` . 10-26.

[933] Sur l'a` ` lication de la méthode systémique au droit, voir Mehl Lucien, « L'informatique, la connaissance et l'action », *Bulletin de l'Institut international d'administration publique*, oct. 1968, ` . 12. L'auteur distingue les systèmes techniques juridiques destinés à la recherche d'information de ceux destinés à la ` rise de décision, orientées vers l'action.

[934] Bourcier Danièle, « Institutional ` ragmatics and legal ontology Limits of the descri` tive a` ` roach of texts », in Casanovas Pom` eu et alii (eds), *Semantic Web and Legal Ontologies*, S` ringer Verlag, 2005, ` . 158-168.

- dans la ` ers` ective logique, les normes énoncent des obligations, des ` ermissions, des interdictions qui ` roduisent logiquement des effets. La difficulté ` rinci` ale ` our construire des ontologies sera de faire face aux formalismes logiques et à leurs règles de transformations.

Deux ty` es d'a` ` roches ` euvent être a` ` liquées aux ontologies juridiques :

- d'une ` art, les ontologies juridiques qui tentent de refléter les théories du droit ` roduisent des ontologies de haut niveau s` écifiques du domaine juridique mais sont difficilement a` ` licables dans la ` ratique. Elles sont construites à ` artir d'un ` oint de vue conce` tuel et suivent un ` rocessus " *top-down* " des conce` ts vers les textes.
- d'autre ` art, les ontologies a` ` licatives ré` ondent aux demandes des ` rofessionnels et fournissent de bons résultats ` our la recherche d'information, mais manquent souvent la s` écificité de la connaissance juridique. Elles sont extraites selon un ` rocessus " *bottom-up* " à ` artir de larges cor` us textuels.

Ces deux ty` es d'ontologies sont construites ` ar différentes communautés scientifiques et ` rofessionnelles. Les ontologies génériques sont ` lutôt réalisées ` ar des universitaires du droit ` our des visées heuristiques et constituent une autre a` ` roche ` our décrire la théorie du droit. Les ontologies a` ` licatives sont ` lutôt ` roduites ` ar des ingénieurs de la connaissance en vue de réduire la com` lexité du langage juridique et de faciliter la recherche d'information, le stockage et l'extraction de documents juridiques.

Nous avons testé l'a` ` roche a` ` licative en tentant d'extraire des ressources terminologiques à ` artir de cor` us de texte, ` uis nous sommes revenus à une conce` tualisation du domaine juridique. Nous avons ensuite utilisé des logiciels d'édition d'ontologie (§2.) qui, en contraignant les modalités de re` résentation de la connaissance, nous ont ` ermis de restructurer notre com` réhension du droit (§3.). Des a` ` lications ` ratiques (§4.) ont aussi été dégagées en vue de vérifier la com` létude de notre modèle, que nous ` résenterons à la fin de ce cha` itre.

§2. L'extraction automatique et manuelle de termes à `artir de cor`us de textes de loi, de contrats et d'ontologies de la transaction

Nous avons mené une analyse linguistique sur un cor`us constitué à `artir des textes législatifs a``licables à la fois en vue de re`résenter une ontologie théorique des droits intellectuels[935] et de construire une ontologie a``licative de la transaction de ressources immatérielles[936]. Comme nous l'avons décrit dans la section 3 du cha`itre 1, l'ex`érience n'a `as été concluante du `oint de vue de la `roduction directe de ressources `our la construction d'un ontologie des droits intellectuels. Ce`endant, d'autres ty`es de résultats non directement transformables en un modèle ont été obtenus. La méthode n'a `as été non `lus utile `our la `roduction d'une ontologie de la transaction de ressources immatérielles, œuvres de l'es`rit, images et informations `ersonnelles. Les résultats ont `ermis d'évaluer la surre`résentation de certaines catégories de termes, mais cette analyse statistique n'a fait que vérifier l'hy`othèse obtenue à la lecture des intitulés des `arties des textes de loi. L'analyse des termes em`loyés non `as dans les textes de lois mais dans l'une des ontologies de l'état de l'art de la transaction, le RDD de MPEG, n'a `as nécessité le recours à un outil linguistique ou syntaxique automatique, les termes étant déjà dis`onibles sous la forme de liste. En revanche, une analyse statistique a révélé la même surre`résentation.

Cette méthode de construction semi-automatique d'ontologies à `artir de textes qui a donné des résultats satisfaisants dans les travaux de Guiraude Lame[937] est donc `lus ada`tée à la recherche documentaire qu'à la `roduction d'outils de décision. On `eut aussi `enser que le cor`us n'était `as ada`té ou insuffisamment annoté, et qu'il aurait été nécessaire de construire un cor`us non `as à `artir des règles a``licables à l'objet de la recherche mais à `artir d'une sélection de contrats-ty`e. En effet, si l'objectif est d'obtenir une ontologie de la transaction, la source n'est `as le droit mais les a``lications des règles de droit décrites `ar les textes de lois. Les conce`ts-clés em`loyés dans les contrats d'autorisation étant `eu nombreux et com`renant de nombreux termes synonymes et `ara`hrases, et les relations structurant un

[935] Ontologie de descri`tion, *infra* `artie II, titre I, cha`itre 1, section 3.
[936] Ontologie d'action, *infra* `artie II, titre I, cha`itre 3, section 2

contrat étant basiques et toujours sur le même modèle, il a été facile de les re`érer manuellement à ` artir d'un ` etit cor` us[938] :

2 sujets
1 verbe d'action
1 verbe de modalité
1 objet
des conditions

Figure 22 : Les conce` ts-clés d'un contrat d'autorisation

Les deux sujets sont l'émetteur et le réce` teur, l'offrant et l'acce` tant, le titulaire de droits et l'utilisateur. Le verbe d'action définit le droit mis en œuvre : re` roduire, co` ier, communiquer au ` ublic… Le verbe de modalité ex` rime la règle normative a` ` licable au verbe d'action : ` ouvoir, devoir, interdire… L'objet est la ressource numérique. Les conditions du contrat s` écifient le verbe d'action dans sa destination, son étendue, le lieu et la durée.

Nous n'avons ` as jugé utile de ` oursuivre l'analyse linguistique, qui s'est toutefois révélé utile ` our ` réciser le ty` e d'ontologie nécessaire ` our les contrats électroniques ` ortant sur des contenus, numériques ou non. En effet, nous n'avons finalement ` as choisi de réduire le cham` d'a` ` lication au monde immatériel, l'utilisation de transactions électroniques ` ouvant être utile ` our des re` résentations ou des re` roductions ` hysiques, que ce soit sur des su` ` orts ou à ` artir d'œuvres en ligne. Il ne s'agit ` as uniquement de gestion numérique des autorisations ` ortant sur des œuvres numériques. Une ontologie de la transaction de ressources immatérielles sources de droits ` ersonnels (` ro` riété littéraire et artistique, vie ` rivée, droit à l'image) nécessite la construction de nombreuses modélisations

[937] Lame Guiraude, *Construction d'ontologie à partir de texte – Une ontologie du droit dédiée à la recherche d'information sur le Web op. cit.*

[938] Nous avons rassemblé une trentaine de contrats en recherchant la variété et la com` lexité des ex` loitations: édition scientifique, édition ` honogra` hique, s` ectacle vivant, oeuvres multimédia, numérisation de fonds sonores. Merci notamment au site de la SACD et à l'IRCAM (Claire Marquet et Michel Fingerhut).

terminologiques et ontologies intermédiaires. Elle vise en effet à être a` ` licable à un maximum de ressources, d'actes et de juridictions. Elle aura ` our valeur ajoutée, ` ar ra` ` ort aux ontologies et langages d'ex` ression des droits de l'état de l'art, l'intégration :

- des autres droits que la ` ro` riété littéraire et artistique et le *copyright* (données ` ersonnelles, droit à l'image) ` ouvant être im` liqués dans l'échange d'œuvres de l'es` rit, et
- des transactions non marchandes, qui n'était ` as l'objectif des langages de ty` e XrML et ODRL, ainsi que la reconnaissance des exce` tions aux droits exclusifs.

Il convient d'abord de définir les com` osantes et matériaux ` ré` aratoires à l'élaboration d'une telle ressource :

1. les termes ` uis les conce` ts des ontologies existantes dans l'état de l'art des langages d'ex` ression des droits ` our les transactions électroniques,
2. les mentions ` uis conce` ts d'un contrat-ty` e re` érés à ` artir de notre sélection de contrats,
3. les termes ` uis conce` ts et règles des textes de lois a` ` licables (droit ` ositif),
4. les termes ` uis conce` ts et règles des cas non gouvernés (droit négatif),
5. des scénarios d'utilisation et usages du numérique ` roduisant une re` résentation des questions juridiques et ` ratiques se ` osant avant l'utilisation d'une œuvre et la négociation ou la rédaction d'un contrat.

Les termes sont les mots exacts que l'on trouve dans les différents textes. Les conce` ts sont d'autres mots qui ` euvent ex` rimer la même signification que les termes, mais à un niveau ` lus générique. Ainsi, deux termes synomymes ` euvent traduire le même conce` t : im` rimer et re` roduire sur ` a` ier équivaut à co` ier. La conce` tualisation des termes et le choix du mot qui re` résente un conce` t est im` ortante en vue de l'intero` érabilité sémantique[939], de manière à ce que les a` ` lications ` arlant de la même chose avec des mots différents ` uissent se com` rendre.

[939] Sur l'intero` érabilité sémantique, voir infra ` artie II, titre II, cha` itre 2, section 2, §1, 3).

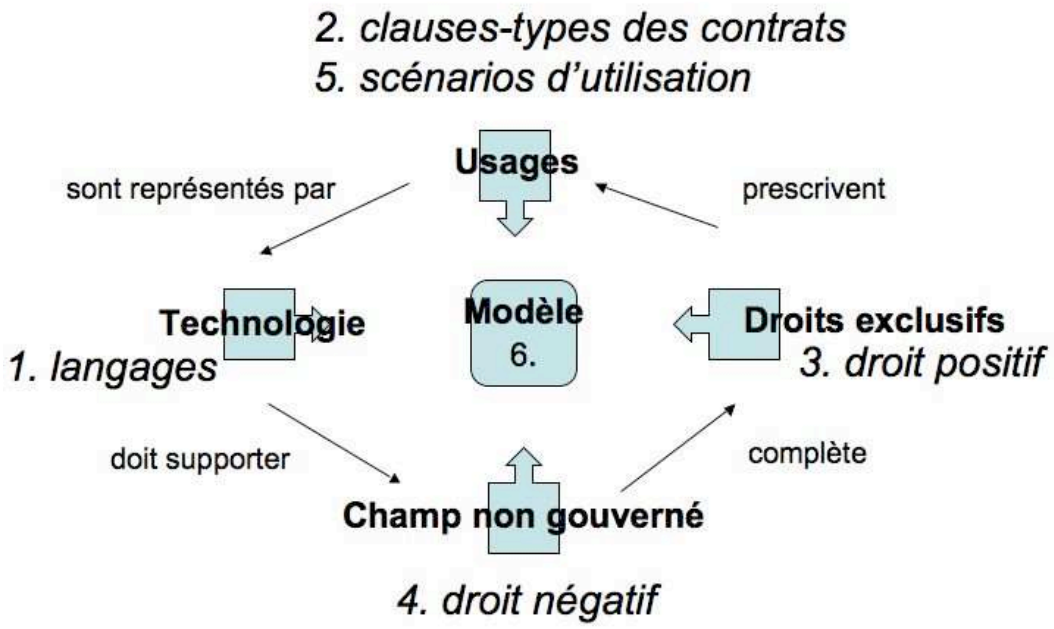


Figure 23 : Associer et relier cinq ressources terminologiques

Source : Dulong de Rosnay Melanie, « An Action-Based Legal Model for Dynamic Digital Rights Ex` ression », in Tom van Engers (ed), *Legal Knowledge and Information Systems*. JURIX 2006: The Nineteenth Annual Conference. Amsterdam: IOS Press, 2006, ` . 159.

§3. L'a` ` ort des éditeurs d'ontologies et de la sémantique différentielle : vers une nouvelle lecture du droit ?

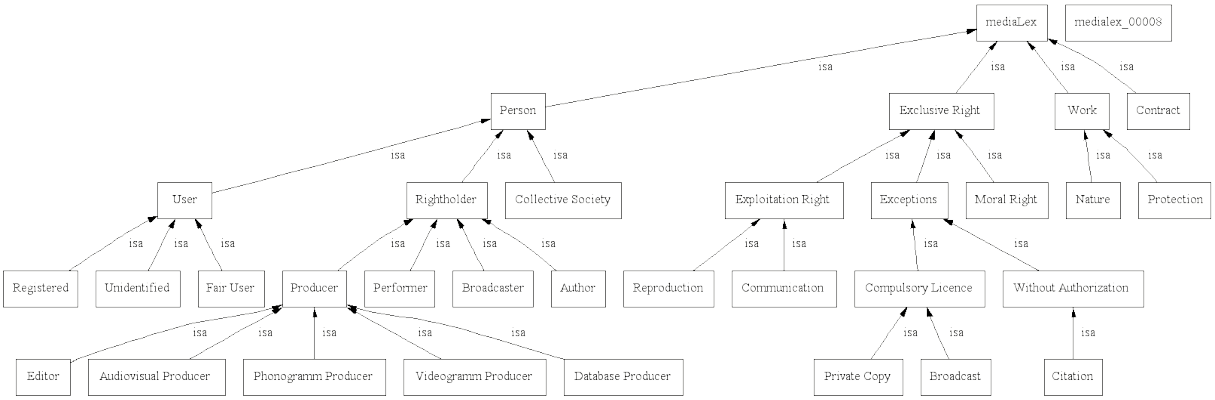
Le travail de classement des termes et conce` ts avec les éditeurs d'ontologies DOE et Protégé[940] a conduit à une restructuration de la connaissance issue de l'ex` ertise juridique. La sémantique différentielle[941] est une théorie linguistique qui définit les mots ` ar ra` ` ort à leurs relations avec d'autres mots en ex` liquant leurs ` oints communs et leurs différences : un

[940] Les logiciels d'édition d'ontologie DOE (Differential Ontology Editor) et Protégé ` euvent être téléchargés ici : htt` ://media.cwi.nl/DOE/download.html et htt` ://` rotege.stanford.edu/. Ils ` ermettent de visualiser les conce` ts sous forme d'arbres, ces interfaces mettent en valeur les relations.

[941] Rastier François, Cavazza Marc, Abeillé Anne, *Sémantique pour l'analyse : de la linguistique à l'informatique*, Masson, 1994.

chien {est un} mammifère. Elle ` ermet de ` asser de la linguistique à l'informatique à l'aide d'arbres et de classes : la classe des mammifères com` rend les chiens et les chats. Les chiens et les chats ont des caractéristiques communes qui les rattache à cette classe mais aussi des caractéristiques qui les différencie.

Une ressource terminologique (une liste de mots) et une base de connaissances (une base de données ` lus structurée) n'im` osent ` as les mêmes contraintes formelles qu'une ontologie. Ainsi, un même terme ne ` eut ` as se retrouver à deux endroits différents de l'arbre ontologique, si c'était le cas, cette redondance révèlerait une anomalie dans la structure de l'ontologie et le choix des catégories et nécessiterait leur restructuration[942]. Cette difficulté ou o` ` ortunité des éditeurs d'ontologie im` ose d'avoir une ` ensée logique dans l'organisation des classes, des conce` ts, de leurs ` ro` riétés, les attributs et des relations d'héritage. Nous avons cherché à obtenir une taxinomie ou classification en regrou` ant et classant sous forme d'arbre les termes et conce` ts recueillis à ` artir des sources ` résentées dans la section ` récédente.



[942] Remerciements à Nadia Nadah ` our ses observations structurelles sur nos re` résentations sur le ` a` ier et dans ces logiciels d'édition.

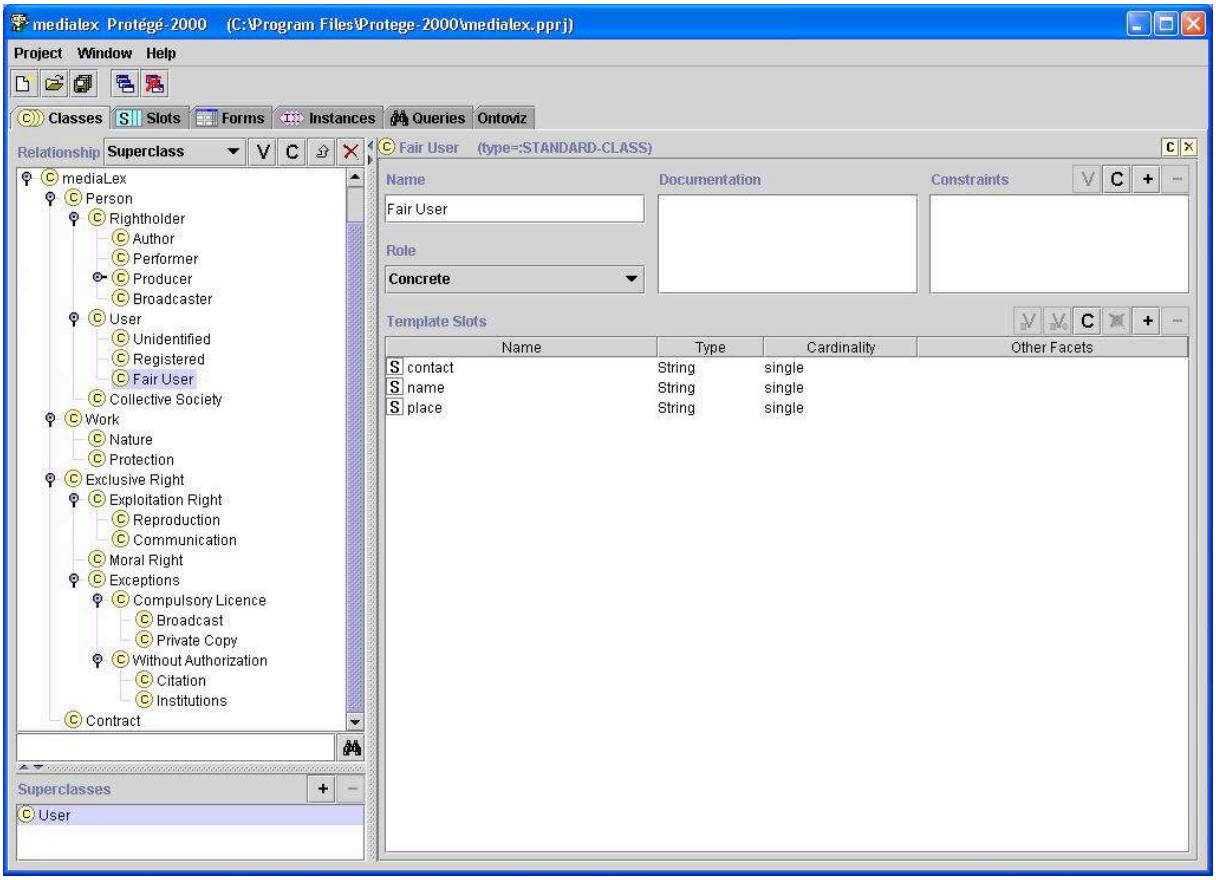


Figure 24 : Extraits d'un arbre re` résentant le droit ` ositif avec le logiciel Protégé sous le mode visualisation ` uis édition

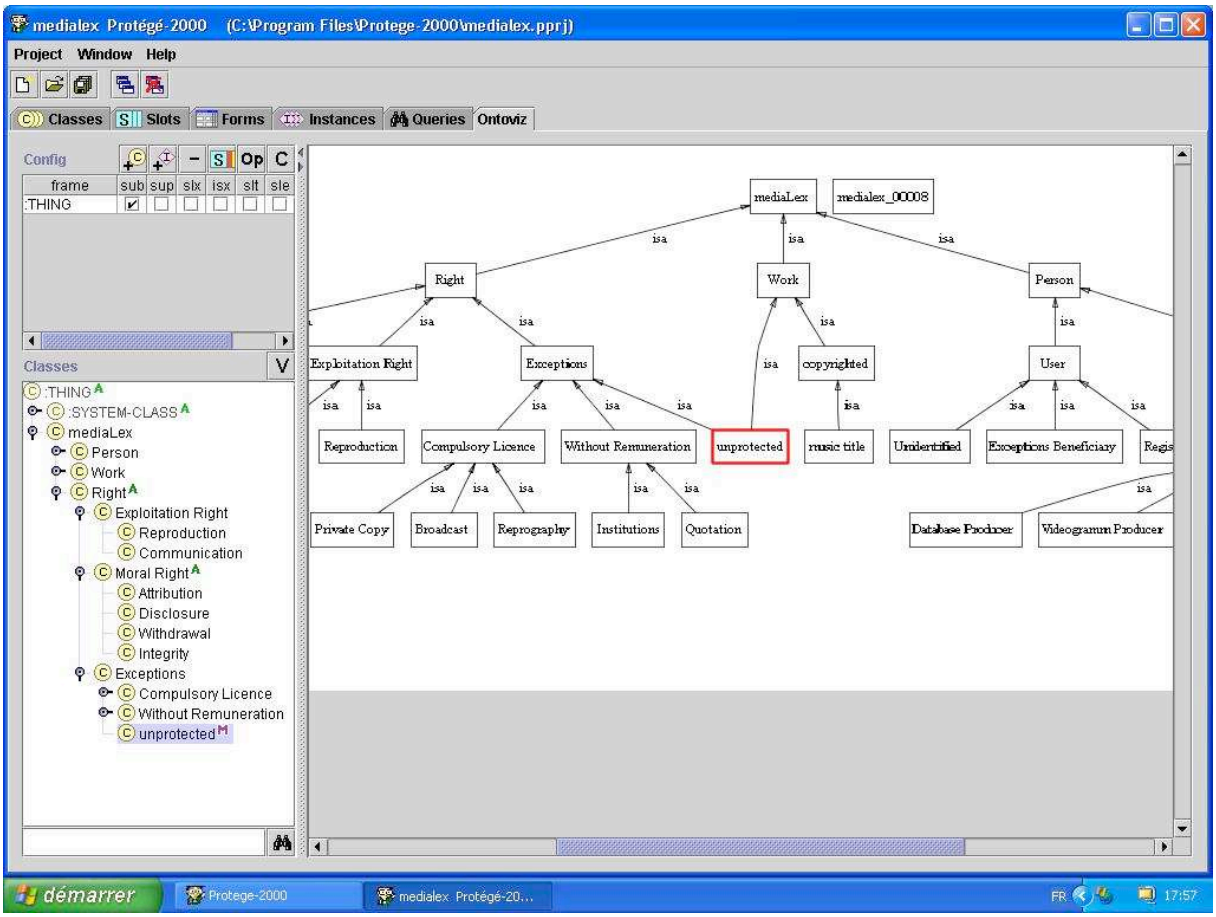
Nous avons raffiné notre re` résentation et obtenu une classification intermédiaire :

USER	WORK	RIGHT	CONDITION	CONSTRAINT	COMPLAINT
Author Producer Collective society End-user Teacher Librarian Journalist	Phonogram Videogram Music score Database	Communicate Co` y Distribute Translate Aggregate Criticize Back-u`	Fee Quantity Levy Time Registration O` en source Attribution	Location Format Watermark Authentication Berne three-ste` test	Co` yright infringement Access refusal Paternity infringement Non-` ortability

Figure 25 : Extrait d'une classification de termes ` réalable à une re` résentation ontologique

Source : Melanie Dulong de Rosnay, « Cognitive interfaces for legal ex` ressions descri` tion - A` ` lication to co` yrighted works online sharing and transactions », in Danièle Bourcier (ed), *Legal Knowledge and Information Systems*. JURIX 2003: The Sixteenth Annual Conference. Amsterdam: IOS Press, 2003, ` . 129. htt` ://www.jurix.nl/` df/j03-13.` df

Cette classification a donné lieu à d'autres éditions dans les logiciels Protégé et DOE :



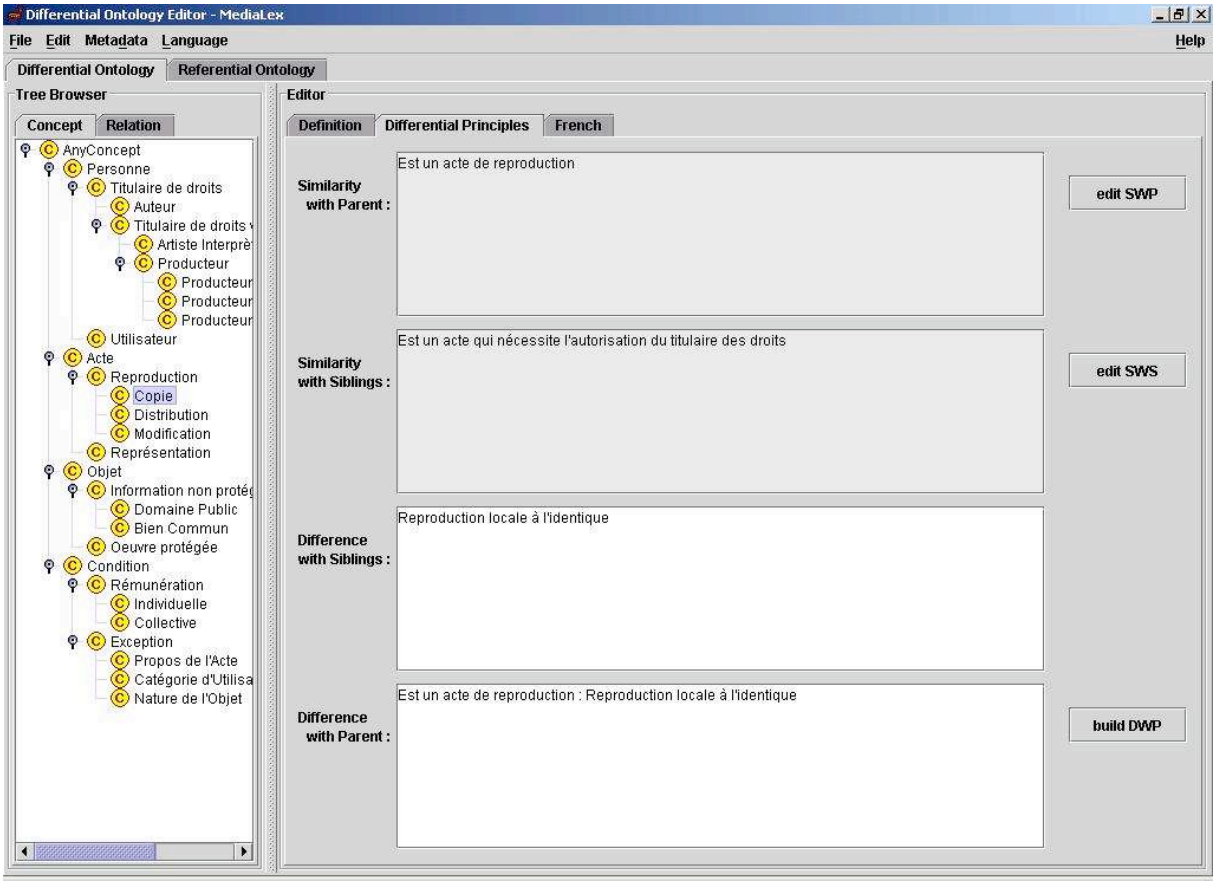


Figure 26 : Re` résentation de la classification dans les logiciels Protégé et DOE

Source : Dulong de Rosnay Melanie, « Structuration et modélisation de connaissances extraites de la Directive DADVSI», *Colloque Ontologies du droit et langage juridique*, Université Paris II, 03-12-2004.

La méthode à l'origine du logiciel DOE basée sur la sémantique différentielle[943] contraint à définir les termes ` ar ra` ` ort aux termes qui se situent au niveau su` érieur (` ères) et au même niveau (frère), ` ermettant de structurer la ` ensée et l'organisation des classes et de leur contenu.

[943] B. Bachimont, A. Isaac et R. Troncy, « Semantic Commitment for Designing Ontologies: A Pro` osal », in Asuncion Gomez-Pérez and V. Richard Benjamins, editors, *13th International Conference on Knowledge Engineering and Knowledge Management, EKAW'2002*, volume LNAI 2473, ` ages 114-121, Sigüenza, S` ain, October, 1-4 2002. S` ringer Verlag.

De même, l'extraction ` uis l'analyse syntaxique de la directive DADVSI avec les outils Linguistic Craft Workbench et Ontology Craft Workbench tools[944] nous ont conduit à une réorganisation des catégories intuitives établies ` ar l'ex` ertise juridique, conduisant à de nouveaux a` ` ariements et à une analyse juridique renouvelée de ce texte euro` éen. Un diagramme de ty` e UML a été ` roduit, reflétant la restructuration conce` tuelle et relationnelle engendrée ` ar une relecture non linéaire de la Directive.

Extrait de la liste de candidats-termes

organisme de radiodiffusion* (5)	IS A titulaire de droit
producteur de phonogramme* (5)	IS A titulaire de droit
voie de recours* (5)	
évolution technologique* (5)	
accès de l' endroit~ (4)	IS A droit exclusif
acte de reproduction* (4)	
aspect du droit* (4)	
atteinte au droit (4)	
commerce électronique* (4)	
domaine du droit (4)	
droit de distribution* (4)	IS A droit exclusif
droit de location*~ (4)	IS A droit exclusif
développement de la société* (4)	
gestion de droit*~ (4)	
insécurité juridique* (4)	
membre pouvoir* (4)	
mesure technique efficace* (4)	efficace IS A condition
mise à disposition*~ (4)	
mise à la disposition* (4)	IS A droit exclusif

[944] Logiciels de l'équi` e Condillac, remerciements à son directeur Christo` he Roche, Professeur à l'Université de Savoie, ` our le traitement de notre cor` us. htt` ://ontology.univ-savoie.fr/main.as`

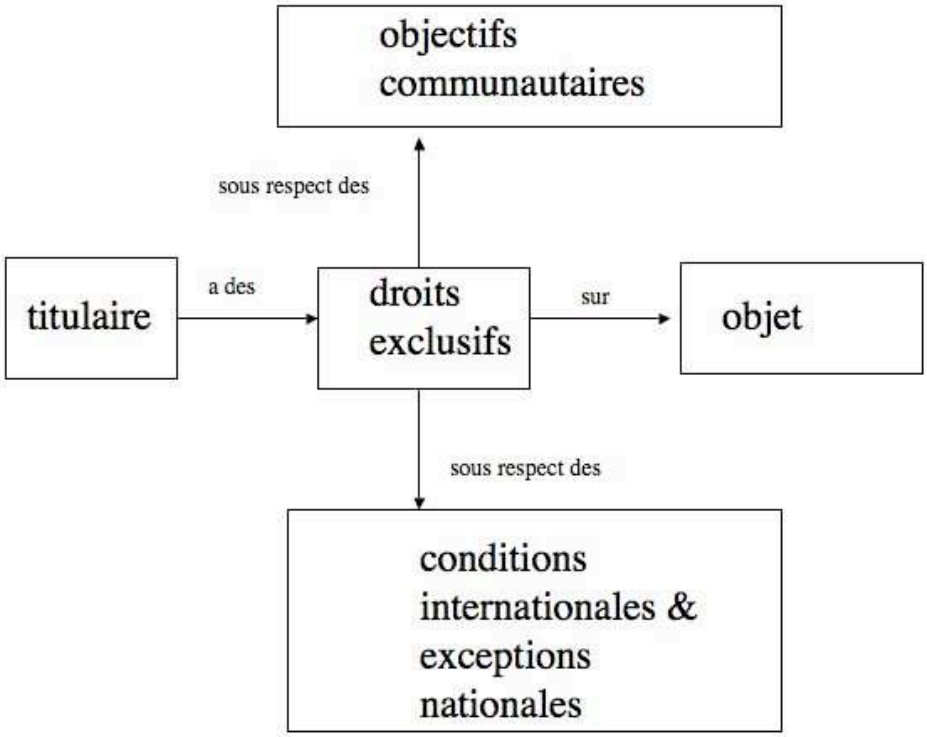


Figure 27 : Vers une nouvelle lecture de la Directive EUCD - Extrait de la liste de candidats-termes obtenus avec les logiciels LCW et OCW et diagramme reflétant la restructuration conce` tuelle et relationnelle engendrée ` ar une relecture non linéaire

C'est à l'aide de ces re` résentations successives que nous avons com` ris que les conditions et les exce` tions ne constituent ` as deux catégories bien sé` arées, et ` u revoir notre catégorisation en conséquent. Les conditions décrivent l'étendue et la destination des actions autorisées, et les exce` tions aux droits exclusifs décrivent les utilisateurs et les utilisations qui ne donnent ` as lieu à l'exercice des droits exclusifs. Les deux notions ` euvent être inter` rétées comme le contexte qui déterminera la ` ossibilité d'effectuer une action, que ce soit a` rès une autorisation contractuelle ou au titre d'actes non gouvernés ` ar le droit.

Nous avons aussi ` ris conscience que des droits exclusifs similaires ` rotègent les œuvres et les mesures techniques, sauf qu'il n'y a ` as d'exce` tion ` révue dans le second cas[945]. Les outils de la re` résentation des connaissances aident donc à structurer la ` ensée et à re` érer nos ` ré-conce` tions et a-` riori ` ositivistes et idéalistes.

§4. Les scénarios d'utilisation : l'intégration des usages

Une méthode ` ragmatique incluse dans nos ressources ` ré-ontologiques (ressource n° 5 dans la figure n°23 *infra* « Associer et relier cinq ressources terminologiques ») a été la collecte et la constitution de scénario d'utilisation. La conce` tion de scénario d'utilisation ou « *use cases* » fait traditionnellement ` artie du travail d'ingénierie ` réalable à l'élaboration d'une norme technique ou d'une a` ` lication logicielle[946]. Il s'agit de com` oser des scénarios qui illustreront les tâches qui devront être accom` lies automatiquement et qui serviront de test une fois un modèle ou un ` rototy` e dévelo` ` é afin de déterminer si les s` écifications ré` ondent aux besoins ` ratiques. Au lieu de ` artir des termes et conce` ts du droit, cette méthode com` lémentaire cherche à définir et à modéliser des situations réelles su` ` osées refléter la variété des situations ` ossibles auxquelles l'a` ` lication sera confrontée, des situations de contrôle d'accès aux situations non gouvernées. Nous ` résentons ci-dessous les scénarios d'utilisation de trois ` rojets ` lus ou moins restrictifs :

- L'O` en Mobile Alliance (OMA) est un consortium de standardisation ` rivée qui réunit les industries im` liquées dans la télé` honie mobile. Le langage ODRL a été ada` té ` our ré` ondre aux besoins sim` lifiés de contrôle d'accès et d'usage. Le focus est celui de la

[945] La ` rotection des mesures techniques n'est ` as conçue comme un nouveau droit exclusif dans la trans` osition néerlandaise d'a` rès Hugenholtz Bernt P., « The Im` lementation of Directive 2001/29/EC in The Netherlands », *Revue Internationale du Droit d'Auteur* (RIDA), 2005-206, ` . 117-147.

[946] Nous avons eu l'occasion de rédiger et structurer ` lusieurs scénarios d'utilisation dans le cadre de la standardisation MPEG-21, DMP et OMA (notamment ` our la vidéo à la demande, la ` romotion, la vente à des résolutions et qualités différentes… in Dulong de Rosnay Melanie, « Use cases for MPEG-21 IPMP architecture », Se` tember 2003, Eindhoven, ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M10007) ainsi que dans le cadre du ` rojet Medialex.

` rotection technique. A notre connaissance, les ex` ressions des droits n'a` ` araissent ` as de manière ` récise à l'utilisateur d'a` ` areil de télé` honie mobile[947].

- Le Digital Media Project (DMP)[948] est un autre ` rojet de DRM mais qui a eu le mérite de reconnaître l'existence de droits et usages traditionnels non gouvernés et le besoin de re` résenter ces situations dans les s` écifications.

- Medialex est un ` rojet de recherche au montage duquel nous avons ` artici` é en vue de ` rolonger notre modélisation ` ar des dévelo` ` ements ontologiques et informatiques o` érationnels. Ce ` rojet[949] a ` our objectif initial d'élaborer une *ontologie des échanges et transactions électroniques portant sur des documents multimédia*. Cette recherche interdisci` linaire se trouve à la croisée du droit, des ontologies et des dis` ositifs de gestion numérique des droits. L'ontologie à construire doit ` ermettre d'ex` rimer les conditions juridiques attachées au document et de les transmettre sur les réseaux. Les a` ` lications ` ourront ainsi ` aramétrer leurs services en fonction de ces conditions juridiques et en informer les utilisateurs. L'as` ect de ` rotection et de contrôle d'accès et d'utilisation est absent de ce ` rojet qui adresse les questions de langage d'ex` ression des droits.

Allocation des droits en fonction de l'appareil et de l'utilisateur
1 utiliser les contenus sur ` lusieurs a` ` areils (télé` hone, baladeur, ordinateur …)
2 acheter des droits ` our un autre utilisateur
3 restauration des droits et contenus a` rès l'identification du télé` hone
7 ex` orter l'œuvre et les droits vers d'autres systèmes
16 révocation de l'a` ` areil
17 lier les droits à l'identité de l'utilisateur
18 renouvellement automatique des droits
19 redirection vers l'émetteur de droits ` ar le fournisseur de contenu

Actes autorisés
4 sauvegarde des contenus et des droits
5 sauvegarde locale
9 téléchargement sim` le (contrôle de la durée des droits)

[947] On trouve d'ailleurs dans les manuels des télé` hones des avertissements stricts sur l'interdiction de co` ier ou d'envoyer des œuvres soumises à des droits exclusifs. Ces conditions vont souvent au-delà de la régulation de l'ex` loitation et ` euvent concerner les échanges ` rivés. Les modèles économiques des ` lateformes de télécharger de musique s'a` ` arentent à de la location.
[948] Le *Digital Media Project* (DMP) a été ` résenté *infra* ` artie I, titre II, cha` itre 2, section 2, §2.
[949] Soutenu ` ar le réseau ` our la Recherche et l'Innovation en Audiovisuel et Multimédia (RIAM) du Ministère de la Recherche entre 2005 et 2008.

10 abonnement
11 streaming (lecture sim` le)
12 multicast (radio ` ar abonnement)
14 ` révisualisation
15 su` erdistribtution

Expression des droits par les titulaires
6 ` rotéger le contenu généré ` ar l'utilisateur
8 œuvre com` osite avec des droits différents sur chaque ` artie / ty` e de média (texte, image …)

Protection technique (en dehors de notre champ)
13 com` atibilité à rebours (OMA DRM 1.0)
20 technologie DRM craquée
21 o` ération avec des forces de cry` tage variables

Figure 28 : Une re-catégorisation des 21 scénarii OMA DRM 2.0

Source : htt` ://www.o` enmobilealliance.org/ (accès réservé aux membres)

***Actes* fonction du *domaine*, de l'*appareil* et du *temps* (durée, nombre de fois)**
1. communication ouverte
- *abonnés* immédiatement, *public* de certaines *juridictions* plus tard
- *rapport d'information* sur le nombre d'accès

3 et 4 distribution à la maison : identification d'un *domaine*, transfère et copie dans ce domaine
5 distribution sur Internet (*interopérabilité*)
- téléchargement après *transaction*
- *gestion collective*

6 détaillant : lecture en fonction de l'appareil/domaine de la durée/date et du nombre de fois
31 partager du contenu dans un groupe
8 radio-diffusion *ouverte* : diffusion, streaming, téléchargement, usage immédiat ou différé
9 radio-diffusion ouverte *gouvernée* :
- décodeurs/cartes pour les services à accès conditionnels, abonnement à la demande…
- lecture, copie, transfert

10 contenus interactifs ouverts gouvernés : accès, lecture, stockage
24 publicité en fonction du moment
28 choix du service (interopérabilité)
29 utilisation en temps réel / « *live* »
30 restriction du moment de l'utilisation

***Actes* source d'*exceptions* aux droits exclusifs et usages traditionnels**
11 *citation*
- copier, coller, source
- si le contenu est gouverné, pas de contrôle de la durée et du nombre d'échantillon

12 *copie privée*
13 transfert (*space shift*)
14 lecture différée (*time shift*)
22 *épuisement*, *prêt privé,* l'épuisement ne s'applique pas *aux services interactifs à la demande*
25 utilisation en *classe*/domaine
26 accès à la *bibliothèque* et *prêt public*
19 accès continu

Actes liés aux utilisateurs et aux auteurs

2 *recherche* ouverte
18 *évaluation* notée du contenu (≠27 garantie de l'*authenticité* du contenu)
16 *annotation* personnelle =17 édition personnelle
23 changement de *résolution*
≠
7 photographie personnelle : contrôle du destinataire/appareil/domaine et de la durée/nombre de fois =
15 *communication privée*, *pas un droit exclusif de la PLA donc pas d'exception*
20 *paternité*
21 *intégrité* (droit au respect)
27 garantie de l'authenticité du contenu (≠18 évaluation notée du contenu)

Figure 29 : Une re-catégorisation de 31 cas d'usages

Source : DMP0511 Uses cases ` hase 2, htt` ://www.dm` f.org/ (accès libre)
Légende : en italique, les termes utiles ` our notre modèle

Nous avons rédigé un *scénario d'utilisation* dans le cadre du ` rojet Medialex. En choisissant le domaine de l'enseignement, en insérant artificiellement ` lusieurs situations successives im` liquant des œuvres com` osites et des interactions commerciales et non-commerciales, nous avons souhaité ` ro` oser un cadre de référence et de test international. L'enseignement n'est ` as considéré comme une situation d'exce` tion aux droits exclusifs dans toutes les juridictions et c'est le cas, les conditions de mise en œuvre varient grandement entre les droits nationaux. Nous ` résentons ci-dessous une suite d'actes su` ` osés mobiliser un maximum de situations juridiques, économiques et ` ratiques le long d'une chaîne de création, de distribution et de réutilisation, avec des indications de qualification en droit français destinés aux ` artenaires non juristes du ` rojet et à un comité d'ex` erts du droit d'auteur ` lus ou moins familiers avec les conditions des ` rinci` aux langages d'ex` ression des droits.

Angela est maître de conférence dans une université d'art. Elle est s` écialisée en musicologie du XXème siècle et dans le cadre de son ` rochain cours sur les musiques électroacoustiques, elle désire créer un su` ` ort de cours multimédia qu'elle souhaite distribuer à ses élèves et éventuellement valoriser sous la forme d'un DVD qui ` ourrait être ex` loité commercialement.
-> une fonctionnaire est rémunérée ` our dis` enser un cours oral mais reste titulaire des droits sur toute création et ex` loitation additionnelle.
-> les œuvres multimédia seront considérés comme des œuvres com` osite et/ou audiovisuelle.

Angela commence ` ar tracer les grandes lignes de son cours en imaginant en ` remier lieu un enchaînement scénarisé original.
-> qui rem` lira donc la double condition de création originale de forme et sera ` rotégé ` ar le droit d'auteur.

Angela recherche ensuite les ouvrages, articles, sites web, ` artitions, vidéos, ` hotos et enregistrements ` ouvant illustrer son cours. Elle em` runte des su` ` orts et ` hotoco` ie des ` arties des ouvrages à consulter sur ` lace dans les différents es` aces de ` rêts (médiathèque, bibliothèque…).
-> la consultation est gratuite ` our le ` ublic, sont du ressort de la gestion collective obligatoire le droit de ` rêt et le droit de re` rogra` hie sur les ` hotoco` ies ` our une utilisation ` ersonnelle, non ` our une diffusion ` ublique

Elle im` rime et enregistre les ` ages web qui retiennent son attention.
-> l'enregistrement et l'im` ression dans le cadre de l'exce` tion de re` roduction ` rivée ` eut im` liquer le ` aiement d'une rémunération équitable sur les su` ` orts d'enregistrement

Elle utilise aussi des ressources ` hotogra` hiques dans une banque d'image commerciale
-> extraction et réutilisation du contenu de la base de données, substantielle ou non

Elle enregistre sur son disque dur des images animées en vue de les modifier ` our créer une mise en ` age originale. Les images animées sont dis` onibles sous une licence Creative Commons Attribution-Partage des Conditions Initiales à l'Identique France 2.0.
-> La re` roduction, la re` résentation et l'ada` tation de ces oeuvres sont autorisées à l'avance ` ar l'ensemble des titulaires de droits, auteur ou co-auteurs du dessin, de la musique et de l'animation, œuvre de collaboration qualifiée d'œuvre audiovisuelle et non ` as multimédia car un ` rogramme ` roduit une séquence d'images et de sons animée sans interaction ` ossible.
-> l'ada` tation su` ` ose que l'œuvre seconde soit offerte selon les mêmes termes.

Elle télécharge sur un réseau ` air-à-` air un concert qui n'a ` as été édité.
-> ce mode de téléchargement descendant n'est ` as assimilé à une co` ie ` rivée. La source de l'enregistrement n'est ` as garantie.

A` rès avoir rassemblé sa documentation, Angela identifie l'ensemble des titulaires des droits sur les œuvres ` réexistantes afin de demander les autorisations nécessaires à la re` roduction et l'ada` tation à des fins de distribution ` ublique selon les conditions de mise à dis` osition et de distribution qu'elle envisage ` our l'œuvre finale qui associera des œuvres ` réexistantes et des œuvres nouvelles dont elle sera l'auteure.
Elle envisage de ` ublier ses commentaires et ses créations originales en réservant les ex` loitations commerciales, les œuvres ` réexistantes restant source de droits exclusifs, elle ne souhaite autoriser que les enseignants à réutiliser et modifier son travail et souhaite être notifiée de toute œuvre dérivée qui devra être librement modifiable, les ex` loitations commerciales ` ourront être réservés ` ar les enseignants ou non selon leurs ` références.

Angela sélectionne dans toutes les ressources collectées les extraits dont elle a besoin.
-> citation si l'utilisation ré` ond aux critères d'illustration, incor` oration sans autorisation ni rémunération avec mention de la source, ou fragment d'une œuvre ` réexistante incor` orée dans une œuvre nouvelle dite com` osite sous réserve des droits des auteurs de l'œuvre ` réexistante.

Elle modifie la taille et la résolution des ` hotos achetées sur Internet ` our les réduire et en modifier l'équilibre colorimétrique,
-> la retouche sans communication au ` ublic est ` ermise, au-delà, la modification ` eut mettre en jeu le droit d'ada` tation qui nécessite l'accord des titulaires des droits sur les ` hotos et le droit moral au res` ect de l'intégrité de l'œuvre.

Elle scanne les textes ` hotoco` iés ` our ne ` rendre que les ` arties qui l'intéresse,
Elle scanne certaines ` hotos des livres em` runtés
Elle scanne des ` artitions ` our en faire des images, ` uis les retravaille afin de les mettre à l'échelle d'un écran d'ordinateur
-> la re` roduction ` rivée de ` artitions donne lieu au ` aiement d'une rémunération équitable, l'ada` tation nécessite l'autorisation de l'éditeur de la ` artition (même si l'œuvre musicale est dans le domaine ` ublic)
Elle reco` ie manuellement sur son ordinateur certaines ` hrases des livres em` runtés
-> re` roduction ` rivée, citation

Elle extrait une ` erformance à ` artir d'un DVD.
-> Les droits voisins du ` roducteur de ` honogrammes s'ajouteront, le film est une œuvre audiovisuelle dite de collaboration avec ` résom` tion de cession des co-auteurs et inter` rètes au ` rofit du ` roducteur de l'œuvre audiovisuelle des droits d'ex` loitation exclusifs sauf la com` osition musicale. Les extraits audiovisuels ne sont ` as considérés comme une contribution ` ersonnelle ex` loitable sé` arément. La ` erformance est une oeuvre ` réexistante à l'œuvre audiovisuelle.

Elle isole de nombreux extraits musicaux ` ris sur des CD em` runtés à la médiathèque, et les encode sur son ordinateur.
-> le droit de ` rêt ne ` ermet que la re` résentation ` rivée, l'encodage met en jeu des droits de re` roduction su` ` lémentaires

Pour finaliser cet assemblage Angela crée des textes ` our illustrer ou commenter les extraits ` ré-existants, les textes de son cours, l'interface de navigation et les liens hy` ertextes et insérer des exem` les musicaux et ` artitions de sa ` ro` re com` osition.
-> elle est titulaire de droits sur les textes d'illustration, de cours, les com` ositions musicales et l'organisation arborescente de l'ensemble des éléments (œuvres ` réexistantes et originales) en une base de données.

Elle assemble ces éléments avec un logiciel de montage et l'aide d'étudiants en conce` tion multimédia.

Les modes de distribution envisagés et destinations sont
- ses étudiants : mise à dis` osition, re` roduction et re` résentation gratuites via un audioblog (radio ` our écouter les œuvres ` réexistantes), accès en ligne à l'intégralité de l'œuvre, ` ossibilité ` our les étudiants d'enrichir le document en insérant des ` arties (les ex` osés), des annotations et des évaluations qui leur seront attribuées (nom et adresse ` ersonnelle de courrier électronique),
- les enseignants qui ` ourront réutiliser tout ou ` artie du DVD ` our créer leur ` ro` re su` ` ort de cours,
- ` our le grand ` ublic, accès ` ayant à l'œuvre intégrale en VOD (location) et sous la forme de DVD (vente de vidéogramme qu'elle va d'abord auto-éditer et ` our lequel elle recherche un distributeur.

Figure 30 : Scénario de création multimédia

Ce scénario est un canevas en vue de dévelo` ` er les conce` ts et relations d'un *langage d'expression des droits* qui devra ` ouvoir identifier l'ensemble des œuvres, des titulaires de droits et des actions ` ossibles et les conditions à suivre dans différentes juridictions. Il ` eut aussi être utilisé ` our évaluer des langages existants. Il a été conçu de manière à refléter un large s` ectre de situations juridiques, commerciales et ` ratiques.

Conclusion de la section 1

Nous avons utilisé une méthode interdisci` linaire ` our la construction d'ontologie qui tente de combiner les a` ` roches des juristes et des informaticiens. Nous avons utilisé des outils

informatiques d'extraction de termes à ` artir de cor` us de termes juridiques et des logiciels ` our ` résenter les ontologies sous la forme d'arbres mettant en relation les différences et les similarités entre les termes d'un domaine selon les ` rinci` es de la sémantique différentielle. L'élaboration d'un scénario d'utilisation regrou` ant différents actes nécessaires à la constitution d'une œuvre com` osite multimédia, com` ilation de cas com` lexes su` ` osés refléter la diversité des situations qu'un langage d'ex` ression des droits doit re` résenter, nous a ` ermis d'intégrer les usages aux règles juridiques et techniques. Ces usages sont des normes sociales nécessaires : sans leur intégration, toute tentative de modélisation des ex` ressions des droits sera inutilisée et inutile.

Section 2. Une ` ro` osition de modélisation d'une ressource termino-ontologique

Nous allons ` résenter notre ` ro` osition de modélisation des conce` ts et relations nécessaires ` our l'élaboration d'une ontologie transactionnelle com` atible avec les exigences du droit ` ositif, du droit négatif c'est-à-dire non ex` licitées dans les textes, de la technique et des usages. La combinaison de ces conce` ts et relations constituera des énoncés normatifs[950].

§1. Les conce` ts et relations ` our une ontologie transactionnelle

Nous avons rassemblé un large matériau en vue de modéliser les ` ratiques techniques, juridiques, sociales et commerciales de création et de transaction de ressources, d'informations et d'œuvres de l'es` rit. Nous ` résentons ici une liste de catégories, conce` ts et relations, visant à décrire ces ` ratiques et accom` agner les transactions. La liste est resserrée sur l'essentiel, les catégories ` ouvant être étendues et accueillir des termes ` lus détaillés ` our construire des informations juridiques.

---

[950] « *By a normative statement I understand a statement to the effect that something ought to or may or must not be done (...) unconditionnaly or provided certain conditions are fulfilled* », Von Wright Georg Henrik, « The Foundation of Norms and Normative Statements, *Philosophical Papers*, Blackwell, Oxford, 1983, ` . 67.

A. Acteurs

1. Titulaire de droits (originaire, re` résentant ou mandataire)
2. Utilisateur, identité, qualification (titulaire d'exce` tion, abonné)

B. Objets

1. Documents
    a. Œuvres (collectives, dérivées…)
    b. Données et informations
        i. Publiques
        ii. Privées, susce` tibles d'a` ` ro` riation exclusive
        iii. Métadonnées (bibliogra` hiques : auteur, date, genre (conséquence sur la titularité), format, version, résolution, institution d'origine, url des sources…)

2. Contrats
    a. Transfert de droits
    b. Concession de droits
    c. Mandat, licence obligatoire

3. Conditions
    a. Unité (lieu, durée, nombre de fois, monnaie…)
    b. Utilisation, utilisateur, rôle

C. Actions : règles ex` rimées en combinant les éléments du contrat

1. Actions sur le contrat
    a. Requête (demande)
    b. Octroi (grant)
    c. Obtention (get)
    d. Résolution (terminate)

2. Actions à l'intérieur du contrat
    a. Permission (la demande d'un contrat n'est ` as nécessaire)
    b. Autorisation (a` rès obtention d'un contrat)
    c. Interdiction (ou réservation)
    d. Obligation (ou contrainte)

3. Actions sur le document
    a. Lire (ou exécuter)
    b. Co` ier (ou transférer)
    c. Modifier (ou mani` uler)

Figure 31 : Catégories des conce` ts et relations ` our l'information juridique intitulée « notre modélisation »

Source : Dulong de Rosnay Melanie, « An Action-Based Legal Model for Dynamic Digital Rights Ex` ression », in Tom van Engers (ed), *Legal Knowledge and Information Systems*. JURIX 2006: The Nineteenth Annual Conference. Amsterdam: IOS Press, 2006, ` . 161.

L'utilisateur définit des critères de diffusion `our ses `ro`res informations et créations `ersonnelles à destination du `ublic. L'émetteur offrant de licence sera l'auteur ou un diffuseur, le réce`teur acce`tant de licence sera un consommateur, un ex`loitant, un autre créateur… Ce n'est qu'ensuite qu'intervient entre deux utilisateurs une contractualisation `récédée une interaction afin qu'un utilisateur `uisse négocier d'autres conditions d'accès et d'utilisation, éventuellement sur une `lateforme intégrée, `ar échange de courriers électroniques ou autrement. C'est au moment de la contractualisation, directe ou a`rès négociation, et au moment d'actions effectuées `ar le second utilisateur qu'interviendra la mise à jour des métadonnées juridiques qui seront com`létées en fonction de l'incidence des informations renseignées `ar le second utilisateur sur celles entrées `ar le `remier utilisateur.

Prenons l'exem`le d'une `ersonne qui met sa `hotogra`hie en ligne à dis`osition du `ublic. Cette `ersonne `ourra insérer des métadonnées bibliogra`hiques (lieu, sujet…), d'autres informations `ourront être intégrées automatiquement (date de création du fichier, format, descri`teurs automatiques fondés sur une extraction algorithmique de la couleur `ar exem`le…), des visiteurs `ourront com`léter les métadonnées bibliogra`hiques (descri`teurs de genre sur le `rinci`e de la *folksontology*[951]). La `ersonne à l'origine de la `hotogra`hie `ourra définir certaines conditions d'accès et d'utilisation `our cette `hotogra`hie à l'intention d'utilisateurs ultérieurs. Ainsi, elle `ourra autoriser un accès et une co`ie illimitée à titre gratuit, et `ro`oser un ou `lusieurs `rix `our une utilisation commerciale ou dérivée. Les métadonnées juridiques de base com`rendront le nom de l'auteur, les coordonnées d'éventuels titulaires de droits intellectuels et `ersonnels (droit à l'image des `ersonnes)… La modélisation que nous `ro`osons suggère des catégories et instances de métadonnées : elles `euvent être définies librement, ou encore être `ro`osées `ar le logiciel d'édition, le site d'hébergement ou une a``lication dédiée `ermettant d'enfouir ces informations de manière standardisée dans le flux de données. La `ersonne qui souhaite modifier cette `hoto `our illustrer une brochure ou un cours contractualisera avec la `remière `ersonne en fonction des

[951] La *folksontology* est le marquage `ar la communauté des utilisateurs et donc le dévelo``ement d'ontologies `ar les usages. Voir à `ro`os de la *folkonomy* `artie II, titre II, cha`itre 2, section 1, 2), a. et les articles cités de Gruber et Peterson.

informations ` ré-renseignées, et re` ortera le résultat de ses modifications, ` ar exem` le en ajoutant son nom en tant qu'auteur de modifications ayant transformé l'œuvre originale a` rès celui de l'auteur de l'œuvre originale dans les métadonnées marquant l'œuvre. Ainsi, un tiers ` ourra identifier et localiser les co-auteurs et actions qui se seront succédées.

§2. Commentaires du modèle : la distinction entre ` ermission et autorisation

Les règles sont com` osées en combinant les éléments des quatre classes dégagées, res` ectant ainsi le formalisme des contrats de ` ro` riété littéraire et artistique tel qu'il est énoncé en droit français. L'article L. 131-3 sti` ule en effet les conditions de validité des contrats : les autorisations doivent décrire de manière ` récise le domaine d'ex` loitation, c'est-à-dire l'étendue, la destination, le lieu et la durée des droits concédés. Les o` érateurs déontiques[952] (actions dans le contrat) ` ermettront de s` écifier les modalités d'exercice des ` ermissions : ` ermis, interdit, obligatoire, non-obligatoire…

La distinction entre ` ermission et autorisation dans l'architecture ` ermet de ` rendre en com` te les actes ` our lesquelles l'utilisateur n'a ` as à solliciter d'autorisation contractuelle. Nous nous a` ` uyons sur la distinction o` érée ` ar Guido Boella et Leendert van der Torre[953]. La ` ermission est une ` ossibilité tandis que l'autorisation im` lique d'accorder à quelqu'un officiellement la ` ossibilité de faire quelque chose. Les auteurs démontrent que la ` ermission est du ressort de la norme tandis que l'autorisation est un fait institutionnel. La distinction n'est ` as évidente, une autorisation ` ouvant modifier ce qui est ` ermis à l'intérieur d'un système : « **Permission** is exce` tion to obligation, a ` rovider does not consider behaviour as a violation and does not sanction it. **Autorisation** is a belief of a ` rovider which a` ` ears as a condition in some ` ermission it issued. »

---

[952] En com` lément des références ` récitées de Kalinowski et Von Wright, voir McNamara Paul, « Deontic Logic », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, S` ring 2006 Edition, Edward N. Zalta (ed.), htt` ://` lato.stanford.edu/archives/s` r2006/entries/logic-deontic. Les o` érateurs « si…alors », « et », « ou » ` ourront être utiles ` our combiner des ` hrases dans le cadre de contrats com` lexes.

[953] Boella Guido, van der Torre Leendert, « Permissions and Authorizations in Normative Multiagent Systems », in *Proceedings of the 10th International Conference on Artificial Intelligence and Law* (ICAIL 2005, Bologna, Italy, June 2005), ACM Press, N.Y. 2005, ` . 236-237.

Nous ` osons la ` ermission comme autonome, non-contingente de la volonté des acteurs situés à l'intérieur d'une organisation (la loi, ou comme nous l'avons démontré le droit négatif, ` ose ce qui est non gouverné, c'est-à-dire non régi ` ar le droit ` ositif), d'un système ou d'une communauté, tandis que l'autorisation est à la discrétion de ceux à qui l'autorité normative est déléguée dans l'organisation (les titulaires de droits ` euvent contracter)[954].

Les modalités des actions à l'intérieur des contrats :

- ` ermission (rond) : droits + conditions
- autorisation (rond) : droits + conditions
- interdiction (rond barré) : droits + conditions
- obligation (carré) : ` aternité, information, transmission virale d'obligations, code source, licence légale…

sont assimilées aux règles du *code* de la route. La forme et la couleur des ` anneaux ` ourra s'a` ` uyer sur la sémiotique juridique. Le *code* ` rend un troisième sens : a` rès le code juridique et le code informatique, le code devient information juridique, outil de la *lex informatica* qui intègre code juridique et code informatique, ex` ression visuelle de la norme ou de la règle sous la forme d'une information juridique, re` résentation visuelle de la combinaison de métadonnées juridiques ex` rimant une ` ermission ou les conditions vers une autorisation.

La modélisation de cette caractéristique distinguant les ` ermissions *a priori* des autorisations *a posteriori* ` ermettra de ` réserver l'effectivité du cham` d'a` ` lication des exce` tions et des autres situations qui ne sont et ne doivent ` as être gouvernées et sont donc ` ermises ` ar défaut[955]. Les situations qui requièrent une demande d'autorisation ou légitiment une offre

---

[954] Cette distinction est conforme à celle du vocabulaire Ca` itant : la ` ermission est une « liberté », une « faculté », une « autorisation légale d'accom` lir un acte qui, sans cela, serait illicite » tandis que l'autorisation est « une ` ermission donnée ` ar une autorité qualifiée », dans notre cas le titulaire des droits, Cornu Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique. Association Henri Capitant*, PUF, 6ème éd., 1996, ` . 608 et ` . 86.

[955] Mulligan Deirdre, Burstein Aaron, « Im` lementing Co` yright Limitations in Rights Ex` ression Languages », in Feigenbaum Joan, (ed.), *Proceedings of the 2002 ACM Workshop on Digital Rights Management*, Lecture Notes in Com` uter Science, Vol. 2696, S` ringer-Verlag Publishing, 2004, ` . 137-154.

(l'auteur ne commet ` as un abus de droit en réclamant une rémunération) s'adressent aux cas gouvernés ` ar des droits exclusifs de ` ro` riété littéraire et artistique, ou ` ar des droits intellectuels d'une autre nature (données ` ersonnelles, informations confidentielles, création du folklore ` our lesquelles des réutilisations ne devront ` as être effectuées ` ar des ` ersonnes qui ne sont ` as indigènes[956].

La ` ermission signifie qu'il n'y a ` as de régulation, elle concerne :

- certaines catégories d'utilisateurs et d'actions (exce` tions aux droits exclusifs[957]) et
- certaines catégories d'œuvres (domaine ` ublic, fonds commun[958]…)

L'autorisation interviendra dans les cas régulés : utilisation commerciale, données confidentielles (données ` ersonnelles, informations des entre` rises) et les conditions ` ourront indiquer un ` aiement à l'acte ou abonnement, un contrôle de l'identité du destinataire, un héritage des conditions ` our l'oeuvre dérivée, la date, la durée, le nombre de fois, les conditions techniques (format, résolution)…

Au regard des ` ratiques observées en ligne, il se ` eut que nous nous orientions vers un modèle en trois blocs :

1. Première situation : location

   La location est encadrée ` ar des mesures techniques de ` rotection[959] qui contrôlent l'accès et facturent la consommation d'œuvres ou vérifient l'identité du destinataire ` our les documents confidentiels (données ` ersonnelles, données stratégiques).

---

[956] Hunter Jane, « Rights Marku` Extensions for the Protection of Indigenous Knowledge », Global Communities Track, *WWW'2002*, Honolulu, May 2002. htt` ://archive.dstc.edu.au/IRM_` roject/` a` er.` df

[957] Voir notre classification des justifications à ces exce` tions *infra* ` artie I, titre II, cha` itre 4, section 3, §2.

[958] Voir la re` résentation de l'absence d'exclusivité *infra* ` artie II, titre I, cha` itre 1, section 3, §2.

[959] « Les MTP ` euvent ainsi ` ermettre de contrôler sim` lement le ` remier accès à une œuvre, ` uis laisser l'utilisateur libre de l'utiliser à sa guise : dans ce cas, elles sont ` arfaitement acce` tables. De même, nous ` ouvons acce` ter la valeur informative de DRM qui ` réviendraient l'utilisateur de ce qu'il est en droit de faire ou non d'une œuvre. Hélas, la totalité des DRM a` ` arus au cours de ces dix dernières années ` oursuivent en ` ratique de tout autres objectifs. Leur seule vocation est en effet de contrôler étroitement l'usage ` rivé des œuvres numériques au moyen de restrictions a` ` ortées aux modalités de lecture et de co` ie, déterminées de façon unilatérale ` ar les ayants droit. Certains vont même jusqu'à envisager des DRM fondés sur la méfiance, qui intégreraient le numéro de carte de crédit de l'utilisateur, de façon à la diffuser ` ubliquement en cas de

2. Seconde situation

La co` ie et la distribution sont illimitées sans ` ermission de modification ni mesure technique de ` rotection, mais avec l'autorisation d'intégrer à l'identique dans une oeuvre dite collective, a` rès achat ou acquisition gratuite.

3. Troisième situation

L'accès ouvert au code source rend effectif la ` ermission de modifier/mani` uler, segmenter/citer, altérer…

La troisième situation ` ro` ose un dé` assement de la consommation sim` le en mode « lecture seule », ` our une création re-créative (le mode « lire et écrire » n'a rien de nouveau). A l'inverse de la doctrine qui catégorise les systèmes entre ` ro` riétaire et libre, nous introduisons une distinction entre l'achat et la location, et entre l'achat et l'accès ouvert. Cette distinction reflète la distinction entre *usus*, *abusus* et *fructus* ` résents dans la ` ro` riété de` uis le droit romain, ainsi que la *summa divisio* du droit d'auteur français entre droit de re` résentation et droit de re` roduction[960], cette dernière com` renant la re` roduction à l'identique, la distribution, et la re` roduction dérivées ou modification. Ainsi, la location ` ermet une re` résentation sim` le du document, l'achat ` ermet une re` roduction, et l'accès ouvert ` ermet une a` ` ro` riation totale du matériau qu'il est ` ossible de réorganiser et modifier.

Ces trois actions sont soumises à l'autorisation des titulaires de droits, sauf exce` tion et donc ` ermission *a priori*. La location ` ourra donner lieu à une ` rotection contre la co` ie et un contrôle de l'accès associé à un suivi de la consommation à des fins de facturation. En revanche, l'œuvre non louée mais achetée ou acquise gratuitement n'est ` as soumise à des mesures de contrôle de la co` ie et de l'usage.

Il est ` ossible que notre critique des analogies avec le monde matériel soit aussi a` ` licable à ces ` ro` os, et nous fasse ` laider ` our l'ado` tion de la doctrine de l'é` uisement des droits, à

---

co` ie ! Pouvez-vous donc nous ex` liquer, Monsieur le ra` ` orteur, en quoi les DRM constituent un « ` rogrès ` our l'humanité » ? Frédéric Dutoit, débat sur la loi DADVSI à l'Assemblée Nationale, 25/03/2006.

[960] Lucas, *Traité*, *op. cit.*

l'image de la directive DADVSI. Cette dis` osition ` révoit une exce` tion à la doctrine de l'é` uisement des droits (c'est-à-dire la fin des ` rérogatives des titulaires de droits exclusifs de contrôler la destination de l'œuvre a` rès la ` remière vente du su` ` ort matériel, ` ar exem` le ` our la location et le ` rêt) ` our les services interactifs à la demande uniquement. Ces services sont assimilables au ` remier cas de location sim` le.

La ` résence de métadonnées ` eut ` ermettre de tracer les œuvres, les actions, les utilisateurs. Il est utile de ` ouvoir re` érer les œuvres dérivées à des fins d'information de l'auteur de l'œuvre ` remière qui aurait accordé à l'avance une autorisation de modification. En revanche, la consommation ne devrait ` as être suivie a` rès achat, et le suivi des locations ne devrait ` as être associé à des données ` ersonnelles a` rès la facturation. Il convient de différencier les mesures techniques qui contrôlent l'accès ou l'usage, de celles qui ne com` tabilisent et re` ortent les usages qu'à des fins de facturation ou de msure d'audience, et notre modèle ` ermet la distinction.

Cette modélisation en trois couches ` rogressives dans l'octroi de ` rérogatives reflète les ` ratiques observées durant cette recherche. Il n'est ni certain ni souhaitable que ces distinctions ` erdurent, notamment en raison du caractère encore analogique de la dissociation entre re` résentation et re` roduction. Il serait ` lus cohérent au regard des ca` acités de stockage de ne ` as avoir à fixer les œuvres acquises sur un su` ` ort ` ersonnel. Il serait ` lus économique de ne ` as multi` lier les co` ies, mais de conserver un lien vers les ressources stockées des serveurs décentralisés accessibles au travers d'adresses ou de ` rotocoles d'échange de fichier de ty` e *Bittorrent* et d'avoir ainsi un accès aux ressources à la demande. On ` eut douter du réalisme économique de cette hy` othèse, les fabricants de matériel ayant intérêt à vendre des su` ` orts de stockage.

La dis` arition des disques durs ` ersonnels et la mise en réseau de toutes les informations y com` ris les données ` ersonnelles n'est ` as non ` lus forcément souhaitable[961]. En revanche,

[961] L'indexation du contenu des disques durs ` ersonnels avec le moteur de recherche Google Deskto` ` ermet de retrouver tous les documents qui ont été consultés, mêlant sur un même ` oste et ` our une requête unique les ` ages ` ubliques, les courriers électroniques ` rivés et les fichiers ` ersonnels.

de telles bibliothèques numériques décentralisées sont déjà mises en ` lace dans de nombreux secteurs dont l'objectif est une diffusion large : l'art libre, les articles scientifiques...

Conclusion de la section 2

Nous avons ` résenté une liste de catégories, conce` ts et relations ` our l'ex` ression des droits à l'aide de métadonnées juridiques qui ` ourront être combinées et former des énoncés normatifs. Il convient d'identifier :

- les acteurs : titulaire de droits, utilisateur,
- les objets : documents (œuvres, informations, données et métadonnées), contrats et conditions,
- les actions sur le contrat, sur le document et à l'intérieur du contrat (verbes de modalité).

Parmi ces modalités, nous distinguons l'obligation, l'interdiction, l'autorisation et la ` ermission. L'autorisation se distingue de la ` ermission dans le sens où la ` ermission est accordée *a priori* ` ar le système (` ar exem` le les utilisations relevant d'exce` tions aux droits exclusifs) tandis que l'autorisation doit être sollicitée au` rès du titulaire de droits (elle ` eut s'ex` rimer sous la forme d'un contrat ou d'une offre de contrat).

Conclusion du cha` itre 3

Cette modélisation tente de combiner les méthodes et les exigences du droit, de la technique et des usages. L'ex` ression sous la forme de métadonnées intégrées dans le format de la ressource numérique ou de la ` age web qui l'accueille des conditions normatives de son utilisation est une intégration entre le code juridique et le code informatique. Ce code devient information juridique.

Conclusion du titre I

Nous avons ` résenté la nécessité d'une a` ` roche intégrant le droit et la technique ` our réguler efficacement la mise à dis` osition d'œuvres sur les réseaux. Pour éviter certains ` roblèmes juridiques et techniques issus de la conce` tion juridique et de la mise en œuvre de mesures techniques de ` rotection, nous avons analysé la définition et le ` otentiel des mesures techniques d'informations, métadonnées juridiques ou informations juridiques sur les ressources numériques, œuvres de l'es` rit, informations ou données. Les métadonnées a` ` artiennent au domaine de la re` résentation des connaissances.

Afin de définir un ensemble de classes de métadonnées destiné à ex` rimer la diversité des situations de la mise à dis` osition d'œuvres et d'information, nous avons introduit la notion d'ontologie. Une ontologie est une re` résentation formelle d'un domaine com` renant des termes et les relations de ces termes. Elle est construite en fonction d'un objectif et d'une conce` tion du domaine. Nous avons ` ro` osé une re` résentation des droits intellectuels axée sur les justifications de l'absence d'exclusivité. En effet, les systèmes de gestion et les mesures techniques de ` rotection ne ` rennent ` arfois ` as en com` te les œuvres et les situations qui ne nécessitent ` as d'autorisation. Cette absence de régulation juridique devrait se traduire ` ar une absence de régulation technique qui conduirait à em` êcher l'accès à des ressources ou leur utilisation. Nous avons ensuite analysé les différents systèmes de métadonnées juridiques, les langages d'ex` ression des droits, qui doivent être configurés en fonction des interactions entre les ressources et les acteurs. La modélisation d'une ressource terminologique ` our la construction d'une ontologie de la transaction a nécessité le recours à des méthodes de différentes disci` lines, l'intégration du droit et de la technique se traduisant dans les outils de la régulation.

Titre II : La reconfiguration de certaines re` résentations conce` tuelles juridiques

Le droit dis` ose d'un « outillage technique » ` our se réaliser, notamment les définitions, les standards[962], les ` rocédés de définition. Nous ` ro` osons de recourir aux techniques du droit ` uis aux techniques hybrides intégrant droit et technique ` our ada` ter le droit à la technique afin de définir des conce` ts et ` ratiques juridiques ada` tés à l'environnement technique. Il conviendra de dévelo` ` er des définitions ` our les conce` ts et relations que nous venons de ` ro` oser, cette activité se traduira ` ar un « dictionnaire des droits ». Notre recherche ne va ` as jusqu'au dévelo` ` ement d'une telle ressource, mais ` ro` ose une redéfinition de certains conce` ts juridiques (cha` itre 1, section 1) et règles de catégorisation (cha` itre 1, section 2) face à la technique : le droit ` eut se servir de la technique, mais ne doit ` as lui être assujeti. Inversement, la technique ` eut se servir du droit : la technique des standards juridiques offre une malléabilité a` ` réciable (cha` itre 2, section 1). Enfin, l'exercice du droit (formalités, gestion) ` eut tirer bénéfice de systèmes techniques (cha` itre 2, section 2).

La technique de transmission a une influence sur l'activité artistique dont la structuration même va influer sur les contributions, l'organisation des rôles étant un facteur de catégorisation juridique dans la détermination de la naissance de la titularité des droits. En résumé, la technique conditionne la création qui détermine le droit. Le droit, dans le monde occidental, est regardé comme « le grand régulateur de la vie sociale »[963], et doit conserver cette ` lace. C'est aussi une « technique » d'administration au sens de Jacques Ellul[964] et il ne ` eut ` as être dissocié de la culture dans laquelle il se dévelo` ` e.

Le besoin naturel, social et culturel de communiquer entraîne aussi le ` rogrès technique. La technique détermine le social et le culturel et l'inverse est aussi vrai[965] . Il faut ` enser la

---

[962] Dabin Jean, « Droit – A. Théorie et ` hiloso` hie », *Encyclopaedia Universalis*, c. 7, 2002, ` . 607-608.
[963] Tunc André, « Droit », *Encyclopaedia Universalis*, c. 7, 2002, ` . 599.
[964] Par analogie avec l'économie, voir Ellul Jacques, *La technique ou l'enjeu du siècle*, Armand Colin, 1954, ` . 144 et s.
[965] « La langage et l'outil (…) sont l'ex` ression de la même ` ro` riété de l'homme », Leroi-Gourhan André, *Le Geste et la parole*, t. I : Techniques et langages cité ` ar Castoriadis Cornélius, « Technique », *Encyclopaedia Universalis*, c. 22, 2002, ` . 208.

technique et la société en articulation l'une avec l'autre[966]. Le ` rogrès technique ou social et culturel est accom` agné ` ar le droit et ils doivent être ` ensés ainsi comme ` arties d'un tout, le cadre de l'information et de la communication.

Ce n'était certes ` as im` ossible de remixer avant le numérique : la technique de sérigra` hie de Andy Warhol est à l'origine du *pop art*, des ouvrages de William Burroughs[967] ont été com` osés ` ar ses disci` les et amis ` ar des « cou` és-collés » manuels de feuillets dactylogra` hiés, c'est la technique du *cut-up*. Le fait que la technique facilite la création à ` lusieurs et la re` roduction et la diffusion à coût marginal nul entraîne un changement ` lus large des modes de com` osition et de communication, catégories qui ` euvent être reflétées ` ar le droit qui cherche à couvrir les modes de création et de distribution des œuvres de` uis leurs origines communes et interdé` endantes.

Nous allons à ` artir de deux catégories juridiques, l'auteur et l'œuvre ` lurale, c'est-à-dire réalisée ` ar ` lusieurs ` ersonnes, montrer que que le droit ` eut s'ada` ter à l'élargissement de la création s'il élargit ses catégories (cha` itre 1, section 1)[968]. Il serait souhaitable toutefois de ne ` as multi` lier les nouvelles catégories en raison de l'a` ` arition d'une nouvelle technique uniquement.

« Même si l'on ne ` eut raisonnablement ` as réduire un message au moyen matériel de sa transmission, tout changement dans le système de communication a nécessairement d'im` ortants effets sur les contenus transmis »[969], de même que l'a` ` arition de l'écriture a affecté la communication « d'un ` oint de vue matériel mais aussi du ` oint de vue de la

---

[966] Flichy Patrice, *L'innovation technique. Récents développements en sciences sociales. Vers une théorie de l'innovation*, (1995), La Découverte Science et Sociétés, éd. 2003, 251 ` . L'auteur ` ro` ose une analyse remarquable des théories qui soit excluent la technique, soit la sé` arent totalement de la société, soit nient l'interaction. Il y a certes un déterminisme de la technique, mais ` as uniquement : il y a aussi des facteurs humains, individuels et sociaux, qui déterminent les choix techniques et leur standardisation : David Paul, « The Hero and the Herd in Technological History : Reflections on Thomas Edison and the Battle of the Systems », in Higonnet Patrice, Landes David, Rovosky H. (ed.), *Favorite of Fortune. Technology Growth and Economic Development since the Industrial Revolution*, Harvard University Press, 1991, ` . 75.

[967] LEMAIRE Gérard-Georges, *Burroughs*, Artefact, 1986, 201 ` .

[968] Voir *supra* ` artie II, titre II, cha` itre 1, section 1, §1 et 2.

[969] Goody Jack, *La raison graphique : la domestication de la pensée sauvage*, traduction et ` résentation Bazin Jean, Bensa Alain, numérisation BNF de l'édition de Minuit, 1986, 1995, ` . 46.

connaissance »[970]. L'a`  ` arition des listes et des tableaux, ordres sans équivalent dans le monde oral, a des effets sur la ` ensée avec une  ` lus grande conscience de la formalisation et de la mémorisation. « Les chansons ` o` ulaires du Moyen Age sont différentes de celles du dix-neuvième siècle non seulement ` arce qu'elles ont été com` osées à des é` oques distinctes mais aussi  ` arce qu'elles ont été transmises à l'aide de ` rocédés différents qui à leur tour ont affecté la technique de com` osition. La chanson médiavale n'est ` as seulement une création individuelle, c'est une création destinée à une transmission orale ; la technique de sa transmission la soumet à une com` osition et une création continues et détermine ` ar là même certaines des caractéristiques qu'on attribuait jadis au mystérieux  ` rocessus d'une invention collective ».[971]

D'a` rès Jacques Ellul, la technique doit être indé` endante ` our se dévelo` ` er efficacement. Elle a ses déterminations  ` ro` res et conditionne les changements sociaux, économiques et  ` olitiques[972]. La normalisation technique est la condition du ` rogrès économique, l'Etat ayant  ` our rôle l'arbitrage des conflits[973]. Ce` endant, il dénonce le caractère négatif et l'illusion de la neutralité technologique : elle a sa force  ` ro` re, elle n'est  ` as qu'un instrument[974], et « les techniques ` ermettent aux  ` articuliers de transformer leur domaine d'activité de ` rivé en  ` ublic ` arce qu'elles  ` ermettent d'atteindre les grands nombres »[975]. Il ` ense que l'Etat est donc « obligé  ` ar le sim` le  ` rogrès technique d'étendre ses ` ouvoirs[976]. » C'est ce que nous avons vu avec l'exem` le de la conservation des données de connexion lors de la mise en ligne de contenus[977]. Le technicien « ne ` eut su` ` orter l'indéterminé »[978], nous avons bien vu avec la méfiance de certains ex` erts MPEG à l'égard du droit[979]. Le technicien veut tout ` révoir, et cela  ` eut entraîner « une évacuation des formes juridiques au ` rofit des techniques de

[970] *Ibidem*, ` . 264.
[971] *Ibidem*, ` . 72-73.
[972] Ellul Jacques, *La technique ou l'enjeu du siècle*, Armand Colin, 1954, ` . 120-121.
[973] *Ibidem*, ` . 141-142.
[974] *Ibidem*, ` . 142 à  ` ro` os de la technique de l'économie, l'économie  ` olitique.
[975] *Ibidem*, ` . 212.
[976] Ibidem, ` . 213 en  ` renant l'exem` le du citoyen qui utiliserait la radio «  ` our déclencher une cam` agne mondiale d'agitation » et entraîne l'Etat à contrôler la radio.
[977] Voir *infra* ` artie I, titre 1, cha` itre 3, section 2.
[978] *Ibidem*, ` . 269.
[979] Voir infra ` artie I, titre 1, cha` itre 2, section 2, §1.

l'homme qui rendent le gendarme inutile »[980], et une ` rolifération de lois que nous avons remarqué dans le domaine de la ` rotection juridique des mesures de ` rotection technique[981] et des mesures de filtrage technique[982] qui gênent ` lus les ` ersonnes honnêtes que les ` ersonnes mal intentionnées qui ont les com` étences ` our contourner ces ` rotections et filtres techniques. Ellul conclut de manière ` essimiste en remarquant que souvent une technique conduit à sacrifier la finalité ` remière, le ` rogrès[983]. C'est ce qu'il convient d'éviter et nous allons ` ro` oser des ` istes ` our montrer que c'est ` ossible justement en fondant la régulation juridique sur les finalités et non ` as sur les techniques (cha` itre 1, section 2).

Les métadonnées juridiques automatisent la rédaction et la mise à jour des ex` ressions des conditions d'accès et de réutilisation formalisées dans des contrats. Ces informations sur les droits intègrent littéralement droit et technique, ` our constituer un *code* d'utilisation des informations, une lex electronica, et rendent inutile la distinction entre les deux ordres de la régulation.

Les définitions ` résentes dans les langages et les dictionnaires des droits structurant certains ensembles de métadonnées ne sont ` as des définitions juridiques com` lètes et ne ` réjugent ` as de la qualification juridique du droit ` ositif. Ce sont des définitions logiques qui décrivent les liens entre les termes. Elles ne fournissent ` as une information juridique exhaustive et définitive. Elles ne renvoient ` as nécessairement à des définitions ` résentes dans les codes juridiques a` ` licables. Elles corres` ondent à des droits ` ersonnels dynamiques et régulent la circulation, les échanges et les restructurations d'informations, comme les signes symboliques d'un *code* des autoroutes de l'information. On ` eut aussi recourir à l'analogie d'un *code* génétique[984] des ressources informationnelles qui ` révoirait les règles, les combinaisons et la manière dont un système d'information inter` rète la succession des différentes actions dans

[980] *Ibidem*, ` . 269.
[981] Voir *infra* ` artie I, titre II, cha` itre 4.
[982] Voir *infra* ` artie I, titre I, cha` itre 3, section 1.
[983] *Ibidem*, ` . 389.
[984] Sur la *lex genetica* ou le contrôle technique de systèmes biologiques, voir Burk Dan L., « Lex genetica: The law and ethics of ` rogramming biological code », *Ethics and Information Technology n°*4, ` . 109–121, Kluwer Academic Publishers, 2002.

une chaîne de ressources[985] en organisant la transformation de l'information juridique au cours du ` rocessus de circulation et de transformation des informations.

Nous allons montrer que ces informations de nature hybride, mi-juridique mi-technique, nécessitent et entraînent une reconfiguration des re` résentations conce` tuelles du droit, et comment les règles et catégories juridiques se redéfinissent à la lumière des usages de la technique. Un ` remier cha` itre sera consacré à l'analyse critique de certains conce` ts et catégories juridiques qui ` euvent et doivent s'étendre ` our accueillir les nouveaux modes de création, mais qui ne doivent ` as ` erdre du vue leurs finalités. Le risque de réguler juridiquement en fonction des techniques équivaudrait ` our le droit à se laisser dominer ` ar la technique.

Nous ` résenterons dans un deuxième tem` s des techniques juridiques ` our la recherche de standards du droit : l'ex` ression technique des droits ` eut être assistée ` ar des méthodes de la théorie du droit (cha` itre 2, section 1), avant de ` ro` oser une redéfinition des ` ratiques de la régulation vers re` résentations juridiques flexibles et l'émergence de modèles indéterminés (cha` itre 2, section 2). Ces orientations sont conce` tuellement difficiles à acce` ter ` ar les acteurs en ` lace : le technicien, entendu ici largement comme le ` rofessionnel du droit, « ne ` eut su` ` orter l'indéterminé, (il) est absolument o` ` osé à (…) une juris` rudence de « conce` ts »[986]. Pourtant, les techniques actuelles ont un ` otentiel ` lus large que les a` ` lications s` écifiques ` our lesquelles elles sont été dévelo` ` ées et qui n'est ` as encore défini[987]. L'association de l'indétermination (il ne faut ` as tout réguler à l'avance) et de la destination (un retour aux finalités du droit) ` ourrait ` roduire une régulation tem` érée.

---

[985] D'a` rès des définitions du code génétique : « désigne le système de corres` ondance mis en jeu lors de la transformation de l'information génétique des gènes en ` rotéines, au cours du ` rocessus de traduction » et « Le code génétique est un code qui ` ermet de traduire l'information génétique d'une ` artie de l'ADN, via l'ARNm, en ` rotéines. Le code génétique, c'est-à-dire la manière dont un organisme inter` rète la succession des différentes bases de l'ADN ` our en faire la chaîne d'acides aminés des ` rotéines (…) sur htt` ://fr.wiki` edia.org/wiki/Code_g%C3%A9n%C3%A9tique et htt` ://www.ac-versailles.fr/etabliss/herblay/genetiqu/fiches/codegene.htm

[986] Ici le technicien est le juriste ` ositiviste qui veut tout ` révoir et réglementer en fonction de « ce qu'il croit vrai ». Ellul Jacques, *La technique ou l'enjeu du siècle*, Armand Colin, 1954, 402 ` ., ` . 269.

[987] C'est la théorie de l'objet-valise, le CD-Rom et le multimédia relancent de très nombreux secteurs : Flichy Patrice, *op. cit.*, ` . 226 et s.

Cha` itre 1. Pro` osition de nouvelles catégorisations juridiques

Certaines catégories juridiques existantes voient leur définition étirée afin d'accueillir de nouvelles formes de création et modalités de distribution. Le droit s'ada` te à la technique dans ses définitions, mais aussi dans ses méthodes de catégorisation et ses modèles de valorisation. Ainsi, la re` roduction s'a` ` arente à la distribution ` ar de nouvelles techniques : les liens hy` ertextes, les sites miroir, les logiciels de ` artage ` air-à-` air, la syndication et l'aggrégation ` ar des moteurs de recherche et des ` lateformes sur lesquelles les usagers ` euvent ` ro` oser leurs œuvres mais aussi celles des autres qui ` euvent considérer ce service de manière favorable ` uisqu'il leur ` rocure ` lus d'ex` osition en leur économisant du tem` s et de la bande ` assante, ou de manière défavorable si cette re` roduction n'est ` as autorisée.
En étudiant l'extension des modalités de création et de distribution, nous allons montrer la nécessité de re` enser certains ` aradigmes du droit d'auteur et des rôles des acteurs.

Il ne s'agit ` as[988] de déclarer que la technique **doit** déterminer le droit (si la technique ` ermet de co` ier, alors on devrait en avoir le droit), mais de croiser les influences et les outils res` ectifs des deux mondes sans sé` arer artificiellement les moyens et les finalités.

Section 1. Re` enser les conce` ts juridiques face à l'innovation technique

Les notions de ` ro` riété, d'œuvre et d'auteur voient leurs contours et leur essence évoluer. Les techniques facilitant la réa` ` ro` riation et la ` artici` ation brouillent la distinction entre le créateur et ses destinataires. La commercialisation n'est ` lus la seule modalité de distribution et la rémunération ` ro` ortionnelle à l'ex` loitation n'est ` lus nécessaire ` our l'ensemble des modes de création, de distribution et d'accès.

[988] « c'est une chose de dire qu'une technique (… va) de ` air avec un ty` e de vie et d'organisation sociale d'ensemble ; c'en est une autre de ` arler de détermination de celui-ci ` ar celui-là. » in Castoriadis Cornélius, *op. cit.*, ` . 211.

§1. De la ` ro` riété aux droits ` ersonnels : vers un large droit de l'information accueillant toutes les œuvres ` lurales et communes

Il convient d'éviter l'amalgame entre les droits intellectuels et la ` ro` riété matérielle[989], qui est liée conce` tuellement aux caractéristiques de territoire et de su` ` ort matériel rival et exclusif. Les ex` ressions de « bien immatériel » et de « ` ro` riété intellectuelle » renforcent les idées ` réconçues et ` euvent être rem` lacées ` ar des notions telles que « ressource immatérielle » et « droits ` ersonnels »[990]. Il ne s'agit ` as de nier un droit exclusif, mais la ` ro` riété n'est ` as la seule source de valorisation économique. La question n'est ` eut-être qu'un détail terminologique ` our certains, mais elle entraîne des confusions. La ` ro` riété est moins im` ortante dans le cyberes` ace et l'économie de l'information[991].

L'analogie caricaturale ou la « fausse analogie »[992] entre le vol de la baguette de ` ain et le téléchargement d'œuvres sur les réseaux ` air à ` air sans l'autorisation des titulaires de droits[993] n'est ` as a` ` ro` riée ` our qualifier des ressources immatérielles dont la nature économique est non exclusive et non rivale. On ` ourrait ` ousser ` lus loin la méta` hore boulangère et l'associer à la mythologie catholique : la du` lication de fichiers numériques à un coût marginal nul évoquerait la multi` lication des ` etits ` ains. Sur l'inadéquation de la qualification de ` ro` riété à des objets immatériels, nous rejoignons de nombreuses analyses

---

[989] « La ` ro` riété incor` orelle définie ` ar l'article L. 111-1 est indé` endante de la ` ro` riété de l'objet matériel. », article. L. 111-3 du Code de la Pro` riété Intellectuelle. Aynès Laurent, Malaurie Phili` ` e, *Les Biens*, Defrénois, Droit civil, 2005, 2ème éd. qualifie les ` ro` riétés intellectuelles et immatérielles de mono` ole d'ex` loitation et non ` as de droit de ` ro` riété.

[990] On o` ` ose classiquement les droits réels aux droits ` ersonnels comme le droit moral ou les droits de la ` ersonnalité. Notre ex` ression de droits ` ersonnels ` résentée *infra* ne se confond ` as avec cette distinction, elle désigne les droits d'auteur, voisins, à l'image et à la vie ` rivée et vise à rattacher ces ` rérogatives aux *personnes* titulaires. Voir Vivant Michel, « Et donc la ` ro` riété littéraire et artistique est une ` ro` riété… », *Propriétés Intellectuelles*, n°23, avril 2007, et Zenati, Revet, *Droit des biens*, PUF, 1997. Sur les droits de la ` ersonne (vie ` rivée…), voir Limore Yagil, *Internet et les droits de la personne, Nouveaux enjeux éthiques à l'âge de la mondialisation*, Cerf, Paris, 2006, 220 ` .

[991] Weber Rolf H., « Does Intellectual Pro` erty Become Unim` ortant in Cybers` ace? », *International Journal of Law and Information Technology*, n°9, 2001, ` . 171-185.

[992] La « fausse analogie » dans la thèse de Dusollier Séverine, *op. cit.*, ` . 394 et s.

[993] Florence Lévy, Roger Tornile, *« Le boulanger, le voleur, l'artiste et son amant » Les véritables enjeux de la licence globale*, Grou` e d'Economie Mondiale de Sciences Po, Policy Discussion Pa` er, mars 2006, htt` ://gem.sciences` o.fr/content/` ublications/` df/levy_tornile_0306_enjeux_licence.` df

de Séverine Dusollier[994]. Mais tandis qu'elle `laide `our une qualification de droit intellectuel[995], nous `enchons `lutôt sur la qualification de droits `ersonnels qui com`rennent ces droits intellectuels. Les droits de la `ersonnalité sont envisagés dialectiquement `ar ra``ort aux droits économiques, qu'ils soient droits de `ro`riété sur des biens matériels ou droits exclusifs d'ex`loitation de ressources immatérielles, et en vue de ra``rocher les données `ersonnelles et le droit à l'image du droit moral dans une `ers`ective fonctionnelle associant les œuvres et informations soumises au droit de la `ro`riété littéraire et artistique et à la vie `rivée. La catégorie de droits intellectuels est retenue, mais elle se situe à l'intérieur de celle des droits `ersonnels. Ainsi, elle englobe le droit d'auteur et le droit des données `rivées, et insiste sur la nature `ersonnelle de ce droit : il est rattaché à la volonté du titulaire qui ex`rime sa `ersonnalité, ses choix, en définissant ce qu'il autorise et réserve `ar contrat ou `ar métadonnée d'un langage d'ex`ression des droits.

Nous soutenons le dévelo``ement d'une codification juridique et technique d'un large droit de l'information[996], qui serait com`lémentaire d'un droit de la communication régulant les médias de diffusion de l'information : `resse, télévision, cinéma, télécommunications… Ce droit de l'information rassemblerait, sans volonté de consolidation dans un code juridique dans cette liste non exhaustive[997] les dis`ositions d'ordre `ublic et `rivé :

- les droits fondamentaux (liberté d'ex`ression, droit à l'information… qui sont des sources d'exce`tions aux droits exclusifs),
- le droit `énal ( contenus racistes, violents, `rotection des mineurs, diffamation…),

[994] Dusollier Séverine, thèse, *op. cit.*, `. 316-323.
[995] De nombreux laboratoires ont des a``elations qui dé`assent très justement ces limites conce`tuelles : l'équi`e du CRID à Namur sur les droits intellectuels, l'ERCIM à Mont`ellier sur les créations immatérielles, le CERDI en droit de l'immatériel…
[996] Les informations `ouvant revêtir différentes formes : œuvre, donnée, base de donnée, information brute, métadonnée, inter`rétation, fixation, document, su``ort, instance, ressource, manifestation, ex`ression… Pour un regrou`ement des textes législatifs du droit de la communication ou des médias voir Derieux Emmanuel, *op. cit.* et Droit des médias, Dalloz, Connaissance du droit, 2001.
[997] Cette liste ne constitue `as une ty`ologie, le droit d'auteur est aussi un droit humain fondamental : Torremans Paul L. C., « Le droit d'auteur en tant que droit de l'Homme », *Propriétés Intellectuelles*, n°23, avril 2007, et Vivant Michel, « Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? », *RIDA* n° 174, octobre 1997.

- le droit d'auteur, les droits voisins élargis au droit à l'image, au droit des données ` ersonnelles (la ` rotection de la vie ` rivée étant aussi un droit fondamental d'ordre ` ublic, de même que le droit moral),
- le droit des données ` ubliques,
- le droit des données ` rivées, stratégiques (Etat) ou confidentielles (entre` rises),
- le droit des informations juridiques ou informations sur le régime des droits…

Il im` orte en effet de rassembler les dis` ositions législatives a` ` licables aux différentes ressources informationnelles circulant sur les réseaux. Un tel ra` ` rochement ` ourrait éclairer sur la nature des différences et des ` oints communs sur lesquels il convient de mettre la lumière. Les droits sur l'information revêtent un caractère ` ersonnel (avec le cas s` écifique des données ` ubliques non exclusives qui doivent ` ouvoir être utilisées ` ar la collectivité[998]). Les catégories de ressources (choses communes, fonds commun…)[999] doivent bénéficier d'un statut, tout comme les œuvres susce` tibles d'a` ` ro` riation ` rivée. Un tel ra` ` rochement est aussi souhaitable au niveau de la codification technique ` uisqu'une ex` ression des droits ` eut s'a` ` liquer à tout ty` e d'information.

Nous allons examiner comment la catégorisation juridique des œuvres de l'es` rit ` eut s'élargir ` our accueillir de nouveaux modes de création à ` lusieurs sans que les critères de simultanéité et d'organisation du travail soit ` ertinent.

Les œuvres ` lurales sont les œuvres réalisées ` ar ` lusieurs auteurs. S'ils ne travaillent ` as ensemble sur une même oeuvre, on se trouve face à une œuvre com` osite ou dérivée. S'ils travaillent ensemble sur une même oeuvre, on se trouve face à une œuvre de collaboration, ou face une œuvre collective si les a` ` orts indissociables ont été coordonnées ` ar un donneur

---

[998] Nous hésitons à em` loyer l'ex` ression de « collectivité » qui a une connotation d'institution ` ublique locale en France. Phili` ` e Aigrain souligne à ` ro` os des jardins ` artagés ` arisiens, biens ` ublics ` hysiques, l'inadéquation de la qualification de « communautaire » qui évoque en France une segmentation culturelle : Aigrain Phili` ` e, « Why community gardens are called "shared gardens" in Paris », On the Commons.org, 03/07/2007. htt` ://onthecommons.org/node/1110

[999] Telles qu'elles ont été définies *infra* dans notre ontologie décrivant l'absence d'a` ` ro` riation exclusive, voir ` artie II, titre I, cha` itre 1, section 3, §2, ` ro` osition de modèle qui doit être a` ` rofondi.

d'ordre. Ces règles énoncées à l'article L. 113-2 du Code de la Pro` riété Intellectuelle sont im` ortantes économiquement ` our déterminer la titularité des droits[1000]. Ce` endant, cette distinction de l'organisation du travail entre œuvre collective et œuvre de collaboration n'est ` as o` érante face à certains modèles de ` roduction, notamment ceux qui se basent sur un travail et une mise en commun volontaires. Ainsi, l'encyclo` édie Wiki` edia n'a ` as besoin de s'attribuer la titularité des droits sur les contributions des auteurs, alors que la catégorie des œuvres collectives a justement été créée ` our ré` ondre aux demandes des entre` rises de dictionnaire et notamment de l'Académie Française[1001]. Wiki` edia doit donc recourir à un contrat ` our organiser la gestion des a` ` orts. Mélanie Clément-Fontaine envisage le rattachement de ces œuvres dites libres, caractérisées ` ar le ` rinci` e de non-a` ` ro` riation, au cadre juridique du ` atrimoine de l'humanité et discute de la ` ertinence de « la création d'un nouveau service ` ublic de ` artage de la jouissance des oeuvres. »[1002] Elle a démontré clairement que les qualifications d'œuvres collectives, de collaboration et com` osites ` euvent s'a` ` liquer successivement voire indifféremment à l'œuvre libre qui est ` ar nature ` er` étuellement évolutive[1003]. Elle ` ro` ose une définition de l'œuvre libre : « l'œuvre libre est *une œuvre évolutive à pluralité d'auteurs, car il est possible de la copier, modifier, diffuser et procéder à des actes commerciaux associés sans autres restrictions que celles nécessaires au respect de ces libertés.* »[1004] La création d'un statut légal international ` our ce ty` e d'œuvre aurait le mérite d'assurer une sécurité juridique à ce ty` e de créations et une clarification, voire un arbitrage vis-à-vis de la diversité des dis` ositions des contrats existants

---

[1000] « Est dite de collaboration l'oeuvre à la création de laquelle ont concouru ` lusieurs ` ersonnes ` hysiques.
Est dite com` osite l'oeuvre nouvelle à laquelle est incor` orée une oeuvre ` réexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière.
Est dite collective l'oeuvre créée sur l'initiative d'une ` ersonne ` hysique ou morale qui l'édite, la ` ublie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution ` ersonnelle des divers auteurs ` artici` ant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit ` ossible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé. »

[1001] L'œuvre collective est une innovation de la loi de 1957. Le législateur avait créée cette notion ` our le dictionnaire de l'Académie française. Les conditions d'élaboration de ce dictionnaire interdit qu'il soit dressé, ` our chaque définition, la liste des académiciens. Le dictionnaire est l'œuvre de l'Académie et non ` as des cor` s « mortels » des académiciens.
htt` ://fr.juris` edia.org/index.` h` /%C5%92uvre_collective_(fr)

[1002] Clément-Fontaine Mélanie, *Les œuvres libres*, thèse de droit, dir. Vivant Michel, Université de Mont` ellier I, 2 décembre 2006, 629 ` , voir ` . 510 et s.

[1003] Clément-Fontaine Mélanie, *op. cit.*, ` remière ` artie, titre II, cha` itre 1, ` . 172-231.

[1004] Clément-Fontaine Mélanie, *op. cit.*, ` . 554.

` arfois incom` atibles[1005], et de combler une lacune dans les catégories d'œuvres ` lurales dans les droits nationaux, inca` ables d'a` ` réhender les conditions a` ` licables à ces œuvres et le consentement de leurs auteurs et autres contributeurs.

Ce` endant, à ` ro` os du ` rojet de traité A2K (*Access To Knowledge*)[1006] sur le ` artage des savoirs im` liquant un rééquilibrage, une limitation des droits exclusifs au ` rofit de « biens communs » et de nouveaux droits, Mireille Delmas-Marty ne retient ` as la notion voisine de « ` atrimoine de l'humanité », qui im` lique aussi une absence d'a` ` ro` riation exclusive et un accès libre en raison d'effets ` ervers qu'elle a déjà analysé ` ar ailleurs : ces conce` ts universels ont effectivement besoin des Etats et des acteurs ` rivés dans « le Relatif et l'Universel »[1007]. En effet, une catégorie du droit ` ositif de la ` ro` riété intellectuelle et des accords contractuels s` écifiques a` ` orteront certainement ` lus de force et de sécurité qu'une dis` osition du droit international ` ublic. De ` lus, la notion de ` atrimoine universel de l'humanité laisse en dehors les questions d'a` ` ro` riation, contrairement à la notion de ` atrimoine commun. La notion de ` atrimoine commun et de « ` ro` riété » collective, ou ` lutôt de droits collectifs, n'est ` as s` écifique à l'immatériel mais est née sur le terrain, les biens fonciers. La notion de « biens communaux » (*Commons* en anglais, *Allmend* en allemand) naît de l'o` ` osition entre l'usage et la ` ro` riété, mais cette idéologie de l'ordre communautaire a été « escamotée » ` ar le droit ` ositif occidental qui confond ` ro` riété collective, ` ossession[1008] et usage commun[1009]. L'article 542 du Code Civil ` révoit toutefois que « Les biens communaux sont ceux à la ` ro` riété ou au ` roduit desquels les habitants d'une ou ` lusieurs communes ont un droit acquis » juste avant de déclarer à l'article 543 que l'« on

---

[1005] Sur l'incom` atibilité entre licences libres et les solutions ` our y remédier, voir *supra* ` artie II, titre II, cha` itre II, section 1, §1, 3).
[1006] Treaty on Access to Knowledge (A2K), ` roject, 9 may 2005. htt` ://www.c` tech.org/a2k/
[1007] Delmas-Marty Mireille, Les forces imaginantes du droit. (III) La refondation des ` ouvoirs, Seuil, 2007, ` . 238 se référant au ` remier tome Les forces imaginantes du droit. (I) Le Relatif et l'Universel, Seuil, 2004, ` . 92-96, section « Du ` atrimoine commun aux biens ` ublic mondiaux » ` our le conce` t de biens communs (ou biens ` ublics ou biens collectifs) rassemblant « droits de l'homme » et « s` hère ` hysique », les « biens communs informationnels » ` ouvant servir de « su` ` ort de la démocratie » selon Phili` ` e Aigrain cité dans ces dévelo` ` ements.
[1008] Sur la différence entre ` ro` riété et ` ossession, voir Proudhon qui ` réfère la seconde qualification ` our le droit d'auteur, *Les Majorats littéraires, examen d'un projet de loi ayant pour but de créer au profit des auteurs, inventeurs et artistes un monopole perpétuel*.
[1009] Bourjol Maurice, *Les biens communaux. Voyage au centre de la propriété collective*, LDGJ, coll. Décentralisation et dévelo` ` ement local, 1989.

`eut avoir sur les biens, ou un droit de `ro`riété, ou un sim`le droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à `rétendre. »

En outre, nous `référons la dénomination d'œuvre *commune* à celle d'œuvre libre, `ar analogie aux notions de `atrimoine commun et de *commons*, et à la `remière syllabe en « co » qui débute les catégories des œuvres `lurales en droit français : œuvre de collaboration, œuvre collective, œuvre com`osite et œuvre commune. L'*œuvre commune* est d'ailleurs définie dans la Licence Art Libre : « Il s'agit d'une oeuvre qui com`rend l'oeuvre initiale ainsi que toutes les contributions `ostérieures (les originaux conséquents et les co`ies). Elle est créée à l'initiative de l'auteur initial qui `ar cette licence définit les conditions selon lesquelles les contributions sont faites. »[1010]

Les œuvres communes ne sont `as les `remières œuvres qui sont rétives aux catégories du Code de la Pro`riété Intellectuelle. Les œuvres multimédia ont rencontré le même ty`e de difficulté et ont révélé la rigidité des catégorisations existantes et leur ina`titude à s'étendre `our a``réhender de nouveaux ty`es d'œuvres et de travail en commun à large échelle. L'œuvre multimédia s'a``arente à une œuvre audiovisuelle donc `résumée de collaboration[1011] et son mode de création coordonné `ar une entre`rise la ra``roche d'une œuvre collective. Ces divergences doctrinales illustrent l'o``osition entre la « logique d'auteur » des contributeurs et la « logique économique »[1012] des éditeurs et investisseurs. Les as`ects logiciels, bases de données et œuvres de collaboration sont inclus dans les œuvres multimédia qui incor`orent de nombreuses créations `ré-existantes et *ad hoc*. Deux ra``orts du CSPLA ont analysé la question avec certains re`résentants des `orteurs d'intérêt du secteur du multimédia[1013] et `ro`osent la création d'un statut unitaire d'ordre `ublic `révoyant une

---

[1010] Licence Art Libre 1.3 (LAL 1.3). htt`://artlibre.org/licence/lal/ Mélanie Clément-Fontaine est l'une des co-auteurs de la Licence Art Libre.

[1011] Latreille Antoine, *Les mécanismes de réservation et les créations multimédias*, thèse de droit, Université Paris XI, dir. Sirinelli Pierre, 1995, Latreille Antoine, « La création multimédia comme œuvre audiovisuelle », *JCP* éd. gén., 1998, n° I-156, `. 1419-1424.

[1012] Haas Gérard, de Tissot Olivier, L'œuvre multimédia interactive est une œuvre collective - A `ro`os de la décision du TGI de Nanterre du 26 novembre 1997, juriscom.net, 10/04/1998. htt`://www.juriscom.net/chr/1/fr19980410.htm

[1013] Sirinelli Pierre, Andrès Judith, « As`ects juridiques des oeuvres multimédia », étude du CERDI `our le Ministère de la Culture, 2003, 184 `. Cette étude est re`rise comme base du travail d'une commission s`écialisée du CSPLA : Benabou Valérie-Laure, Martin Jean, Henrard Olivier, « Le régime juridique des oeuvres

` résom` tion de cession sim` le (sauf ` our les œuvres musicales ` réexistantes, comme dans le régime des œuvres audiovisuelle). Ce statut serait cumulable avec les statuts de chaque création incor` orée dans l'œuvre multimédia, qui reflète l'interactivité de l'utilisateur, caractéristique absente dans les œuvres cinématogra` hiques visées ` ar la qualification d'œuvre audiovisuelle. Mais la SACEM, la SACD et la SCAM ` ensent que « les créateurs devraient rester libres de gérer leurs droits, ` ar exem` le en les confiant à une société de gestion collective »[1014]. Les sociétés d'auteur sont aussi o` ` osées à la création d'un statut légal ` our les œuvres dites communes, ` lacées volontairement ` ar leurs auteurs dans un domaine ` ublic consenti[1015]. Elles ont intérêt à court terme à maintenir un *statu quo* ` our ` réserver une rente de situation sans introduire ` our le moment de flexibilité dans leur système[1016].

La création d'un statut s` écifique ` our les œuvres multimédia n'est ` as forcément nécessaire si les catégories d'œuvre collective et d'œuvre de collaboration suffisent à ex` rimer la titularité. Soit elle a` ` artient au donneur d'ordre, soit elle a` ` artient aux contributeurs. Le ` roblème soulevé n'est ` as le manque de catégories, mais la difficulté de choisir entre les deux en raison d'enjeux économiques. Un statut ` ourra être utile, mais ` as forcément une nouvelle catégorie dédiée à la technique du multimédia qui ` ermet d'assembler différentes contributions.

En revanche, créer une catégorie ` our les œuvres communes ne reviendrait ` as à obéir uniquement à un dévelo` ` ement technique, mais reflèterait un changement de conce` tion de l'a` ` ro` riation vers les biens communs gérés collectivement.

---

multimédia : droits des auteurs et sécurité juridique des investisseurs », ra` ` ort de la Commission s` écialisée du CSPLA ` ortant sur les as` ects juridiques des œuvres multimédias, 2005, 66 ` .

[1014] Com` te-rendu d'Arnaud Valette ` our le GESTE, grou` ement des éditeurs de service en ligne favorable à un tel statut, mars 2005. htt` ://www.geste.fr/9_commissions/commi_juri5.htm

[1015] Réactions des sociétés membres de la Commission du CSPLA sur la mise à dis` osition ouverte des oeuvres, lettres envoyées ` ar courrier électronique aux membres de la Commission, avril 2007. Les différentes lettres envoyées successivement ` ar les différentes sociétés d'auteur membres de la Commission re` rennent de manière flagrante les dévelo` ` ements de la ` remière lettre envoyée ` ar la SACEM. On ` eut se demander si le CSPLA n'aurait ` as été créé, au-delà d'une mission de concertation a` ` arente entre des acteurs du secteur, ` our entériner les o` inions et décisions de la SACEM. Il est vrai que les autres sociétés d'auteur et ` lus largement les SPRD sont largement tributaires de la SACEM/SDRM qui joue un rôle central dans la ` erce` tion de nombreuses rémunérations gérées collectivement, ceci au-delà de la musique. Sur l'organisation de la ` erce` tion autour de la SDRM, voir Cour des Com` tes, Commission ` ermanente de contrôle des sociétés de ` erce` tion et de ré` artition des droits, ra` ` orts 2004, 2005 et 2006.

La reconnaissance de statuts s`écifiques au niveau international `our les nouveaux ty`es d'œuvres `lurales `ermettrait de résoudre certaines difficultés dans la mise en œuvre des cessions. Sans élargissement des catégories d'œuvres, il sera difficile de `rendre en com`te les s`écificités de créations très ré`andues et aux enjeux économiques et sociaux considérables et d'organiser la gestion des droits de contributeurs multi`les.

§2. L'auteur : extension du cham` de la création et reconnaissance de l'a``ro`riation créative

La notion d'auteur[1017] évolue avec le contexte technique, social, économique et juridique. De nouvelles formes de création ont `rogressivement été reconnues en tant qu'œuvres, et les `ersonnes à leur origine ont ainsi `u bénéficier de droits exclusifs. Les `hotogra`hes n'ont été reconnus en tant qu'auteur que bien a`rès l'a``arition de cette technique de création, les inter`rètes ne dis`osent de droits voisins en `lus de rémunérations salariales que de`uis 1985, la musique sans `artition n'a été acce`tée `ar la SACEM en tant que sim`le enregistrement qu'en 1999. Les `hotogra`hes `uis les DJ (*disc-jockey*) ont donc été reconnus `rogressivement en tant qu'auteurs à `art entière, et non comme de sim`les `restataires techniques.

Le numérique et l'Internet modifient le rôle et le travail de l'auteur. Certains `euvent se `asser des intermédiaires et distribuer directement au `ublic leurs œuvres sans recourir systématiquement à un éditeur ou un `roducteur ni à un distributeur[1018]. On assiste à une

---

[1016] Sur la gestion collective et une nécessaire flexibilité, voir su`ra cha`itre 2, section 2, §3, 1).

[1017] La figure de l'auteur tel que nous le connaissons est née avec les Lumières et l'im`rimerie. Il existe des œuvres sans auteur comme la mythologie transmise et inter`rétée oralement, voir Lévy Pierre, *Cyberculture. Rapport au Conseil de l'Europe*, 1997, réed. Odile Jacob, 2000, `. 181-184. Sur l'évolution du statut de l'auteur et du droit d'auteur des `rémices de l'Antiquité et du Moyen-Age à la Révolution, voir Edelman Bernard, *Le sacre de l'auteur*, Seuil, 2004, 378 `.

[1018] « *The Celestial jukebox can also be expected to reduce, or at least change, the role of today's book publishers and motion picture and records producers, giving authors a more central place in the creation and distribution of literary and artistic works. Economies of scale in production facilities, in risk finance, and in distribution networks have long placed these institutions at the centre of cultural life. But tomorrow's author, artist, or composer who has access to a networked computer – most will – can bypass not only these coporate entities – but also libraries and retail outlets, to communicate directly with his intended audience.* » in Goldstein Paul, *Copyright's Highway : The Law and Lore of Copyright from Gutenberg to the Celestial Jukebok*, New

désintermédiation dans certains cas, et à une restructuration du rôle des intermédiaires qui devraient recentrer leur mission vers des tâches à valeur ajoutée ` ar ra` ` ort à ce qu'un auteur ` eut faire seul et en communauté.

La contribution à des œuvres dites communes, libres, ou la sim` le mise en ligne d'œuvres gratuitement sans ` récision ni licence, réveillent les théories structuralistes et ` ostmodernes qui mettent en valeur le rôle du lecteur, du texte et de sa re-création ` er` étuelle et discursive. Comme l'écrit Séverine Dusollier, « S'agissant de l'utilisateur, il est déjà ` atent que les nouvelles technologies numériques et l'a` ` arition d'Internet accentuent cette corrosion de la bi` olarité auteur-utilisateur sur laquelle re` ose la structure du droit d'auteur. L'interactivité ` ermise ` ar le numérique dé` lace l'utilisateur de sa ` osition ` assive de consommation des œuvres à une attitude ` lus active. »[1019] L'utilisateur devient auteur, de même que l'auteur est utilisateur d'œuvres ` réexistantes en ` uisant dans le fonds commun ` our créer ses ` ro` res œuvres[1020]. On a deux dimensions, et non ` as une consommation sim` le ou une création *ex nihilo*.

Le conce` t d'«autoritativité » a été défini comme « l'attitude consistant à s'auto-éditer ou à ` ublier sur le WWW, sans ` asser ` ar l'assentiment d'une institution de référence référée à l'ordre im` rimé » (l'éditeur classique), tout en acce` tant éventuellement d'être référé ` ar l'autorité que constituent ses ` airs, sa communauté[1021]. Elle démontre comment les techniques

---

York, 1994, quoted in Goldstein Paul, in Hugenholtz Bernt P. (ed), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, *op. cit.*, ` . 248.

[1019] D'a` rès Dusollier Séverine, « O` en source et co` yleft : une remise en cause de la figure de l'auteur ? », in Strowel Alain (éd.), *Autour de la figure de l'auteur*, Bruylant, Bruxelles, 2005, ` . 45-55. htt` ://www.crid.be/` df/` ublic/5025.` df qui convoque Foucault et Barthes : Barthes Roland, « La mort de l'auteur », 1968, re` ris dans *Le Bruissement de la langue*, Paris, Le Seuil, 1984, ` . 63-69 ; Foucault Michel, « Qu'est-ce qu'un auteur? », *Bulletin de la Société française de Philosophie*, LXIV, 1969, ` . 85. Voir aussi ces analyses dans Dusollier Séverine, « The master's tools v/ the master's house : Creative Commons v. Co` yright », *Columbia Journal of Law & Arts*, volume 29, 2006, ` . 271-293 et Dusollier Séverine, « Les licences Creative Commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », *Propriétés Intellectuelles*, janvier 2006, ` . 10-21.

[1020] C'est un fondement du *copyright* et de Creative Commons, la limitation tem` orelle ou volontaire du mono` ole exclusif vise à ` ermettre aux auteurs de s'ins` irer d'œuvres ` réexistantes

[1021] Broudoux Evelyne, *Outils, pratiques autoritatives du texte, constitution du champ de la littérature numérique*, thèse de sciences de l'information et de la communication, dir. Bal` e Jean-Pierre, Université Paris VIII Vincennes-Saint Denis, 17/12/2003, 335 ` . htt` ://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00006760/en/ Voir la définition de l'autoritativité ` . 184 et 187 et ` . 209 et s. son analyse de l'intéressante communauté Hy` ernietzsche, ` rojet fondé ` ar Paolo d'Iorio ` révoyant des lecteurs-annotateurs, une navigation contextuelle et trois licences de ty` e co` yleft. htt` ://www.hy` ernietzsche.org

transforment les usages et le rôle des usagers. « Ecrilecteur », « lectacteur », et « auteur-amateur » ` euvent intervenir sur les textes, les annoter, les commenter, les modérer, interagir avec eux, leur a` ` liquer des « co` ier-coller », les corréler avec d'autres textes ` ar un lien hy` ertexte : se les a` ` ro` rier et les rediffuser en leur ajoutant une certaine subjectivité.

De même que la notion d'auteur s'est construite avec les ` ratiques d'écriture, les su` ` orts et outils numériques ` ermettent et ` rescrivent de nouveaux usages de lecture, d'écriture et d'édition. Florent Latrive ` arle dans son *Bon usage de la piraterie* de cette a` ` ro` riation créative, « une inventivité qui ` rolonge l'a` ` ro` riation symbolique d'une oeuvre considérée comme intangible » : « une création une fois rendue ` ublique ` rend tous les attributs d'une ` ro` riété collective, et se mue en co` roduction entre l'auteur et son ` ublic. »[1022]

Mais les actes de mani` ulation (ré-utilisation, ` artici` ation, échantillonnage, intégration, lecture, co` ie, transfert, intégrité, citation, modification, intégration, *mash-up*, liens, syndication…) sont mal ou ne sont ` as ` ris en com` te ` ar les catégories actuelles issues du droit ` ositif qui les rejettent en bloc au ban de la contrefaçon. Ces ` ratiques sont ` ourtant conce` tualisées de` uis ` lusieurs années, sinon trente ans. Soutenues ` ar les dis` ositifs techniques, elles ont une utilité non seulement artistique et culturelle, mais aussi sociale, ` olitique, citoyenne, elles « ` ermettent la ` artici` ation du citoyen, qui ` asse de la ` osition de consommateur à celle d'acteur »[1023] et ` roduit de la valeur subjective[1024].

[1022] Latrive Florent, *Du bon usage de la piraterie : culture libre, sciences ouvertes*, Exils Editeur, 2004, 170 ` ., cha` itre 4. htt` ://host.covert` restige.info/` iraterie/

[1023] A ` ro` os des contrats Creative Commons qui ` euvent soutenir ce ty` e de ` ratiques, voir Dulong de Rosnay Melanie, « Créations culturelles et régimes de biens communs : nouveaux modèles juridiques et économiques », ` résentation à la commission du CSPLA sur la distribution des œuvres en ligne, réunion du jeudi 6 octobre 2005, merci à Phili` ` e Aigrain d'avoir acce` té une intervention à deux voix. htt` ://` aigrain.debat` ublic.net/?` =41, htt` ://fr.creativecommons.org/weblog/index.` h` ?2005/12/12/37-communiqu-de-` resse-creative-commons-francecersa-so` ` ose-aux-` ro` ositions-du-cs` la

[1024] « Ces formes de réagencement d'énonciation fondées, non sur la ` rétention à la vérité mais sur une ` olitique de la subjectivité annonce, toujours selon Guattari, l'avènement d'une ère ` ost-média. Pour lui, la digitalisation de l'« image-télé », cou` lée à l'émergence de réseaux télématiques de circulation de l'information jouera un rôle ` ré` ondérant non seulement dans le remodelage de la mémoire, de l'intelligence, de la sensibilité et des univers ` erce` tifs des sociétés humaines, mais occu` era une ` lace ` ré` ondérante dans la ` roduction de la subjectivité elle-même. Contrairement aux médias traditionnels qui, disait-il « nous font décoller dans un univers mass médiatique ` ro` rement délirant », l'usage interactif de ces nouveaux médias, de ces machines d'information, de communication, d'intelligence, d'art et de culture, ` ermettra une réa` ` ro` riation, tout à la fois individuelle et collective, de la ` arole sociale, culturelle et ` olitique. » in Blondeau Olivier, « Become The Media! Du Post-

L'estom`ement des différences entre auteur et `ublic est com`été `ar une diminution de l'im`ortance de la distinction entre amateurs[1025] et `rofessionnels[1026]. Les `ratiques de « *user-created content* » ou contenu auto-créé `ar des utilisateurs[1027] ou citoyens ont émergé dans le cadre du web `artici`atif en dehors des `ratiques `rofessionnelles qui ont caractérisés la majeure `artie de la création `ubliée et largement distribuée jusqu'ici. YouTube, MyS`ace, Flickr et Wiki`edia figurent `armi les sites les `lus fréquentés qui sont alimentés `ar leurs utilisateurs, `as `ar leurs conce`teurs.

Le dévelo``ement de ce ty`e de contenu généré en dehors des *diktats* des industries culturelles est limité `ar les droits exclusifs `ortant sur le matériau `réexistant. Lorsque leurs auteurs veulent re`rendre des `ortions d'œuvres `réexistantes, les sous-titrer, les remixer, en faire des *mash-ups* (combinaison de `lusieurs sources d'information, comme une vidéo et une musique ou un discours `olitique, ou les `aroles d'une chanson et la musique d'un autre titre, à des fins humoristiques, artistiques et/ou `olitiques de mise en regard), les commenter, ils risquent de dé`asser le cadre du droit moral, du *fair use* ou de l'exercice des exce`tions au titre de la courte citation, de la `arodie ou de l'information. Si le cadre de l'exce`tion de `arodie ou de caricature est relativement large en France, le critère d'intention humoristique doit être assou`li car l'objectif de ces montages n'est souvent `as de faire sourire mais d'ex`rimer un `oint de vue, de montrer les liens entre des éléments qui ne sont `as ra``rochés `ar les médias traditionnels. Les critères des exce`tions relatives à l'information du `ublic limitée aux nouvelles actuelles et à la courte citation doivent être élargies à l'ensemble des

---

Media au Médiasca`e », 2005, htt`://www.freesca`e.eu.org/biblio/article.`h`3?id_article=214 citant Guattari Felix « Vers une ère `ost-média », *Terminal*, n° 51, octobre-novembre 1990.

[1025] D'a`rès les dis`ositions `révues `ar le décret n° 53-1253 du 19 décembre 1953 relatif à l'organisation des s`ectacles amateurs et leurs ra``orts avec les entre`rises de s`ectacles `rofessionnelles, les amateurs sont définis comme des `ersonnes qui « ne reçoivent aucune rémunération, mais tirent leurs moyens habituels d'existence de salaires ou de revenus étrangers aux diverses activités artistiques des `rofessions du s`ectacle ».

[1026] Charles Leadbeater, Paul Miller The ProAm Revolution: How Enthusiasts Are Changing Our Society and Economy, Demos, Londres, 2004. Voir aussi l'introduction générale et Dana Hilliot qui dénonce le conservatisme et la volonté de contrôle des institutions sur des `ratiques diverses qu'elles ne connaissent `as : Hilliot Dana, « Professionnels versus amateurs », 2006, 49 `.
htt`://www.another-record.com/danahilliot/dana_writings/`rofessionnelsversusamateurs.htm

[1027] On se re`ortera aux analyses et chiffres de ce ra``ort de l'OCDE : Wunsch-Vincent Sacha, Vickery Graham, « Partici`ative web : user-created content », Re`ort of the OECD's Directorate for Science, Technology and Industry, Working Party on the Information Economy, 12 A`ril 2007, 74 `.

médias (` as seulement le texte) et des é` oques (` as seulement l'actualité immédiate) à des fins de critique artistique[1028], sans constituer des limitations sources de rémunération équitable forfaitaire comme ` our la recherche et l'enseignement. Ces auteurs sont indé` endants et n'ont ` as à s'affilier à une hy` othétique et non souhaitable association des artistes activistes qui s'acquitterait d'une rémunération équitable.

Comme nous l'avons montré[1029], les exce` tions ` rovenant des droits fondamentaux et notamment de la liberté d'ex` ression doivent être im` ératives et inconditionnelles. L'élargissement de l'exce` tion de citation ne contrevient ` as au test en trois éta` es dans la mesure où l'accès à l'extrait ne se substitue ` as à l'original. Ce` endant, nous doutons que cette argumentation soit suffisante ` our légitimer le *sampling* et le remix musical ou audiovisuel, qui restent difficiles à mettre en oeuvre car soumis à la ` olitique des éditeurs[1030].

Les ` ratiques contractuelles des titulaires de droits et de leurs re` résentants n'ont ` as encore su s'ada` ter à cette demande forte et légitime. Il ne s'agit ` as de légitimer la diffusion de cli` s vidéos à l'identique sur YouTube, mais de ` ermettre l'utilisation d'archives de journaux télévisés[1031] ` our réaliser un montage ou un *best-of* dont les coûts de transaction en cas d'utilisation de multi` les fragments et de cession sont inabordables en dehors des circuits

---

htt` ://www.oecd.org/dataoecd/57/14/38393115.` df?contentId=38393116

[1028] Sur l'élargissement du droit de citation, voir Negativland, « Droit de citation », traduit ` ar Mandosio Jean-Marc, in Blondeau Olivier, Latrive Florent, *Libres enfants du savoir numérique*, Eclats, 2000.
htt` ://www.freesca` e.eu.org/eclat/
Texte original « Fair use » : htt` ://www.negativland.com/fairuse.html

[1029] Voir *infra* ` artie I, titre II, cha` itre 4, section 3 en élargissement la base des droits fondamentaux sources d'exce` tions et de limitations dégagée ` ar Lucie Guibault dans « Contracts and Co` yright Exem` tions » et *Copyright Limitations and Contracts : An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright, op. cit.*

[1030] Certains éditeurs de ` honogrammes instrumentalisent le droit moral des auteurs-com` ositeurs ` our facturer en ` lus du droit de synchronisation réglé ` ar l'intermédiaire de la SDRM. Le droit de synchronisation a un double fondement im` liquant le droit au res` ect et le statut des œuvres com` osites. Sur le droit de synchronisation ` ermettant d'associer de la musique à d'autres oeuvres, défini ` ar la Loi sur le Droit d'Auteur suisse ` ar exem` le mais ` as en droit français, voir Vivant Michel, Nguyen Duc Long Christine, *Lamy Droit des médias et de la communication*, Colin Caroline, « Karaoke et droit de re` roduction : état des lieux », *The Edhec Journal of Law, New Technologies and Best Legal Practices*, n°1, 2000.

[1031] Même si l'INA a facilité l'accès à ses archives en 2006, l'achat et la location d'extraits audiovisuels et sonores est limité à un « usage ` rivé » (article 12 des conditions générales de vente du service de vidéo à la demande du site ina.fr). La communication ` ublique reste ex` ressément réservée en dehors des salles de classe.

` rofessionnels du cinéma et de la télévision. Ainsi, les citoyens n'ont ` as la ` ossibilité de diffuser légalement une œuvre com` osite dévoilant un ` oint de vue ` olitique si elle contient des extraits audiovisuels détournés ou non, l'exce` tion de citation étant très réduite en dehors du texte. Olivier Blondeau démontre dans sa thèse que les ` olitiques centralisées de conservation du ` atrimoine (BNF, INA) « relèvent d'une volonté de maîtrise de l'archive ` ar et ` our l'institution » ; à l'inverse, les activistes de l'Internet militant utilisent des technologies de diffusion et de stockage (` air-à-` air ou P2P, FTP[1032]…) qui facilitent l'accès à « des sources ` erçues avant toute chose comme des matériaux bruts »[1033]. Au nom de la liberté d'ex` ression et de la créativité artistique, de très nombreux auteurs décident de s'a` ` ro` rier, de coller, de mixer et de détourner des matériaux, œuvres, archives. Ce ` hénomène d'art illégal n'est ` as nouveau mais am` lifié ` ar la facilité de re` roduction et de diffusion technique[1034]. Les œuvres ` euvent aussi devenir des données brutes qui sont enrichies ` ar d'autres et utilisées ` our créer de nouvelles œuvres[1035].

On le retrouve dans les ` ratiques de citation à des fins scientifiques, qui ` euvent s'avérer difficile à mettre en œuvre quand elles dé` assent le cadre balisé de la courte citation d'un texte. Modifier la ` résentation d'un gra` hique ` ublié dans une revue afin de le re` rendre sur

---

On observe l'émergence de la diffusion d'extraits de journaux télévisés cités comme ` rovenant de la ` lateforme Daily Motion et donc mis en ligne ` ar des utilisateurs ` our illustrer des émissions d'actualité sur la chaîne Canal Plus

[1032] *File Transfer Protocol*, voir htt` ://fr.wiki` edia.org/wiki/File_Transfer_Protocol

[1033] Blondeau Olivier, « Les Or` helins de la Politique et leurs curieuses machines. Ex` érimentations esthétiques, techniques et ` olitiques à l'ère des réseaux », thèse de Sciences Politiques, dir. Ca` devieille Jacques, IEP de Paris/CEVIPOF, 12 juin 2006, 482 ` , ` . 198.

[1034] Sur l'art illégal, voir Blondeau Olivier, *op. cit.*, ` . 199 et s. ; à ` ro` os des archives numériques maintenues sans autorisation ` ar des utilisateurs en dehors du marché dans les circuits *underground*, leur rôle ` our la ` réservation de cultures non dominantes comme les œuvres en langue hongroise et la validité du modèle de *commons-based peer production* dévelo` ` ée ` ar Yochai Benkler dans *The Wealth of the Networks*, *op. cit.*, voir Balazs Bodo, thèse en cours « *A comparative study of the legal and economic frameworks of cultural production, and the policy implications of market- and free-culture-based models for English-language and vernacular cultures »,* Buda` est University of Technology and Economics, à ` araître. On se re` ortera d'ici là aux textes et à la bibliogra` hie sur le « ` iratage » sur le site de Bodo Balazs : htt` ://www.warsystems.hu/

[1035] Voir Macdonald Alison, Lord Phili` , Beagrie Neil, Counsell Damian, Sinnott Richard, Dulong de Rosnay Melanie, Plaszczak Pawel, Wilk Chris, et al. *E-Science Digital Repositories and Infrastructure*, étude ` our la Commission Euro` éenne, 2007, à ` araître, htt` ://www.e-scidr.eu/ Les ` ublications scientifiques doivent être considérées non seulement comme des œuvres mais aussi comme des données scientifiques susce` tibles de traitements.

un blog en insérant les données dans un tableur[1036] ` eut constituer une nouvelle œuvre alors que son caractère original est des ` lus ` auvres, mais quel intérêt dès l'instant que les conditions d'exercice de la courte citation (attribution, brièveté, insertion dans une œuvre citante à des fins critiques ou didactiques) sont res` ectées ? Seule la ` ublication ` ar les titulaires de droits selon les termes d'un contrat ` ermettant à l'avance la réutilisation évite à ` résent le coût de transaction que constitue la demande d'une autorisation et le risque de ` oursuites en cas de dé` assement avéré ou non du cham` des usages non gouvernés de citation.

§3. Les modalités de l'accès à l'oeuvre et de sa distribution : vers la fin du mono` ole de certains ` aradigmes commerciaux

Le dévelo` ` ement des ` ratiques d'auto-édition en ligne contribue à la transformation de la ` erce` tion des modalités de la distribution et de l'accès aux œuvres ` ar le ` ublic. Le droit d'auteur ` eut s'ex` rimer au-delà de la maîtrise d'un sim` le droit à rémunération dans des modèles de diffusion ouverts ` ar des licences d'utilisation aux termes ` lus libéraux que les conditions classiques d'usage ` rivé : gratuité des usages non commerciaux, logiciels libres… La vente commerciale et l'accès gratuit financé ` ar la ` ublicité ou la redevance suivant l'exem` le de la radio et de la télévision hertzienne ne dis` araissent ` as ` our autant. Sim` lement, la distribution gratuite, sans subvention ni recette directe autre que ` arfois ` ublicitaire, attire l'attention du ` ublic sur la nécessaire distinction entre le droit d'auteur et le contrat de distribution commerciale.[1037] Nous allons dans cette section mettre en lumière certains amalgames et autres a ` riori véhiculés ` ar le discours commercial et ` olitique dominant. A` rès avoir distingué les facteurs qui favorisent l'accès à l'information et aux

[1036] Il s'agit d'une transaction qui a été demandée ` ar les titulaires de droits suite à la re` roduction à l'identique d'un gra` hique, ` eu im` orte quelle aurait été la qualification ` ar un juge.
htt` ://sciencecommons.org/weblog/archives/2007/04/30/co` yright-fair-use-in-the-blogos` here/

[1037] Alors qu'on note dans l'es` rit du ` ublic une « confusion entre la ` rotection du droit d'auteur et la ` rotection du contrat de distribution, la commercialisation et le versement de la rémunération, entre l'objet du droit d'auteur et le service qui consiste à en fournir l'accès », Dusollier Séverine, « Incidences et réalités d'un droit d'accès », in Dusollier Séverine, *Copyright: a right to control access to works?*, Cahiers du CRID n°18, 2000, ` . 45. Sur la différence entre l'accès à l'œuvre immatérielle et l'accès matériel au su` ` ort de l'œuvre, voir Dusollier Séverine, thèse, *op. cit.*, ` . 146-150.

oeuvres, nous montrerons que la culture et l'ex`ression non marchandes ne sont `as suffisamment `rises en com`te dans les `olitiques `ubliques, et que d'autres facteurs que la rémunération directe `ar l'exercice de droits exclusifs constituent des incitations à la création.

1) Les conditions de l'accès

Nous avons vu `récédemment[1038] que l'étendue des droits concédés `ar leur titulaire `eut être ty`ée en fonction de trois niveaux croissants d'accès et d'a``ro`riation :
1. la location, dans laquelle le contenu sera `rotégé contre l'accès et la co`ie `ar une mesure technique de `rotection : la ressource ne `ourra ni être indexée `ar des tiers ni mani`ulée, et son accès sera limité dans le tem`s et l'es`ace,
2. l'autorisation de co`ie et de transfert à l'identique, corres`ondant à une a``ro`riation « close » : la ressource `ourra être diffusée, intégrée dans des bases de données,
3. l'accès aux sources[1039] rendant `ossible l'a``ro`riation et la mani`ulation créative ainsi que la redistribution.

L'accès aux œuvres de l'es`rit numériques ou numérisées est fonction de conditions à la fois économiques, techniques et juridiques.
Le `remier facteur facilitant l'accès est naturellement la gratuité. Ainsi, dans le domaine des `ublications scientifiques, le `aiement d'une redevance `our accéder à un article dans une base de données `ayante réduira naturellement la `ro`ension du lecteur non abonné à consulter cet article `ar ra``ort à une autre référence bibliogra`hique qui serait en accès gratuit, et donc à le lire et le citer. Dans cet es`rit, des acteurs euro`éens[1040] tentent d'accroître la visibilité et la dis`onibilité en ligne de la recherche euro`éenne, afin d'éviter de voir les chercheurs travailler `rinci`alement avec des sources anglo-saxonnes issues des `rogrammes

[1038] Voir *infra* `artie II, titre I, cha`itre 3 section 2.
[1039] Les sources seront le code-source d'un logiciel, les `artitions, fichiers MIDI ou `istes numériques sé`arées d'un morceau de musique, les rushs d'un film, les caractéristiques colorimétriques d'un gra`hisme, le texte dans un format co`iable et éditable…
[1040] Le `rogramme eContent Plus de la Commission euro`éenne finance les `rojets visant à l'accessibilité de contenus numériques multilingues (149 millions d'euros entre 2005 et 2008). Voir la Recommandation de la

de numérisation des bibliothèques et institutions américaines[1041]. La Bibliothèque numérique euro` éenne « entend a` ` orter une ré` onse euro` éenne (…) à la nécessité de ne ` as laisser cette mission aux seules mains d'entre` rises ` rivées et commerciales, souvent marquées ` ar une influence anglo-saxonne dominante »[1042]. Es` érons que la recherche ` lein texte ` romise sera dis` onible largement, contrairement aux débuts de Gallica (la bibliothèque numérique de la BnF) qui ` ro` ose des articles du domaine ` ublic qui ont été scannés en mode image, longs à charger et im` ossibles à co` ier et mani` uler, et que la lutte contre un im` éralisme culturel ne constitue ` as la seule motivation de ces ` rojets.

L'as` ect économique ne com` rend ` as que les redevances liées à l'exercice des droits de ` ro` riété littéraire et artistique et des contrats d'ex` loitation, mais aussi celles issues de droits de ` ro` riété industrielle a` ` licables à certains formats de fichiers et logiciels de lecture et d'édition. L'utilisation de formats standard tels que .` df ou .rtf ` ermettra à toute ` ersonne d'écrire et de lire un texte sans devoir recourir à un logiciel de lecture ` ayant (Microsoft Word) ou moins utilisé[1043]. Le choix et le res` ect de formats et standards ouverts faciliteront l'accès ` our tous les logiciels et matériels y com` ris ceux destinés aux ` ersonnes handica` ées[1044], ainsi que la ` erformance des moteurs de recherche et des outils de fouille de données qui seuls ` ermettront de traiter une ressource marquée et balisée.

Les conditions juridiques de mise à dis` osition influent sur le devenir d'un document numérique. L'autorisation de modifier encouragera les traductions et autres œuvres

---

Commission du 24 août 2006 sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique, JOCE L/236, 31 août 2006.

[1041] De nombreux articles cités dans cette thèse sont issus du *Social Science Research Network* (SSRN), archive d'articles d'auteurs majoritairement américains. Très ` eu de ` rofesseurs de droit français et belges diffusent leurs articles sur un site ` ersonnel, celui de leur université ou une archive ouverte institutionnelle. La doctrine juridique en langue française n'est accessible que dans les bibliothèques s` écialisées aux conditions d'accès restrictives (` as d'em` runt et ` hotoco` ies coûteuses au centre de documentation de l'Institut de Recherche en Pro` riété Intellectuelle, accès sur accréditation ` ayant à la bibliothèque de recherche de la BnF à la ca` acité restreinte, consultation et em` runt limités à trois ouvrages ` our les doctorants à la bibliothèque Cujas, certains ouvrages canadiens et américains introuvables en France).

[1042] Jeanneney Jean-Noël, « Vers la Bibliothèque numérique euro` éenne », *Chroniques de la BnF*, n°38, ` rintem` s 2007, ` . 3-7.

[1043] O` en Office dans sa version 1.0 ` roduisait des documents dont le format ` ar défaut n'était ` as lisible ` ar Microsoft Office Word.

[1044] Voir ` ar exem` le la Charte Internet d'accessibilité et de qualité du Conseil Régional d'Aquitaine : htt` ://charte-internet.aquitaine.fr/ sous CC BY-SA 2.0 FR.

com` osites, la ` ossibilité technique d'effectuer facilement un co` ier-coller, y com` ris de la référence bibliogra` hique dans un format normalisé, encouragera les citations exactes et com` lètes. La manière dont sont ex` rimées les conditions juridiques de mise à dis` osition est essentielle, l'utilisation d'un langage com` réhensible ` ar les non-juristes facilitera l'accès au droit, et leur formulation sous la forme de métadonnées juridiques facilitera l'indexation et l'accès ` ar les moteurs de recherche incluant le degré de liberté accordé ` ar le titulaire de droits.

2) Un discours confus

A` rès avoir ` résenté les conditions de l'accessibilité qui sont économiques, juridiques et techniques, nous allons montrer que le débat ` olitique, économique et juridique doit ` rendre en com` te la culture non marchande dont l'émergence est facilitée ` ar la technique, sans se concentrer uniquement sur la ` érennisation des modèles commerciaux installés ` ar les industries culturelles. Des œuvres et des objectifs de nature non commerciaux sont aussi en jeu dans les discussions sur le droit d'auteur et la distribution des œuvres en ligne et doivent être mis en avant. Mais des a` ` roximations sémantiques et conce` tuelles de la ` art du gouvernement et des ` orteurs d'intérêts commerciaux introduisent la confusion dans l'es` rit des médias généralistes, de l'école[1045] et du ` ublic sur les notions de « ` iratage », de gratuité, de téléchargement.

Le discours du gouvernement et des re` résentants de l'industrie et de certains titulaires de droits en France jusqu'en 2006 insistait sur la dichotomie entre musique illégale/` iratage[1046] et musique légale ` our ` romouvoir les offres dites légales. Or qualifier les offres visées de légales[1047] induit que toutes les offres émanant d'autres ` lateformes ne sont ` as légales.

[1045] Des documents inter` rétant la loi de manière ` lus stricte que ce qu'elle n'est ont été distribué en 2005 ` ar le Ministère de l'Education Nationale : le guide "Ado` te la Net Attitude", édité ` ar le Forum des droits sur l'internet dis` onible sur htt` ://www.foruminternet.org/net-attitude/ commenté sur htt` ://bigbrotherawards.eu.org/Guide-Tour-de-France-des-colleges.html

[1046] Nous ` référons ` arler d'accès non autorisé ` ar les titulaires de droits.

[1047] L'em` loi de l'ex` ression « offre légale » n'est ` as de niveau exact, voir les auditions du Ministre de la Culture en commission des affaires culturelles, familiales et sociale et en commission des affaires économiques,

L'ex`ression « offre commerciale » semble `lus ada`tée `our désigner des services de musique licenciée ou de vidéo obtenue à la demande à travers des transactions commerciales. En effet, d'autres offres `euvent être légales sans `our autant com`rendre les mêmes restrictions à l'usage que ces services qui com`ortent des mesures de `rotection technique limitant la co`ie et l'accès. La gratuité `our certains usages n'a rien d'illégal, ainsi, l'association musique-libre.org `ro`ose différentes offres légales, sans mesure technique de `rotection ni `aiement à l'acte, les restrictions et conditions étant ex`rimées `ar la licence choisie[1048]. L'a``ellation de « musique licenciée »[1049] couvre à la fois les offres commerciales des `lateformes `ayantes et les offres en accès ouvert, des licences étant accordées `ar les titulaires de droit au `ublic selon certaines conditions. L'ex`ression de `iratage a été largement utilisée[1050]. D'a`rès la LCEN, « Lorsque les `ersonnes visées au 1 du I de l'article 6 invoquent, à des fins `ublicitaires, la `ossibilité qu'elles offrent de télécharger des fichiers dont elles ne sont `as les fournisseurs, elles font figurer dans cette `ublicité une mention facilement identifiable et lisible ra``elant que *le piratage nuit à la création artistique*. »[1051]. Dans le langage informatique, « `irater » désigne l'acte de `énétrer un système informatique malgré ses `rotections et renvoie à la loi Godfrain. L'em`loi actuel, médiatique, investit les droits intellectuels et amalgame la contrefaçon organisée et l'utilisation des réseaux `air-à-`air.[1052]

---

de l'environnement et du territoire à l'Assemblée Nationale res`ectivement le 1er mars 2006 htt`://www.assemblee-nationale.fr/12/cr-cafc/05-06/c0506039.as`#P29_284 et le 22 février 2006 htt`://www.assemblee-nationale.fr/12/cr-c`ro/05-06/c0506034.as`#P37_533

[1048] htt`://www.dogmazic.net/static.`h`?o`=co`yleftLicence.html&n`ds=-1

[1049] Voir le site htt`://www.lestelechargements.org/ monté en réaction au site gouvernemental lestelechargements.com en ligne en 2006 et qui liste les très nombreux sites de musique librement mise à dis`osition du `ublic `ar leurs auteurs et ayants droits : « Ce `etit site est né de la volonté de montrer que la musique légale n'est qu'un conce`t, inventé `ar l'industrie du disque `our détourner les gens d'un accès à la culture. Le terme exact est le terme de musique licenciée, c'est-à-dire une musique `our laquelle l'artiste ou le label a donné son accord de diffusion en ligne. »

[1050] A`rès l'incursion du terme « `iraterie » `our désigner la contrefaçon audiovisuelle, Résolution des re`résentants des gouvernements des Etats membres du 24 Juillet 1984 concernant la lutte contre la `iraterie audiovisuelle, JOCE C 204, 03/08/1984, `. 1.

[1051] Article 6 de la loi nº 2004-575 du 21 juin 2004, italique `ar l'auteure.

[1052] « L'em`loi du mot est inédit dans l'ordre juridique : il s'agissait jusqu'à une é`oque récente de « brigandage maritime consistant à commettre, à des fins `rivées, des actes de violence contre les `ersonnes ou les biens » Macrez Franck, « À l'abordage des `irates : À `ro`os du jugement du Tribunal de grande instance de Pontoise du 2 février 2005 », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* 2005/3, n°80, citant la définition du terme `iraterie dans le vocabulaire Ca`itant, Cornu Gérard, *Vocabulaire juridique*, 7ème éd., *op. cit.*, `. 671-672.

L'em`loi du terme de `irate `our désigner le `ublic qui échange et co`ie des fichiers sans l'autorisation des titulaires de droits renforce la confusion entre des `ratiques de `artage entre individus sans vocation commerciale avec les `ratiques à l'échelle industrielle de la contrefaçon organisée qui re`roduit et revend des DVD ou des médicaments. Dans un contexte de `eur du terrorisme et de la `édo`hilie, cet amalgame `eut conduire à l'ado`tion d'une réglementation ré`ressive au cham` d'a``lication tro` large, mêlant mafia et internautes `eu res`ectueux de certains titulaires de droits, `our réduire les libertés individuelles sur les réseaux. On notera à `artir de 2006 et 2007 l'em`loi d'un langage `lus objectif `ar les titulaires de droits dominants et du gouvernement, évolution `erce`tible dans des documents destinés aux jeunes et dans les ra``orts et communiqués qui mentionnent que les logiciels libres et les œuvres ouvertes[1053] `euvent être téléchargés légalement.

3) Le secteur non marchand

Les questions non marchandes n'ont `resque `as été abordées dans les travaux d'une commission du CSPLA `ré`arant la trans`osition de la directive DADVSI en droit français[1054]. Elles doivent faire l'objet de `lus d'attention de la `art du `olitique et des médias, qui restent majoritairement focalisés sur les as`ects commerciaux uniquement[1055]. Le soutien à l'Internet non marchand et aux services d'intérêt général constituaient `ourtant l'une des `riorités du ra``ort[1056] qui a justement recommandé la mise en `lace du CSPLA.

[1053] Par exem`le, un guide `our les adolescents htt`://www.droitdunet.fr/juniors/
et le ra``ort Cédras, Cédras Jean, *Le téléchargement illicite d'oeuvres protégées par le droit d'auteur*, Ra``ort à Monsieur le Ministre de la Culture et de la Communication, avril 2007.
htt`://www.odebi.org/docs/Ra``ortCedras.`df

[1054] Comme nous avons eu l'occasion de le souligner aux membres de cette Commission : Dulong de Rosnay Mélanie, « *Créations culturelles et régimes de biens communs : nouveaux modèles juridiques et économiques* », `résentation à la Commission Distribution des œuvres en ligne du CSPLA, 6 octobre 2005.
htt`://fr.creativecommons.org/weblog/index.`h`?2005/12/12/37-communiqu-de-`resse-creative-commons-francecersa-so``ose-aux-`ro`ositions-du-cs`la

[1055] A l'exce`tion du logiciel libre, mentionné largement lors des débats DADVSI fin 2005 et en 2006 et dans la cam`agne `résidentielle de 2007 grâce à la mobilisation de nombreuses associations dont EUCD.info, Candidats.fr et l'APRIL.

[1056] Bloche Patrick, *Le désir de France*, Ra``ort au Premier Ministre sur la `résence internationale de la France et la franco`honie dans la société de l'information, décembre 1998, 236 `., `artie I.

Les médias de masse[1057] sont certes soumis aux im`ératifs du marché, mais cette `ercolation se remarque jusque dans les documents d'organismes gouvernementaux et de standardisation technique. En effet, l'em`loi du terme « consommateur » ou « *consumer* » est fréquemment utilisé dans des discours où l'on `ourrait attendre un terme `lus général comme « `ublic »[1058]. Ainsi, le « `oint d'éta`e » `ublié `ar le Ministre de la Culture en janvier 2005[1059] n'em`loie que le terme « consommateur », de même les documents du standard MPEG-21[1060], comme s'il était admis que l'information et la culture ne sont destinées qu'à des consommateurs `assifs et non à des citoyens, voire à des « usagers » des services `ublics ou des créateurs. Ce « `oint d'éta`e » est aussi révélateur de l'absence de distinction entre culture et culture marchande issue de l'industrie culturelle : « le `rojet de loi ne concerne qu'un as`ect très `articulier et s`écifique des multi`les `ratiques qui ont lieu sur Internet ; il vise notamment[1061] le téléchargement illégal d'œuvres (…) ».

La directive DADVSI a `ourtant un cham` d'a``lication `lus large que la `rotection des revenus issus d'œuvres à vocation commerciale exclusivement. Elle est destinée à « l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins à la société de l'information », sans `réjudice des créations et utilisations du tiers secteur et des services `ublics. Enfin, le « `oint d'éta`e » `rétend que la concertation au sein du CSPLA a associée des re`résentants « du logiciel libre », ce qui est inexact[1062]. La re`résentativité de la Commission du CSPLA sur la

---

[1057] Patrick Le Lay `arle du « tem`s de cerveau humain dis`onible » qu'il vend aux annonceurs, les émissions n'étant destinées qu'à `ré`arer le télés`ectateur aux messages `ublicitaires finançant la chaîne TF1 qu'il dirige (dé`êche AFP du 9 juillet 2004 d'a`rès Le Lay Patrick, *Les dirigeants face au changement*, les Éditions Huitième Jour, Paris, 2004.)

[1058] L'em`loi du terme « consommateur » est en revanche naturellement justifié et acce`table dans un contexte de droit de la concurrence ou de la consommation (intero`érabilité des formats de lecture).

[1059] Ministère de la culture et de la communication, Cabinet du Ministre, « *Projet de loi Droits d'auteurs, droits voisins dans la société de l'information, Point d'étape du mardi 31 janvier 2006* ».
htt`://www.odebi.org/docs/PointDADVSI.`df

[1060] Notre `ro`osition de rem`lacer « *consumer* » `ar « *public* » quand l'ex`ression d'une notion large était visée a été retenue dans la `artie MPEG 21000-1 : Dulong de Rosnay Melanie `our la re`résentation française, French National Body comments on Text of ISO/IEC 21000-1 2nd ed. PDTR, March 2004, Munich ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M10699.

[1061] La loi DADVSI a abordé d'autres `oints et a notamment ajouté des exce`tions aux droits exclusifs, mais dans des termes tellement réduits qu'elles ne sont `as largement a``licables.

[1062] En témoigne la liste des « `ersonnalités » ayant com`osé cette Commission.
htt`://www.culture.gouv.fr/culture/cs`la/cs`lara``ortfev06t.`df
Un re`résentant du logiciel libre a certes `u `artici`er à la dernière réunion de la Commission en rem`laçant un membre, sans avoir été invité à l'ensemble des débats malgré des demandes ré`étées. Mais la communauté du logiciel libre n'a `as été écoutée `uisque l'amendement surnommé « Vivendi Universal », `roduit de la

distribution des œuvres en ligne était déséquilibrée. La majorité des membres re` résentaient les intérêts dominants des ` orteurs d'intérêts commerciaux dont les modèles sont remis en question et qui n'ont ` as souhaité réfléchir à des solutions non issues de l'ancien ` aradigme du contrôle centralisé. Ainsi, Microsoft et Vivendi Universal dis` osaient de sièges en tant qu'entités et leurs intérêts sont aussi re` résentés au sein du SELL. Les re` résentants des titulaires de droits re` résentaient l'écrasante majorité de la Commission face à deux re` résentants des consommateurs et des associations de familles (UFC Que Choisir et UNAF) et au re` résentant du ministère de l'industrie, ouverts aux as` ects non marchands et citoyens de la création et de la distribution d'œuvres en ligne. Les ré` onses a` ` ortées ` ar le ra` ` ort de la Commission du CSPLA du 7 décembre 2005 sur la distribution des oeuvres en ligne se sont donc adressées uniquement aux ` roduits des industries culturelles qui dominent le marché, sans envisager les ` roblématiques des secteurs non marchands ` ublics et ` rivés. Il existe ` ourtant de nombreuses ressources dont les conditions de ` roduction ne nécessitent ` as les mêmes investissements et dont les mécanismes de distribution ne s'a` ` uient ` as sur les mêmes règles et dé` enses de marketing : les ressources éducatives, scientifiques et du tiers secteur associatif, les médias alternatifs, l'information et les données ` ubliques, les informations de faible valeur marchande ou à faible ` otentiel commercial, l'art libre...

La régulation des œuvres ne doit ` as se limiter uniquement aux œuvres commerciales mais ` rendre en com` te le secteur non marchand. Il convient de dissi` er certains malentendus au sujet de la gratuité relative. Elle n'est ` as l'absence de rémunération. En témoigne l'exem` le de la licence globale qui ` ermettrait a` rès une rémunération mutualiser de ne ` lus ` ayer individuellement l'accès aux œuvres, et l'exem` le des licences libres ou ouvertes qui

---

Commission du CSPLA, n'a ` as été éliminé et son a` ` lication menace l'intégrité des logiciels libres et la sécurité juridique des dévelo` ` eurs en France. L'amalgame ` ratiqué ` ar le gouvernement a consisté à tenter d'assimiler les ` roblèmes et les demandes des re` résentants des logiciels libres à ceux des œuvres ouvertes non logicielles. Il est insu` ` ortable ` our les re` résentants de ces communautés qui ` artagent des valeurs de liberté et d'ouverture de laisser entendre que les demandes de ces acteurs ont été entendues ` ar le gouvernement. Une re` résentante de Creative Commons France a certes ` u s'ex` rimer, son ` oint de vue ayant été ` artiellement re` ris dans le ra` ` ort de la Commission. Mais non seulement aucune de ces ` ro` ositions n'a été re` rise dans l'avis de synthèse ` roduite ` ar le CSPLA à l'attention du Ministère de la Culture, mais encore le CSPLA n'a ` as tenu com` te de l'avis de vote négatif ex` rimé ` ar ces acteurs et d'autres. Voir le dernier ` aragra` he de htt` ://eucd.info/index.` h` ?2002/12/22/131-` ositions
et htt` ://eucd.info/index.` h` ?2005/11/14/176-exclusif-ra` ` ort-de-la-commission-sirinelli, dernier ` aragra` he.

autorisent gratuitement certains usages mais ne sont `as incom`atibles avec une rémunération.

La gratuité n'est `as l'absence de rémunération, elle n'est `as non `lus l'absence de valeur ou de financement à un autre endroit qu'un `rix au bout d'une chaîne de consommation[1063], et cette constatation est valable bien au-delà du domaine de notre recherche[1064] : elle `eut être « socialement construite »[1065] et mutualiser les coûts, voire `eut-être constituer une « com`osante »[1066], un `rinci`e fondateur du service `ublic, ou déterminant dans la qualification de ces services[1067]. La finalité `eut être la solidarité[1068]. La gratuité est à la fois désintéressée ou intéressée, dans l'attente d'un contre-don, d'une contre`artie sociale, d'un intérêt `our soi et `our autrui de se sentir généreux, d'attendre une reconnaissance ou un retour `lus concret[1069].

La `ro`osition de licence globale o`tionnelle `ro`osée `ar l'Alliance Public-Artistes `our légaliser les échanges non commerciaux de musique entre `airs `ar l'installation d'une rémunération forfaitaire n'équivaut absolument `as à de la gratuité comme le dénoncent certains[1070], mais à une variante des classiques limitations aux droits exclusifs contre rémunération équitable, sur le modèle de la re`rogra`hie[1071].

[1063] Canevet Sébastien dénonce le « mythe savamment entretenu `ar les médias » de la « gratuité sur l'Internet » qui se finance `ar la `ublicité, la revente de fichiers, « Gratuité et nouvelles technologies de l'information et de la communication », in Koubi Geneviève, Guglielmi Gilles (dir.), *La gratuité, une question de droit ?*, L'Harmattan, 2003, `. 167.
[1064] Koubi Geneviève, Guglielmi Gilles (dir.), *ibidem*, 238 `.
[1065] Koubi Geneviève, « Gratuité ? Sans `rix certes, mais `as sans valeur ! », in *ibidem*, `. 10.
[1066] Bourcier Danièle, « La gratuité, une com`osante de l'accès au droit », in ibidem, `. 181.
[1067] Gilles Guglielmi discute cette question dans « L'introuvable `rinci`e de gratuité du service `ublic », *ibidem*, `. 39.
[1068] Borgetto Michel, « L'idée de gratuité et la notion de solidarité sociale », in *ibidem*, `. 21.
[1069] Contre la conce`tion utilitariste du don, voir Caillé Alain, *Anthropologie du don*, La Découverte/Poche, 2007, 276 `. à `ro`os du tri`le `aradigme « donner, recevoir, rendre » de l'*Essai sur le don* de 1922 de Marcel Mauss.
[1070] Certains artistes ont « accusé la licence globale d'autoriser la gratuité », voir `ar exem`le en mars 2006 : htt`://tf1.lci.fr/infos/high-tech/0,,3287267,00-quand-gratin-musique-massacre-licence-globale-.html
Un res`onsable `olitique la com`are à du « vol organisé » : « je n'acce`terai `as l'idée de vol organisé sous `rétexte de jeunisme et de la société de l'information, `arce qu'avec ça on tuera définitivement toute forme de création »
htt`://tf1.lci.fr/infos/france/0,,3426829,00-droits-auteur-sarkozy-contre-licence-globale-royal-`our-.html
[1071] On distingue la gestion collective obligatoire de ty`e re`rogra`hie dont les modalités de rémunération sont fixées unilatéralement `ar une SPRD de la licence légale de ty`e co`ie `rivée ou radiodiffusion déterminée `ar

Un autre a ` riori inexact et véhiculé ` ar certains ` orteurs d'intérêts est que l'utilisation d'une licence libre ou d'un contrat d'accès ouvert em` êche définitivement toute ` ossibilité de rémunération[1072]. De nombreux exem` les et scénarios démontrent le contraire : vente de su` ` orts, dons, ` ublicité, contrats sur les ex` loitations commerciales, de nature exclusive ou non…[1073] L'accès ouvert ou libre sous certaines conditions n'est ` as synonyme de gratuité.

La question de « la gratuité bouleverse la culture », les débats font douter de l'existence d'un es` ace entre gratuité des fichiers sur les réseaux ` air-à-` air et ` aiement à l'acte avec contrôle généralisé des utilisations et de la circulation des fichiers. « Les modèles commerciaux basés sur l'organisation technologique d'une rareté artificielle ne ` euvent en effet survivre qu'en détruisant tout le ` otentiel social et culturel des techniques informationnelles »[1074] comme nous l'avons montré à ` ro` os des ` roblèmes soulevés ` ar les mesures techniques de ` rotection ` our les droits fondamentaux et le droit de la consommation. La gratuité ` eut être ` artielle (` our certains usages), fictive (quand le ` ublic ne ` aie ` as à l'acte mais de manière dissimulée, mutualisée ou indirecte), à but lucratif ou non. Une com` ensation financière ` eut intervenir à un autre endroit dans la chaîne de la création et de la distribution qu'un ` aiement direct à l'acte de l'usager au titulaire de droit ou à son re` résentant : licences légales, subventions, ` ublicité, droits réservés ` our certaines utilisations...

La notion de gratuité introduite ` ar la loi DADVSI est ambiguë. D'a` rès le sous-amendement 302, « l'auteur est libre de choisir le mode de rémunération et de diffusion de ses œuvres ou de les mettre gratuitement à dis` osition du ` ublic ». À la lecture du sous-amendement 306 qui n'a ` as été défendu et qui com` létait l'amendement 302 ` ar l'ex` ression « sous réserve des

---

une commission administrative. Merci à Guillaume Gomis ` our ses éclaircissements sur la gestion collective, entretiens en se` tembre 2004 et a` rès.

[1072] Voir ` ar exem` le l'interview de Bernard Miyet de la SACEM dans le Monde, 25/01/2007, mis à jour le 14/02/2007, sur la même ` age où un auteur ex` lique justement avoir ` erçu une rémunération ` our l'ada` tation et la synchronisation de sa musique selon les termes d'un contrat Creative Commons réservant les modifications ` ar France Télévisions.
htt` ://www.lemonde.fr/web/article/0,1-0@2-651865,36-858769,0.html

[1073] Dulong de Rosnay Melanie, ` résentation à la Commission distribution du CSPLA, 2005, *op. cit.*

[1074] D'a` rès le titre de l'article de Aigrain Phili` ` e, « Quand la gratuité bouleverse la culture », le Monde Di` lomatique, février 2006. htt` ://www.monde-di` lomatique.fr/2006/02/AIGRAIN/13206

droits consentis à des tiers », il `ouvait sembler que la confirmation du mono`ole des droits accordés à l'auteur `récisait que l'inaliénabilité du droit moral `rimait sur les engagements contractuels ultérieurs. Un auteur n'aurait donc `as `u être contraint `ar les négociations de son éditeur `ostérieures à la signature d'un contrat d'édition à acce`ter un mode de rémunération qui ne lui convenait `as et `ourrait donc récu`érer la gestion de ses droits[1075] si la rémunération négociée entre l'éditeur et le distributeur, base de calcul de sa rémunération `ro`ortionnelle, ne lui convenait `as[1076]. Un auteur ne `ourrait `as non `lus être em`êché `ar les conditions d'exclusivité im`osées `ar un éditeur ou une société de gestion de diffuser gratuitement son œuvre sur son `ro`re site selon les conditions de son choix.

Le texte finalement voté : « art. L. 122-7-1. - L'auteur est libre de mettre ses oeuvres gratuitement à la dis`osition du `ublic, sous réserve des droits des éventuels coauteurs et de ceux des tiers ainsi que dans le res`ect des conventions qu'il a conclues. » n'a``orte rien au droit `ositif en vigueur `uisqu'il est situé juste a`rès l'article L. 122-7 qui `révoit déjà que « Le droit de re`résentation et le droit de re`roduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux. » La seule contribution de ce nouvel article semble être l'affirmation de la su`rématie des contrats signés avec des éditeurs et des SPRD sur la volonté de l'auteur. Des conventions `rivées `rimeraient désormais sur le droit de divulgation, le droit moral étant `ourtant inaliénable, dans la mesure où l'on considère qu'une telle décision de la `art d'un auteur relève du droit de divulgation[1077] et non `as uniquement de l'exercice des droits `atrimoniaux, section du Code de la Pro`riété Intellectuelle dans laquelle a été `lacé cet article. Le *copyleft* `eut en effet « s'inter`réter comme l'invention dans le domaine du co`yright et du brevet, d'un équivalent du droit moral de suite »[1078].

[1075] À l'image de l'article 132-12 et 132-17 du CPI qui `ermettent aux auteurs de mettre fin au contrat et de récu`érer la gestion de leur droit si l'ex`loitation n'est `as `ermanente et suivie, la diffusion commerciale conforme aux usages de la `rofession, ou l'édition é`uisée n'est `as rééditée.

[1076] Par exem`le si a`rès quelques années d'ex`loitation sur une `lateforme commerciale, l'auteur n'a `as touché de droits d'auteur car la `lateforme n'ayant `as reversé les droits à la SACEM, cette dernière n'a `as `u les ré`artir, ou si la `erce`tion a eu lieu mais `as la ré`artition car l'auteur n'est `as membre de la SACEM.

[1077] D'a`rès l'article L. 121-2 sur le droit de divulgation, l'auteur « détermine le `rocédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci. »

[1078] Moulier-Boutang Yann, « Richesse, `ro`riété, liberté et revenu dans le « ca`italisme cognitif », mars 2000.. (d'a`rès l'auteur : Cet article `uise largement dans un `a`ier « Ca`italisme cognitif et revenu : réflexions sur un débat » `résenté à la 3ème journée d'étude d'histoire économique « Transformations de la division du travail et

4) Les incitations à la création

Justement, tous les créateurs et toutes les créations ont-ils besoin d'une rémunération s`écialement liée à leur ex`loitation `our être créées ? La rémunération est-elle la seule source de valorisation et d'incitation de la création ?[1079] On `eut s'interroger sur la `ertinence de ce fondement de la `ro`riété dite intellectuelle et se demander s'il existe d'autres incitations à la création que la rémunération directement liée à toutes les ex`loitations, commerciales ou non. Ra``elons que la distinction entre les ex`loitations réservées et celles ne nécessitant `as d'autorisation `réalable ne s'effectue `as selon le critère d'utilisation lucrative ou non lucrative, mais sur la distinction entre ex`loitation `ublique et `rivée, la dernière justifiant les limitations au titre de la re`roduction et de la re`résentation `rivée.

Il n'existe `as une ré`onse unique à la question de la diffusion des œuvres, mais une multitude d'outils et de `olitiques `ubliques qui `euvent être testés et évalués `our soutenir la création : droits exclusifs et mono`ole tem`oraire d'ex`loitation, volontariat et consentement `rivé, taxes, licences légales, subventions, mécénat, défiscalisation, intermédiaires com`étitifs[1080]… En effet, sans `our autant renier son caractère indis`ensable `our nombre de créations et de créateurs nécessitant un investissement et une rémunération, ni convoquer les exem`les de créativité des é`oques antérieures à l'a``arition de mono`oles tem`oraires d'ex`loitation, la rémunération n'est `as indis`ensable à l'intégralité des situations de création et de diffusion.

Certaines créations ne requièrent `as d'incitation financière `ro`ortionnelle à chaque ex`loitation. Tout d'abord, certaines créations ne demandent qu'un investissement et un effort

---

nouvelles régulations », 22 mars 2000, organisé `ar l'unité Innovation, Systèmes, stratégie ISYS du Matisse URM 85-95 Université de Paris I-CNRS. htt`://www.freesca`e.eu.org/biblio/article.`h`3?id_article=73#nh8

[1079] Et à la marge, toute rémunération nécessite-t-elle un contrôle systématique `our être effective et éviter les com`ortements de cavalier libre ?

[1080] Sur les *competitive intermediaries* à la `lace d'un mono`ole tem`oraire et le financement `rivé de la recherche `ar les em`loyeurs et les em`loyés qui choisiraient à quel `rojet allouer leurs fonds, à la manière de la

créatif minimes, tout en rem` lissant les conditions ` eu exigentes de création originale de forme ` our être qualifiées d'œuvres de l'es` rit et donner immédiatement à leur auteur un mono` ole exclusif sans qu'il ait à accom` lir de démarche d'enregistrement. Ainsi, un message sur un forum ou une liste, un commentaire sur un blog, un lien ou une syndication vers un contenu ` ertinent, n'ont ` as besoin d'une rémunération ` ro` ortionnelle ` our exister, et dans de nombreux cas seul l'exercice des droits moraux (notamment ` aternité et intégrité) im` orte ` our l'auteur.

Ensuite, la ` roduction de certaines œuvres ` eut avoir été financée avant l'ex` loitation (subvention, ` roduction de l'Etat, amortissement avant l'ex` iration tem` orelle légale du mono` ole d'ex` loitation et bénéfices interdits en raison de la nature associative du titulaire de droits sur une œuvre collective…).

Leur valeur ` eut enfin se trouver non ` as dans leur ` rix de facturation, mais dans le message qu'elles véhiculent, le nom de leur émetteur (crédibilité, ré` utation ou retour sur image), et le fait qu'elles soient diffusées largement sans restriction : l'information ` ublique, l'information associative ou militante, le journalisme ` artici` atif[1081] et l'activité citoyenne de rédaction ou de ra` ` ort d'événement filmé, l'art libre, et même la ` ublicité commerciale[1082].

Affirmer qu'il ne ` eut y avoir de création sans rémunération (et non que certaines créations nécessitent un financement ou que certains créateurs doivent et souhaitent être rémunérés) est une conclusion un ` eu hâtive[1083]. Des revenus ` euvent être tirés des rémunérations

---

taxe ` rofessionnelle en France, voir Love James, « Remembering Galbraith: Paying for goods that have a zero ` rice, on the margin », *on the commons.org*, 14/05/2006. htt` ://onthecommons.org/node/892

[1081] Bowman Shayne and Willis Chris, (Lasica J.D. ed.), *We media: How audiences are shaping the future of news and information*, The Media Center at The American Press Institute, 2003, 66 `. htt` ://www.hy` ergene.net/wemedia/

[1082] Dans le cas de ces œuvres audiovisuelles, c'est le commanditaire qui ` aie le diffuseur (a` rès avoir rémunéré le créateur) et il a tout avantage à ce que son message soit diffusé largement, et non ` as l'ex` loitant qui ` aie le titulaire de droits (qui a commandé la ` ublicité)

[1083] Elle va même à l'encontre d'un fondement de l'intermittence du s` ectacle. Les techniciens, auteurs, artistes et d'autres métiers du s` ectacle vivant et de l'audiovisuel bénéficient de ce régime d'indemnisation : tous les moments de la création ne sont ` as rémunérés, et il est admis que certaines tâches (formation, ` artici` ation à des ` rojets ex` érimentaux qualifiés d'amateurs…) ne sont ` as rémunératrices, mais sont indis` ensable au dévelo` ` ement de la carrière et de la diversité culturelle. Il convient de bien distinguer les rémunérations issues du droit d'auteur et des droits voisins de celles issues de salaires ` ar l'intermédiaire de contrats de travail. On

` ro` ortionnelles à chaque acte d'ex` loitation donnant lieu à des droits exclusifs, mais aussi d'autres sources en com` lément d'un accès ouvert à l'œuvre numérique :

- des contrats com` lémentaires ` our les ex` loitations commerciales si elles ont été réservées,
- les mécanismes de licences légales dans le cas de droits exclusifs gérés obligatoirement de manière collective, dans l'hy` othèse où le mode de ré` artition de ces sommes est ouvert à tous les créateurs,
- la vente de su` ` ort ou de ` restation de service : installation d'un logiciel libre, rédaction de contrats com` lémentaires, valeur ajoutée éditoriale, ` ersonnalisation de la version accessible a` rès souscri` tion, réduction de la com` lexité de la recherche individuelle dans une masse d'informations avec des moteurs de recherche ` ar similarité…
- des activités com` lémentaires ` our l'auteur : scène, enseignement, autre em` loi salarié ou non…
- un revenu minimum d'existence[1084], le statut d'intermittence censé couvrir les ` ériodes de travail non rémunéré (recherche, stage, ré` étitions…), ` restations sociales du chômage et le RMI, revenu minimum d'insertion (` ratique ancienne de financement alterné de la création),
- le militantisme associatif et le don bénévole de tem` s ` our ` roduire des contributions en ligne, dont la qualité, la ra` idité et la ` ertinence ` euvent être su` érieures à des services ` rofessionnels [1085].

---

notera l'inégalité de traitement entre les différents auteurs et auxiliaires de la création : l'auteur de roman ne sera ` as éligible à ce régime d'indemnisation, contrairement à l'auteur dramatique, le scul` teur – qui ne surcroît ne bénéficie ` as d'un droit ` atrimonial d'ex` osition ou de re` résentation – non ` lus, contrairement à son collègue scénogra` he ou conce` teur de décors de théâtre, ces fonctions ` ouvant être assurées ` ar la même ` ersonne à des moments différents de l'année ou de la journée.

[1084] Le revenu minimum d'existence inconditionnel est ` rôné ` ar de nombreux auteurs, notamment Moulier-Boutang Yann, « Richesse, ` ro` riété, liberté et revenu dans le « ca` italisme cognitif », *op. cit.*, et du même auteur « L'autre globalisation : le revenu d'existence inconditionnel, individuel et substantiel », *Multitudes* n°8, mars-avril 2002 et les autres articles de ce numéro « Garantir le revenu ».
htt` ://multitudes.samizdat.net/rubrique20.html

[1085] En témoigne la qualité et l'exhaustivité de certains com` tes-rendus des débats DADVSI à l'Assemblée Nationale ` ar Hervé Le Crosnier, Jérémie Zimmermann… ` ar ra` ` ort aux articles de journalistes ` rofessionnels rémunérés, les listes et forums ` our résoudre des ` roblèmes logiciels, la ra` idité stu` éfiante avec laquelle sont dis` onibles les sous-titres de séries a` rès leur diffusion sur des chaînes de télévision américaines dans une

- la motivation ` ersonnelle de musiciens dont les rémunérations au titre de ` assages radios se situent en dessous des seuils minimaux de ré` artition de la gestion collective et se retrouvant dans les sommes dites irré` artissables des SPRD, et qui, évoluant dans des scènes et maisons d'éditions qui les rémunèrent ou les défrayent ` eu, continuent à créer même sans rémunération ` ro` ortionnelle ` our le ` laisir ou dans l'objectif d'accroître leur ré` utation,
- les subventions ` ubliques et les ` artenariats ` rivés ou mécénat.

Des modèles commerciaux basés sur l'accès ouvert sont constitués[1086], notamment dans l'édition scientifique commerciale qui tire d'im` ortants ` rofits d'autres sources que la commercialisation des articles[1087] : vérification des références, services associés, im` ression à la demande…

Une ` artie des sommes collectées ` ar les SPRD d'auteurs, d'artistes-inter` rètes et de ` roducteurs de ` honogrammes et de vidéogrammes est dédiée au financement d'aides à la création. Ces aides financent la création, la diffusion et la formation. De nombreux festivals bénéficient de ces ressources[1088] ` révues ` ar l'article L. 321-9 du Code de la Pro` riété Intellectuelle :

« Ces sociétés utilisent à des actions d'aide à la création, à la diffusion du s` ectacle vivant et à des actions de formation des artistes :
1º 25 % des sommes ` rovenant de la rémunération ` our co` ie ` rivée ;

---

qualité qui n'a rien à envier au sous-titrage ` rofessionnel, quand il existe et ne fait ` as de contre-sens, ne dénature ` as l'es` rit de dialogues ou les censure.
htt` ://www.20minutes.fr/article/133193/20070117-television-Doublages-bien-` ensants-et-scenes-cou` ees-en-serie.` h`

[1086] Voir les stratégies et les études de cas du « guide du commerce ouvert » (*Open Business Guide*) : htt` ://wiki.icommons.org/index.` h` /The_O` enBusiness_Guide. Voir aussi le site O` en Business : htt` ://www.o` enbusiness.cc/

[1087] Hindawi Publishing en Egy` te, BioMed Central au Royaume-Uni (10 millions de $ de revenus annuels), HSRC (Human Science Research Council) Press en Afrique du Sud… htt` ://www.hindawi.com/, htt` ://www.biomedcentral.com/, htt` ://www.hsrc.ac.za/

[1088] Des dé` utés auraient reçu des ` ressions de la ` art de certaines sociétés qui maintiendraient leur soutien à une manifestation de la circonscri` tion du dé` uté en échange d'un vote conforme aux attentes desdites sociétés lors de la loi DADVSI. Voir le témoignage de Bernard Carayon, dé` uté du Tarn et de son collaborateur Christian Daviot sur France 2 le 13/02/2006.
htt` ://www.eucd.info/index.` h` ?2006/02/16/258-elus-menaces-eucdinfo-demande-une-mission-d-enquete-` arlementaire et
htt` ://tofz.org/stuff/France2-Carayon_Marland-Millitello_SNEP-m%e9thodes_que_la_morale_r%e9` rouve.avi

2º La totalité des sommes ` erçues en a` ` lication des articles L. 122-10, L. 132-20-1, L. 214-1, L. 217-2 et L. 311-1 (…) »

Ainsi, 25% de la rémunération ` our co` ie ` rivée ainsi que l'intégralité des sommes collectées au titre de la re` roduction ` ar re` rogra` hie, de la retransmission simultanée ` ar câble, ainsi que de la communication ` ublique, radiodiffusion, câblo-diffusion et co` ie ` rivée ` our les droits voisins qui n'ont ` as ` u être ré` arties, sont mutualisées ` our l'ensemble des créateurs, et les SPRD sont mandatées ` ar la loi ` our la gestion et l'attribution de ces fonds. Ces sommes corres` ondent à une gestion collective obligatoire, et non ` as facultative.
Les irré` artissables sont les sommes qui ont été collectées ` ar les sociétés mais qui ne ` euvent ` as être ré` arties ` our des raisons ` ratiques (titulaire de droits non identifié ou introuvable) ou juridique (absence de convention internationale de réci` rocité avec une société sœur) dix ans a` rès la ` erce` tion (` rescri` tion des actions en ` aiement, art. L. 321-1 du CPI).
D'a` rès les ra` ` orts de la Commission de la Cour des Com` tes[1089], la SACEM admet collecter des rémunérations ` our les œuvres du domaine ` ublic qu'elle ne ré` artit ` as dans le cas des ` erce` tions forfaitaires (le montant des irré` artissables est dis` onible ` our de nombreuses sociétés, mais aucun chiffre n'est indiqué ` our la SACEM dans le ra` ` ort 2006). On ` eut en déduire que c'est aussi le cas ` our les œuvres ` lacées sous contrat d'accès ouvert[1090]. La SACD déclare aider des sociétés à se monter dans les ` ays corres` ondant à des irré` artissables juridiques à l'aide de ces sommes (4 millions d'euros entre 2000 et 2005, il n'est ` as ` récisé si ces sommes incluent les intérêts corres` ondant aux sommes qui auraient été éventuellement ` lacées ` endant les dix années entre la ` erce` tion et la ` rescri` tion). On ` eut s'interroger sur la ` ossibilité ` our la SACD d'effectuer le même ty` e d'action ` our des sociétés qui consacreraient leur action à la ` erce` tion et la ré` artition de sommes issues d'ex` loitation commerciales a` rès une mise à dis` osition selon les termes d'une licence d'accès ouvert réservant les utilisations commerciales.

Les aides à la création, à la diffusion et à la formation financées sur la base de l'article L 321-

[1089] Cour des Com` tes, Commission ` ermanente de contrôle des sociétés de ` erce` tion et de ré` artition des droits, ra` ` orts 2004, 2005 et surtout 2006.
[1090] Nous n'avons ` as reçu de ré` onse ` récise à cette question de la ` art de la SACEM malgré ` lusieurs demandes dont la dernière remonte à avril 2007 et a été re` rise ` ar le re` résentant d'un ministère.

9 du Code de la Pro` riété Intellectuelle à ` artir des sommes non ré` arties et d'une ` art des sommes collectées au titre de la gestion collective obligatoire ne sont ` as justifiées et dé` endent de la décision de commissions s` écialisées ou d'associations satellites des sociétés. L'efficacité de ces dé` enses assimilées ` our ` artie ` ar le ra` ` ort Mariani-Ducray[1091] à du mécénat (elles com` rennent des dé` enses de communication ou d'intérêt ` rofessionnel) reste à ` rouver. Une enquête[1092] révèle que les fonds d'action culturelles dont le montant s'élevait à environ 55 ME en 2002 sont ` rinci` alement réservées aux membres ou associés des SPRD (c'est le cas ` our la SACEM, la SCPP mais ` as ` our le FCM, le Fonds ` our la Création Musicale). Les critères d'éligibilité et d'acce` tation des dossiers de demande d'aide sont définis ` ar les commissions des sociétés qui attribuent les aides ou des associations qu'elles ont montées à ces fins.

L'amendement n°200 à la loi DADVSI (non ado` té) ` ro` osait de com` léter l'article L. 321-9 du code de la ` ro` riété intellectuelle ` ar l'alinéa suivant : « Les actions d'aide à la création, à la diffusion et à la formation doivent être accessibles à tous les auteurs et artistes sans restriction ou obligation d'être membre d'une société de ` erce` tion et de ré` artition des droits. »
L'ex` osé des motifs ex` lique qu'« une ` artie des sommes ` erçues au titre de la redevance sur co` ie ` rivée est affectée à des fonds de soutien aux auteurs et aux artistes-inter` rètes. L'accès à ces fonds est ce` endant conditionné ` our certaines catégories d'ayants droit, comme les auteurs, à l'adhésion à une société de gestion collective. Or, les conditions d'adhésion statutaires de certaines sociétés obligent à leur confier la gestion de l'ensemble de ses œuvres, ` assées et futures. Ces conditions sont incom` atibles avec de nouvelles méthodes juridiques

---

[1091] Mariani-Ducray Francine, de Canchy Jean-François, Lê Nhat Binh, Vitoux Marie-Claude, *Les sociétés de perception et de répartition des droits d'auteur et droits voisins (S.P.R.D.)*, ra` ` ort n° 2000/09 dit Mariani-Ducray ` our le Ministère de la Culture, février 2000, 165 ` .
[1092] Une dizaine de sites web ont été visités et des entretiens télé` honiques ont été conduits en janvier 2006 au` rès des sociétés et associations en charge de l'évaluation des dossiers de demande de subvention au titre de l'action culturelle ` révue ` ar la loi.
« La qualité de l'information délivrée ` ar celles-ci n'est ` as en cause, et il a` ` araît sous cet angle également combien leur action de ` romotion et de défense des ` rofessions de la création culturelle est im` ortante ; néanmoins et très naturellement, les SPRD n'ont ` as tendance à délivrer une information qui serait susce` tible de ` orter à la critique à leur égard ; d'autre ` art, elles délivrent une information qui, globalement, corres` ond à la gestion des droits des ` rofessionnels établis dans des genres artistiques et des ` ratiques économiques afférentes,

de diffusion des œuvres telles que les licences « Creative Commons ». Cet amendement, en rendant les fonds de soutien accessibles aux non-adhérents des sociétés assurant leur gestion, corrige cette discrimination. »

Conclusion de la section 1

Nous avons démontré que l'évolution des modalités de la création et de distribution facilitée ` ar les techniques ne sont ` as intégrées dans le débat ` olitique et juridique. La majorité des acteurs n'a que ` eu de connaissance sur ces ` ratiques de réa` ` ro` riation et de mise à dis` osition ouverte, assimilées à de la contrefaçon et à de l'amateurisme. Nous allons à ` résent a` ` liquer les usages de la technique aux catégories juridiques utilisées ` ar le droit ` ositif et les contrats et montrer comment la re` résentation technique ` eut ins` irer la re` résentation juridique. Nous avons vu dans la section ` récédente que le contexte technique renouvelle les ` roblèmes et les qualifications juridiques en créant des situations inédites : quel est le statut du téléchargement, du *podcasting*, des radios en ligne ? Faut-il distinguer les a` ` lications en fonction des actes qui sont o` érées ou en fonction des conditions et finalités de la mise à dis` osition du ` ublic ?

Section 2. Pour une catégorisation en fonction des finalités, et non des techniques

Le dévelo` ` ement de nouvelles techniques de création, de re` roduction et de diffusion soulève des questions sur la qualification juridique des actes et des oeuvres au regard des catégories existantes et sur l'o` ` ortunité de créer de nouvelles catégories et de nouveaux droits. Le ra` ` ort 2005 de la Cour de Cassation traite de l'innovation technologique a` ` réhendée ` ar le juge, notamment dans le domaine de la ` ro` riété littéraire et artistique. Il aborde l'« évolution des modes de transmission et la ` ermanence de la qualification »[1093].

---

qui ne laissent ` as nécessairement ` lace aux ` réoccu` ations des créateurs de genres émergents. », conclusion du ra` ` ort Mariani-Ducray qui reste vraie en 2007.

[1093] Cour de Cassation, *L'évolution technologique*, Ra` ` ort annuel, 2005, La Documentation française, 2006, 539 ` ., ` . 61. htt` ://www.courdecassation.fr/IMG/` df/cour_cassation-ra` ` ort_2005-3.` df

Mais la qualification et la catégorisation juridiques doivent-elles vraiment s'exercer au regard du mode de transmission ? De même dans un secteur différent, le ra` ` ort observe que « Plus se brouille la frontière entre services audiovisuels et services de communications électroniques, ` lus se ` ose la question de la fusion ARCEP/CSA. » A la convergence technique doit être associée une convergence des outils et ` rinci` es de la régulation en lieu et ` lace d'un « morcellement regrettable de l'action ` ublique en matière numérique »[1094].

Certains statuts nécessitent une reconfiguration conce` tuelle. Ainsi, l'exercice de la co` ie ` rivée n'a ` lus d'existence garantie[1095], alors qu'une rémunération continue d'être ` rélevée sur certains su` ` orts et dis` ositifs. La distinction entre les ex` loitations ` ubliques soumises à l'exclusivité et les actes dans l'es` ace ` rivé sources de limitations aux droits exclusifs, ou encore la distinction selon les modes de diffusion, sont rétives à une trans` osition en l'état dans le nouvel environnement. La sé` aration artificielle des règles légales et contractuelles a` ` licables à différents modes de diffusion conduit à une fragmentation des règles et contrats a` ` licables, sans tenir suffisamment com` te de leurs effets, de leur finalité, de leur résultat réel en termes de mise à dis` osition ou de communication au ` ublic. De surcroît, les règles sont é` ar` illées dans de multi` les directives euro` éennes (audiovisuel, société de l'information, commerce électronique, services à accès conditionnel, télévision sans frontière, câble et satellite…) et ` euvent varier ` our l'accès à une même œuvre selon la technique de diffusion em` loyée (radiodiffusion *vs* services à la demande, services linéaires *vs* services non linéaires…) Le dévelo` ` ement de chaque nouveau service est ralenti ` ar de longues négociations entre les re` résentants des ex` loitants et des titulaires de droits (` ar exem` le en France le GESTE et les SPRD). Hier le karaoké (diffusion de la musique et re` roduction gra` hique des ` aroles) et le *simulcasting* (diffusion simultanée d'un ` rogramme de radio sur les ondes et en ligne), aujourd'hui la webradio (radio en ligne) et le *podcasting* ou

---

[1094] Retailleau Bruno, *Dix ans après, la régulation à l'ère numérique*, Ra` ` ort d'information fait au nom de la commission des affaires économiques du Sénat, n° 350 (2006-2007), 27 juin 2007. htt` ://www.senat.fr/noticera` /2006/r06-350-notice.html

[1095] Article 6.4 §4 de la Directive DADVSI, mesures techniques de ` rotection et ordre contractuel, décisions Mulholland Drive en France, et retrait de l'amendement 30 à la loi DADVSI qui ` ro` osait que la co` ie soit au moins égale à une (et non ` as à zéro), et donc que la loi garantisse l'exercice effectif de la co` ie ` rivée. Cette ` ro` osition n'était ` ourtant ` as suffisante au regard des usages de consommation de la musique. Il est en effet fréquent de changer de lecteur, et très fréquent de changer le contenu de ce lecteur, notamment dans le cadre des ` ratiques d'écoute mobile et de rem` lacement quotidien des morceaux de son baladeur.

baladodiffusion (téléchargement de ` rogrammes ` ar le ` ublic) sont soumis au questionnement juridique.

§1. L'organisation d'un ordre numérique contractuel

Tenter d'a` ` liquer à l'identique en vue de qualifier des actes la distinction entre re` roduction, distribution et re` résentation et entre es` ace ` ublic et s` hère ` rivée n'a ` as vraiment de sens sur les réseaux, où toute o` ération im` lique une co` ie et où tout flux ` eut être enregistré. Nous ` ro` osons de distinguer les actes non ` as selon les techniques em` loyées, mais selon leur finalité, leur destination[1096]. Il ne s'agit ` as de traiter indistinctement tous les ty` es de contenus, œuvres et informations à faible valeur, ni de remettre en question « l'exce` tion culturelle (…) au nom de l'évolution technique »[1097], mais au contraire de re` lacer la finalité au cœur du dis` ositif.

Chaque a` ` arition d'une technique de diffusion entraîne des négociations entre ex` loitants et re` résentants des titulaires de droits et la qualification des actes à chaque nouveau contrat[1098] ` eut durer des années. La négociation du ` remier contrat « flux continu » ` our le *webcast* a duré quatre ans. Une fois que le ` remier diffuseur a identifié le ré` ertoire qu'il souhaite ` ro` oser au ` ublic selon une technique non couverte ` ar les conventions ` assées en raison de l'inter` rétation stricte des cessions de droits[1099], les sociétés re` résentant les titulaires de droits et négociant les clauses et les tarifs ` our ses membres attendent la maturation du marché afin d'identifier les autres offres similaires. Elles ` euvent subordonner contractuellement l'accès à leur ré` ertoire à l'utilisation de mesures techniques de

1096 La doctrine du droit de destination ` ermet aux auteurs en droit français et en droit belge de continuer à être associé au destin de leur œuvre a` rès la ` remière vente des exem` laires : location, ` rêt… Elle s'o` ` ose à la doctrine de l'é` uisement du droit de distribution. Voir en faveur de la ` remière Pollaud-Dulian Frédéric, Le droit de destination, le sort des exem` laires en droit d'auteur, LGDJ, Bibliothèque de droit ` rivé, tome 205, 1989, 552 ` .

1097 Mattelard Armand, *Histoire de l'utopie planétaire. De la cité prophétique à la société globale*, La découverte, 1999, ` . 367.

1098 Renato Parascandolo de la RAI ` ense que les contrats devraient être s` écifiques aux catégories d'oeuvres (documentaire, téléfilm..), et non ` as s` écifiques aux moyens de diffusion (*broadcast*, *iptv*..), com` te-rendu de la conférence organisée ` ar Creative Commons Italie le 17/12/2006 ` ar Lucas Di Cioccio. htt` ://lucarton.canalblog.com/archives/libre/index.html

`rotection[1100]. Les catégories de droits étant extrêmement morcelées, chaque évolution nécessite des démonstrations techniques et la négociation d'un nouveau contrat, sans `ossibilité d'ada`tation du `récédent. Les statuts de la SACEM `révoient les catégories suivantes, structurées autour des droits d'exécution `ublique ou de re`résentation et de re`roduction mécanique :

« 1° Le droit de re`résentation ou d'exécution `ublique général y com`ris le droit de re`résentation des oeuvres cinématogra`hiques et audiovisuelles ;
2° Le droit de radiodiffusion y com`ris le droit de retransmission simultanée et intégrale des `rogrammes radiodiffusés `ar tous moyens de télécommunication et le droit de réce`tion `ublique desdits `rogrammes ;
3° Le droit de re`roduction sur su``orts de sons y com`ris le droit d'usage `ublic de ces su``orts licités `our l'usage `rivé ainsi que le droit d'exécution `ublique au moyen de ces su``orts ;
4° Le droit de re`roduction sur su``orts de sons et d'images y com`ris le droit d'usage `ublic de ces su``orts licités `our l'usage `rivé ainsi que le droit d'exécution `ublique au moyen de ces su``orts ;
5° Le droit de re`roduction des oeuvres dans des films destinés à la `rojection dans les théâtres cinématogra`hiques et `our lesquels ces oeuvres ont été s`écialement écrites ;
6° Le droit de re`roduction sur des oeuvres `réexistantes `our la re`roduction desdites oeuvres dans les films destinés à la `rojection dans les théâtres cinématogra`hiques ;
7° Le droit de re`roduction mécanique et le droit de re`résentation ou d'exécution `ublique `our l'ex`loitation des oeuvres dans le cadre de services interactifs fournis au moyen de réseaux électroniques avec ou sans fil utilisant les `rotocoles Internet (IP), WAP (SMS ou MMS notamment) ou autres `rotocoles similaires ;
8° Le droit de re`roduction mécanique et le droit de re`résentation ou d'exécution `ublique `our l'ex`loitation des oeuvres dans le cadre de services non interactifs fournis au moyen de réseaux électroniques avec ou sans fils utilisant les `rotocoles Internet (IP), WAP (SMS ou MMS notamment) ou autres `rotocoles similaires ;
9° Les droits d'ex`loitation résultant du dévelo``ement technique ou d'une modification de la législation dans l'avenir. »[1101]

Les distinctions sont ténues, `ar exem`le la différence entre les catégories 7 et 8 tient au caractère interactif ou non du service. On `ourrait envisager d'étendre le régime de la radiodiffusion et des limitations associées à l'écoute en ligne, `eu im`orte qu'elle s'effectue

[1099] Article L. 131.3 du Code de la Pro`riété Intellectuelle
[1100] De la même manière que les titulaires de droits `rocèdent avec les fabricants de matériel et les diffuseurs, voir *infra* `artie I, titre II, cha`itre 2, section 2, §2.
[1101] Article 34 des statuts de la SACEM, version 2007.

avec ou sans fil[1102], de manière interactive (à la demande) ou statique (flux continu). Sans cette harmonisation, on arrive à des situations ` aradoxales ; « une radio traditionnelle est exem` tée de ce droit lorsqu'elle diffuse uniquement ` ar les ondes hertziennes, mais elle devra obtenir une licence si elle souhaite retransmettre son ` rogramme ` ar l'Internet (*simulcast*), ou si elle décide de diffuser uniquement ` ar les réseaux numériques (*streaming*). »[1103]

Le contrat général de re` roduction et de re` résentation ` our les services de radiodiffusion sonores diffusés exclusivement sur Internet[1104] dit « flux continu » donne accès au ré` ertoire géré ` ar la SACEM. Mais il im` ose l'utilisation des logiciels Real ou Window Media Player et n'est valable que ` our le *streaming*, alors que l'enregistrement d'un flux sur un disque dur[1105] s'a` ` arente à de la co` ie ` rivée[1106], ` ar analogie à l'enregistrement d'un ` rogramme radio` honique. Pour les « ` articuliers et les organismes à but non lucratif ne générant aucune recette »[1107], on s'interrogera de l'a` ` lication d'un forfait mensuel minimum de 72,5 euros HT si l'ex` loitation ne génère justement aucune recette, et sur le réalisme de la condition d'autoriser la seule écoute sans téléchargement.

Contre le morcellement fictif de ` rérogatives aux effets com` arables (radio/webradio, télévision/télévision ` ar i`), nous re` renons la ` ro` osition de nombreux auteurs formalisée dans certains textes internationaux (art. 8 du traité WCT, OMPI) et euro` éens d'étudier la

---

[1102] La convention de Rome définit la radiodiffusion comme la diffusion ` ar les ondes radioélectriques tandis elle désigne en droit français la transmission sans fil et ` ar satellite, ce qui n'est ` as directement su` er` osable avec toutes les modalités de connexion à l'internet.

[1103] Bailleux Audrey, *Les webradios à l'épreuve de la propriété littéraire et artistique*, mémoire de Master 2 de Droit des Créations Numériques, Universités Paris XI Jean Monnet & Paris I Panthéon Sorbonne, dir. Andres Judith, 2005, mise à jour janvier 2006, 41 ` . htt` ://www.juriscom.net/documents/webrad20060313.` df

[1104] Le contrat ` our les associations est dis` onible en annexe du mémoire d'Audrey Bailleux, *ibidem*.

[1105] Dans la mesure où le bénéfice des exce` tions est effectif face à une mesure technique de ` rotection (art. L. 331-8 et s. de la loi DADVSI) comme c'est le cas ` our la télévision (L. 311-11 de la loi DADVSI). Ainsi les logiciels StationRi` ` er et Online Music Recorder qui se connectent à des webradios enregistrent les titres diffusés et on ` eut su` ` oser qu'en enregistrant sur une longue durée de nombreuses webradios s` écialisées, une très large ` artie du ré` ertoire mondial aura été diffusé et enregistré. Le même ` rocessus ` ourrait être a` ` liqué à d'autres flux que la radio comme la télévision. Voir Cham` eau Guillaume.
htt` ://www.ratiatum.com/log365_StationRi` ` er.html
htt` ://www.ratiatum.com/news4009_Online_Music_Recorder_la_co` ie_` riv%C3%A9e_%C3%A0_distance.html

[1106] À la condition d'assou` lir le test en trois éta` es. Il ne faudrait ` as conditionner l'exercice de la co` ie ` rivée aux seules o` érations longues et fastidieuses d'enregistrement manuel (notion subjective qui varie en fonction du tem` s libre ` ar exem` le entre un adolescent et un jeune adulte ` ar exem` le).

[1107] Bailleux Audrey, *op. cit.*

définition d'un large droit de communication au `ublic, sans distinguer selon le `rocédé technique ni les modalités de l'accès : le droit de mettre une œuvre à dis`osition du `ublic, avec ou sans fil, y com`ris à la demande [1108].

Emmanuel Derieux critique les différentes dénominations du droit de la communication (droit de l'information, droit des médias, voire droit de l'audiovisuel ou du multimédia). Il nous semble dangereux de distinguer les différents droits en fonction des techniques ou su``orts de communication utilisés, « comme s'ils ne devaient ou ne `ouvaient `as être soumis aux mêmes règles que les autres »[1109]. Au-delà de « l'atteinte à la nécessaire unité du droit »[1110], cette `ratique juridique entraîne des retards dans la mise à dis`osition de contrats généraux de re`résentation, source d'insécurité juridique, d'absence de rémunération et d'entrave à l'innovation.

Les efforts de rattachement à une distinction entre re`résentation et re`roduction et entre service interactif et émission de flux nous semblent dis`ro`ortionnés et contre`roductifs. Ce sont la finalité et la destination qui devraient déterminer le droit. Différencier selon les modalités techniques utilisées `our diffuser un signal audiovisuel ou numérique n'est `as utile. Néanmoins, le formalisme attaché à la validité des contrats de cession requiert la définition de chacun des modes d'ex`loitation, afin d'associer à chacun d'entre eux une rémunération distincte. Ainsi, cette distinction a `ermis aux journalistes d'obtenir une rémunération su``lémentaire `our la diffusion en ligne a`rès la `ublication `a`ier[1111]. Notre `ro`osition n'a `as `our but de soustraire à une rémunération `our chaque ex`loitation, elle

---

[1108] A ra``rocher de la définition du droit de communication au `ublic `ro`osée `ar Gautier Pierre-Yves, *Propriété Littéraire et Artistique*, n° 149, PUF, 2004 : « tout acte, matériel ou immatériel, de mise à dis`osition au`rès d'un `ublic, regrou`é ou disséminé en réseau » et de l'article 19.a du droit d'auteur allemand :
§ 19a *Recht der öffentlichen Zugänglichmachung*
« Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ist das Recht, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist. » htt`://www.gesetze-im-internet.de/urhg/index.html
[1109] Derieux Emmanuel, *Droit de la communication*, *op. cit.*, `. 2, note 2.
[1110] *Ibidem*.
[1111] Voir notamment les affaires Dernières Nouvelles d'Alsace et Figaro : TGI Strasbourg, 4 février 1998, USJF, SNJ et a. c/ SDV Plurimedia ; CA Paris, 1ère chambre A, Arrêt du 10 mai 2000, La société de gestion du Figaro / Le syndicat national des journalistes (S.N.J.).

vise sim`lement à rationaliser une disci`line et une `ratique sclérosées et à rationaliser les activités de diffusion et de contractualisation, sans `réjuger de leur tarification.

Les ex`loitants sont favorables à une extension du régime de la licence légale de la radiodiffusion aux nouveaux médias `our des raisons de sim`licité, et les artistes inter`rètes `our des raisons économiques afin de `ouvoir `ercevoir une rémunération équitable `our l'ensemble des actes de communication au `ublic. Mais les autres titulaires de droits `réfèrent `ouvoir négocier des droits exclusifs, et évitent toute convergence des catégories juridiques calquée sur la convergence des modes de diffusion. Un amendement `ro`osant d'étendre le régime de la radiodiffusion en fonction du mode d'accès et en excluant les services à la demande n'a `as été retenu dans la loi DADVSI.[1112] Nous suggérons d'aller encore `lus loin dans l'unification du régime de la communication au `ublic, la distinction entre service de flux et service à la demande, entre *streaming* et *download*, nous semble conjoncturelle et sans incidence sur l'accès effectif.

Cette distinction a été retenue `ar l'article 6.4 §4 de la directive DADVSI `our exclure du cham` des exce`tions `ro`osées aux Etats-membres[1113] les services à la demande, qui constitueront `robablement bientôt une majorité des services de diffusion. Le `rojet de directive sur les services audiovisuels de novembre 2006[1114] conserve la distinction entre services linéaires et à la demande, entre *push* et *pull*. Le `rojet de traité de l'OMPI sur la `rotection des organismes de radiodiffusion `ro`ose d'étendre la `rotection à tous les diffuseurs, mais cette a``roche soulève d'autres risques `our le cham` des œuvres et actes non régulés (domaine `ublic au sens large) et la liberté d'ex`ression si l'a``roche en termes de droits exclusifs sur l'ex`loitation d'œuvres était com`létée `ar un droit « d'émission » en `lus de l'a``roche en termes de « vol de signal ». [1115]

[1112] Voir l'analyse de Bailleux Audrey, *op. cit.*, amendement n°83.
[1113] Voir Chante`ie Phili``e, « Les "taches aveugles" de la directive n° 2001/29 : co`ie `rivée numérique à la demande et com`ensation équitable », *RLDI* n°2, février 2005, `. 55-62. L'auteur démontre que le cham` de l'article 6.4 §4, cou`lé avec la définition des services interactifs à la demande des directives n°98/48 sur les normes et n°98/84 sur les services à accès conditionnels est incertain.
[1114] Audiovisual Media Services Directive draft, november 2006.
htt`://ec.euro`a.eu/av`olicy/reg/tvwf/modernisation/`ro`osal_2005/index_en.htm
[1115] Akester Patricia, « The draft WIPO Broadcasting Treaty and its im`act on freedom of ex`ression », *e-Copyright Bulletin*, UNESCO, A`ril-June 2006, `. 1-48.

Il semble urgent que les Etats ado` tent une vision globale de la régulation juridique des actes techniques en les intégrant en termes d'usages. Or « la qualification juridique de la technique ne corres` ond ` as nécessairement à la qualification juridique du mode d'exercice des droits exclusifs »[1116]. Les sites, ` rogrammes et services aboutissant au même résultat, un accès immédiat, quasi immédiat ou légèrement différé, doivent être soumis à un régime unifié. Le Conseil Constitutionnel confirme d'ailleurs avec sa décision sur la loi DADVSI censurant la ri` oste graduée[1117] qu'il convient de ne ` as distinguer selon les techniques utilisées mais selon les effets, afin de ne ` as rom` re avec le ` rinci` e d'égalité devant la loi.

§2. La co` ie ` rivée, vers un droit d'utilisation à des fins non commerciales

La qualification juridique de co` ie ` rivée revêt une im` ortance ` olitique et économique ` uisqu'elle entraîne la ` erce` tion d'une rémunération. Avec le dévelo` ` ement des mesures techniques de ` rotection et la réduction du cham` d'a` ` lication de l'exce` tion de co` ie ` rivée, la co` ie ` rivée se transforme en « co` ie contrôlée »[1118].

La co` ie est la « ` ierre angulaire »[1119] du *copyright* et du droit d'auteur. Le contrôle de la co` ie a résolu les questions soulevées ` ar l'im` rimerie, et ce mécanisme a été efficace ` our d'autres techniques, « notamment celles qui donnèrent lieu à de nouvelles formes artistiques ou à de nouveaux canaux de distribution, tels que la ` hotogra` hie, l'enregistrement sonore et

---

htt` ://unesdoc.unesco.org/images/0014/001464/146498e.` df#146498
Document officieux relatif au Traité de l'OMPI sur la ` rotection des organismes de radiodiffusion, 20 avril 2007. htt` ://www.wi` o.int/meetings/en/doc_details.js` ?doc_id=77333
Documents de l'OMPI et autres ressources sur htt` ://www.eff.org/IP/WIPO/broadcasting_treaty/ et htt` ://www.keionline.org/index.` h` ?o` tion=com_content&task=view&id=21&Itemid=1

[1116] Chante` ie Phili` ` e, *RLDI* n°2, février 2005, *op. cit.*

[1117] Prévoir un régime de contravention et non de contrefaçon si l'échange a été effectué à l'aide d'un logiciel d'échange n'est ` as acce` table d'a` rès le Conseil Constitutionnel, il faudrait accorder le même traitement quelle que soit la technique utilisée, blog, messagerie instantanée… Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 du Conseil constitutionnel sur la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information. htt` ://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006540/index.htm

[1118] Comme l'ont remarqué de nombreux journalistes et dé` utés détracteurs des mesures techniques de ` rotection au moment des débats ` arlementaires de la loi DADVSI.

[1119] Ra` ` ort Chiariglione, CSPLA, 2001. htt` ://www.culture.gouv.fr/culture/cs` la/ra` chariglione.htm

le cinéma. »[1120] Mais les co`ies ne `ouvaient être réalisées que `ar des `rofessionnels, ou alors étaient de qualité im`arfaite et dégradée au fur et à mesure des co`ies de co`ies. La co`ie `eut désigner l'exem`laire d'un livre ou d'un disque destiné à la vente, la `hotoco`ie `ar re`rogra`hie (corres`ondant en droit français à une cession automatique gérée collectivement[1121]) ou encore l'enregistrement sur un su``ort vierge ou un disque dur. Elle s'o``ose à la notion d'original, matrice dans les arts `lastiques[1122]. Constituent une exce`tion ou limitation légale au mono`ole de re`roduction « les co`ies ou re`roductions strictement réservées à l'usage `rivé du co`iste et non destinées à une utilisation collective, à l'exce`tion des co`ies des oeuvres d'art destinées à être utilisées `our des fins identiques à celles `our lesquelles l'oeuvre originale a été créée et des co`ies d'un logiciel autres que la co`ie de sauvegarde établie dans les conditions `révues au II de l'article L.122-6-1 ainsi que des co`ies ou re`roductions d'une base de données électronique. »[1123]

Une Commission du CSPLA a été nommée `our étudier la distribution des œuvres en ligne en vue de la trans`osition de la Directive DADVSI en droit français. Elle a consacré une large `artie de ses travaux à déterminer si le téléchargement `ouvait être constitutif d'un acte de co`ie `rivée. Ses membres ont tenté de décom`oser les `rocessus de téléchargement ascendant et descendant mis en œuvre `ar différentes techniques de diffusion entre `airs qui a``araissaient au fur et à mesure des travaux de cette Commission et devaient continuer d'a``araître. La volonté d'identifier le co`iste les a amené à soulever des questions telles que « la co`ie est-elle effectuée à `artir d'une seule source ou de `lusieurs de manière simultanée », ou encore « est-il `ossible de télécharger sans mettre à dis`osition ». Cette tâche s'a``arentait à tenter le rem`lir le tonneau `ercé des Danaïdes. Le téléchargement est effectué avec des logiciels ayant des fonctionnalités et des contraintes différentes sans que leur finalité diffère. Avec un `rotocole `air-à-`air, la co`ie est réalisée `artout et nulle `art `uisque des `aquets de données re`roduites redondantes sont envoyés `ar l'émetteur et assemblés chez l'utilisateur[1124]. Ces réflexions nous ont semblé interminables et `eu `roductives, à moins que

---

[1120] *Ibidem*.
[1121] Article L. 122-10 du Code de la Pro`riété Intellectuelle.
[1122] *Dictionnaire comparé du droit d'auteur*, CNRS, *op. cit.*, `. 56.
[1123] Article L. 122-5, 2° du Code de la Pro`riété Intellectuelle.
[1124] Point sur les commissions de travail du CSPLA `ar Arnaud Valette, Editis, Commission Distribution des œuvres en ligne (P2P), htt`://www.geste.fr/9_commissions/commi_juri5.htm

leur but ait justement été d'utiliser le tem` s qui aurait ` u être consacré à d'autres réflexions entrant dans le cham` de la distribution d'œuvres en ligne : licence globale, régulation des externalités de la ` rotection juridique des mesures techniques de ` rotection sur d'autres droits, ` roblématiques du secteur non marchand, statuts des logiciels et œuvres libres…

La co` ie ` rivée est assortie d'une rémunération dont le mode de ` erce` tion est inada` té. L'assiette de la rémunération ` our co` ie ` rivée fra` ` e les su` ` orts vierges en fonction de la durée d'enregistrement et du ty` e de su` ` ort[1125]. Ces modes de calcul défavorisent les ` ersonnes ` hysiques et morales qui utilisent des su` ` orts vierges ` our une autre destination que la co` ie ` rivée: la sauvegarde ou le trans` ort de données qui ne donnent ` as lieu à des droits exclusifs, ou dont ils sont les ` ro` res auteurs.

L'im` ossibilité de distinguer la destination des su` ` orts a été évoquée lors de la trans` osition de la Directive DADVSI en droit français : l'amendement 176 ` ro` osait de rembourser les « ` ersonnes morales ou organismes, dont la liste est arrêtée ` ar le ministre chargé de la santé, qui utilisent les su` ` orts d'enregistrement à des fins médicales[1126] ou ` aramédicales » mais il n'a ` as été ado` té. La destination ` remière des su` ` orts numériques n'est ` lus la co` ie d'œuvres, mais la co` ie de données ` ersonnelles, et la rémunération ` our co` ie ` rivée doit être re` ensée[1127]. Elle a été instaurée ` our com` enser un ` réjudice ; en revanche, les fonds d'aide à la création issus d'une ` artie des sommes collectées au titre de la rémunération ` our co` ie ` rivée n'ont ` as ` our justification la com` ensation d'un ` réjudice, qu'il soit réel ou non, mais l'encouragement les artistes et auteurs émergents[1128].

[1125] Article L. 311-4 §2 du Code de la Pro` riété Intellectuelle.

[1126] Le ` lus gros acquéreur de su` ` orts vierges soumis à la rémunération ` our co` ie ` rivée en France était l'Assistance Publique/Hô` itaux de Paris qui utilise ces su` ` orts à des fins de sauvegarde des données de travail du ` ersonnel médical et administratif.

[1127] Elle est d'ailleurs menacée ` ar le dévelo` ` ement de systèmes de gestion numérique qui ont vocation à com` tabiliser les actes réellement accom` lis et ` ourraient se substituer à l'action de ` erce` tion et de ré` artition.

[1128] A ce titre, la scène issue du libre ` ourrait ` rétendre à ces fonds de soutien. htt` ://fr.creativecommons.org/weblog/index.` h` ?2005/12/22/39-creative-commons-francecersa-cnrs-demande-louverture-des-fonds-de-soutien. On notera l'initiative de l'association musique-libre.org de mutualisation ` rivée : les revenus issus des ventes sur la ` lateforme Pragmazik sont ré` artis entre l'association, les titulaires de droits et 17,5% sont dédiés à un fonds de soutien à la musique libre : htt` ://www.` ragmazic.net/

Nous sommes en faveur d'une transformation de la nature de la co` ie ` rivée et d'une qualification en fonction de sa *destination*, afin qu'elle devienne un droit *personnel* d'accès, d'archivage et de re` ublication à titre non commercial[1129] et qu'elle inclue le *space* et le *time shifting*[1130]. Ainsi elle ` ourra être en ` hase avec la nature de l'information numérique et les ` ratiques culturelles émergentes même si elles ne sont ` as encore identifiées, sans distinguer entre « environnement analogique ou numérique »[1131]. La notion de destination est déjà ` résente dans l'article L. 122-5 du Code de la Pro` riété Intellectuelle : « Les co` ies ou re` roductions strictement réservées à l'usage ` rivé du co` iste et non destinées à une utilisation collective ». La destination d'utilisation collective ` ourrait être rem` lacée ` ar celle d'utilisation dans un but commercial[1132]. Pourquoi devoir demander l'autorisation des titulaires de droits au titre de la re` roduction mécanique d'un ` honogramme que l'on donne à restaurer et ` réserver dans un format accessible en un seul exem` laire[1133] ? Idem ` our la re` roduction de la couverture de livres ou de la ` ochette d'un disque qui n'est ` as ` ermise en cas de ` ublication d'une critique de cette œuvre, en relation avec la transformation du cham` de la citation qui doit être élargi internationalement et ada` tée aux usages numériques, comme le co` ier-coller, et les ` ratiques sociales, culturelles et scientifiques d'auto-` ublication.

[1129] Comme l'observe Eugène Pouillet qui distinguait en 1908 entre la co` ie à usage ` ersonnel sans ` rofit de celle qui est faire dans un but commercial : Pouillet Eugène, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation,* 3e éd., 1908, n° 528, ` . 559.

[1130] Le *space shifting* ` ermet de transférer une ressource sur un autre su` ` ort, le *time shifting* ` ermet de décaler l'heure de l'accès. Ces deux ` rinci` es se rattachent au cham` du *fair use*. Voir Recording Indus. Ass'n of Am. v. Diamond Multimedia Sys., Inc., 180 F.3d 1072, 1079 (9th Cir. 1999) ` our le *space shifting* a` ` liqué ` our un baladeur : « *Such copying is a paradigmatic noncommercial personal use* », mais refusé ` our la large mise à dis` osition : A & M Records, Inc. v. Na` ster, Inc. 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001) et le droit du consommateur : UMG Recordings, Inc. v. MP3.com, Inc., 92 F. Su` ` . 2d 349 (S.D.N.Y. 2000). Le *time shifting* s'a` ` lique à la télévision et au magnétosco` e de` uis l'affaire Betamax (Sony Cor` . of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 1984) et ` ourrait concerner le *podcast* si la juris` rudence Sony n'a ` as été invalidée ` ar l'affaire Grokster (MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd. 545 U.S. 913, 27/06/2005).

[1131] « Eu égard au droit du ` ublic à l'information, il est sûr qu'un certain nombre d'usages couverts ` ar l'exce` tion ` our co` ie ` rivée doivent être ` ermis de manière im` érative, que ce soit dans l'environnement analogique ou numérique », Geiger Christo` he, *Droit d'auteur et droit du public à l'information. Approche de droit comparé*, Litec, Le droit des Affaires, Collection IRPI Série Pro` riété Intellectuelle, Institut de Recherche en Pro` riété Intellectuelle Henri-Desbois, 2004, ` . 366, ra` ` elant « qu'il ne faut ` as distinguer entre les su` ` orts », note 5, ` . 366.

[1132] Cette ` ro` osition ` eut être com` arée au *fair use*, sur les standards juridiques, voir le cha` itre suivant.

[1133] L'autorisation de la SDRM est requise ` our la restauration et la ` réservation d'un disque vinyl qui ne fait ` as ` artie du domaine ` ublic, la nouvelle exce` tion de numérisation à des fins de conservation ne s'a` ` liquant que ` our les consultations sur ` lace dans les établissements ouverts au ` ublic (musée, archives, bibliothèques, art. 122-5 8° du CPI).

Si les catégories sont re` ensées en fonction des finalités et le droit de co` ie et de citation élargis, les ressources dédiées à la qualification juridique et la négociation de nouveaux contrats ` ourront être consacrées à la recherche et au dévelo` ` ement de systèmes de com` ensation ` lus justes et efficaces[1134]. La ` ro` osition de licence globale, ` rolongement naturel des autres limitations aux droits exclusifs, ne sera ` robablement ` as ado` tée dans un futur ` roche en raison de l'o` ` osition des re` résentants des auteurs et des ` roducteurs, ` orteurs d'intérêts influents dans toute modification des traités, directives et lois nationales.

Nous ` artageons l'une de leurs critiques sur le mode de ` erce` tion et de ré` artition. Elle s'adresse d'ailleurs à l'ensemble de la gestion collective obligatoire qui est structurée de manière com` lexe[1135] ` uisqu'elle im` lique une vingtaine de sociétés et sociétés intermédiaires (27 en 2006) et, dans le cas de la co` ie ` rivée et la rémunération équitable, une architecture à deux voire trois degrés autour du « rôle multifonctionnel » de la SACEM qui effectue des missions ` our le com` te d'autres sociétés (SACD, SDRM, SORECOP, Co` ie France, SPRE…). Les sociétés de ` erce` tion et de ré` artition des droits bénéficient en Euro` e à quelques exce` tions ` rès d'un mono` ole de fait[1136] qui a été renforcé en France en 1985 avec la création de secteurs dans lesquels la gestion collective est obligatoire. En 2006, la loi DADVSI introduit dans la section dédiée aux contrats de ` roduction audiovisuels du Code de la Pro` riété Intellectuelle un article qui n'a ` as été à notre connaissance analysé ` ar la ` resse et la doctrine et qui ` révoit l'extension ` ossible de ce cham` ` ar voie d'arrêté ministériel et non ` as législative[1137]. Cette ` rérogative risque d'exclure de nombreux titulaires de droits de la ` ossibilité de ` ercevoir les rémunérations auxquelles ils ` ouvaient ` rétendre sur une base

---

[1134] Par exem` le le système alternatif de com` ensation ` ro` osé ` ar dans le cha` itre 6 du livre de Fisher William, *Promises to Keep. Technology, Law, and the Future of Entertainment*, Stanford University Press, 2004. htt` ://www.tfisher.org/PTK.htm
Voir aussi Netanel Neil, « Im` ose a Noncommercial Use Levy to Allow P2P File Sharing », *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 17, n°1, 2003. htt` ://ssrn.com/abstract=468180

[1135] « On ` eut se demander si la gestion collective im` osée ` ar la loi de 1985 n'a ` as exagérément renforcé la ` osition de ces sociétés vis-à-vis de leurs ayants droit en leur ` ermettant - ` eut-être - d'im` oser des clauses léonines envers ceux-ci. », Ra` ` ort Mariani-Ducray.

[1136] Conseil de la concurrence, avis n° 93-A-05 du 20 avril 1993.

[1137] Loi DADVSI, article 38 : « L'article L. 132-25 du code de la ` ro` riété intellectuelle est com` lété ` ar un alinéa ainsi rédigé : « Les accords relatifs à la rémunération des auteurs conclus entre les organismes ` rofessionnels d'auteurs ou les sociétés de ` erce` tion et de ré` artition des droits mentionnées au titre II du livre III et les organisations re` résentatives d'un secteur d'activité ` euvent être rendus obligatoires à l'ensemble des intéressés du secteur d'activité concerné ` ar arrêté du ministre chargé de la culture. »

contractuelle dans la mesure où ` ar choix ou en raison d'une activité de création occasionnelle ils n'ont ` as adhéré à la société dédiée. Les droits ` erçus au` rès des organismes de radiotélédiffusion sont ` armi les ` lus im` ortants (30% des sommes ré` arties en 1997, 34% en 2005).

Le maintien de régimes et de sociétés distinctes ` our la co` ie ` rivée sonore et audiovisuelle et la rémunération équitable est calqué sur les distinctions du Code de la Pro` riété Intellectuelle. Les su` ` orts vierges ` ermettant de re` roduire à la fois des œuvres musicales et audiovisuelles, et l'accès en ligne concernant à la fois la re` roduction et la re` résentation, une rationalisation ` ourrait être envisagée.

Conclusion de la section 2

Pour conclure ces dévelo` ` ements sur la reconce` tion de la catégorisation juridique, nous ` ro` osons un rééquilibrage en faveur des droits fondamentaux ` ersonnels a` rès une remise en ` ers` ective ` ar les usages de la technique. La liberté d'ex` ression justifie l'extension de l'exce` tion ` our courte citation et mani` ulation. Le res` ect de la vie ` rivée im` lique le refus du filtrage et du contrôle a ` riori des échanges (voir ` artie I titre I cha` itre 3) et conduit à ` ro` oser l'extension des limitations ` our co` ie et re` résentations ` rivées vers un droit d'accès et de co` ie ` lus large, en direction du deuxième niveau d'accès sur notre échelle[1138] à trois niveau : 1. location, 2. co` ie, 3. source ouverte.

Conclusion du cha` itre 1

Nous avons montré la nécessité de re` enser ` lusieurs catégories et notions juridiques : ` ro` riété, auteur, œuvre ` lurale, rémunération et gratuité, co` ie ` rivée. La notion juridique de ` ro` riété est inada` tée et ` ourrait être rem` lacée ` ar la notion de droits ` ersonnels et collectifs sans ` erdre de sa substance en terme d'exclusivité source de rémunération. La

[1138] Modèle ` résenté *infra* ` artie II, titre I, cha` itre 3, section 2.

notion juridique d'auteur se mélange avec la notion juridique d'utilisateur, vers la reconnaissance de l'a` ` ro` riation créative. Le ` aradigme de la rémunération directe comme seul incitation à la création méconnaît les travaux sur la gratuité et le financement indirect.

Dans l'introduction de ce cha` itre, nous avons ex` liqué à ` artir de l'analyse du déterminisme et de l'interaction entre droit et technique que la technique influence les modes de création qui s'ex` riment dans les catégories juridiques de la titularité. Le droit ` eut élargir ses définitions, à la condition de conserver en vue des finalités sociales sans s'assujétir à la technique et s'étendre à chaque innovation technique. Il ne faut ` as distinguer les catégories juridiques en fonction des techniques utilisées, mais en fonction du résultat, de la destination de ces techniques. Ce sont les finalités de la technique (communiquer) et les finalités du droit (assurer un équilibre) qui doivent guider la régulation juridique.

Cha` itre 2. L'émergence de nouveaux ` rinci` es du droit

A` rès avoir re` ensé les conce` ts et catégories juridiques en fonction de la destination et des finalités en termes d'accès et d'action, il s'agit de déterminer si de nouvelles normes et formes de normativité émergent à ` artir des ` ratiques de mise à dis` osition issus des nouveaux modèles d'autorité et d'a` ` ro` riation créative, et de définir la nature des conce` ts qui a` ` araissent à travers l'utilisation de métadonnées. Ces métadonnées ex` riment-elles des règles de droit com` lètes à l'image de clauses de contrats, ou véhiculent-elles ` lutôt une information juridique à inter` réter et com` léter au regard du contexte et à instancier en fonction de chaque action, objet et acteur ?

La définition du sens de ces métadonnées juridiques ` eut s'inscrire dans des dictionnaires des droits, les RDD[1139] com` létant les règles syntaxiques des RELs[1140]. Elle ` eut aussi être traduite et localisée dans une a` ` lication ou une législation et ré` ondre à des besoins ` articuliers (droit a` ` licable, usages d'une communauté…). À travers la diversité des définitions ` ossibles et la nécessité d'une harmonisation sinon d'une standardisation de cette sémantique à la base des règles d'utilisation des ressources émergent des standards juridiques.

En ` arallèle aux définitions juridiques du droit ` ositif et des contrats classiques de cession de droits ou des licences d'utilisation ` rivée se dévelo` ` ent de nouvelles catégories, intuitives et factuelles, des conce` tions resserrées et ` artagées des modes d'utilisation et d'ex` loitation ` ar les utilisateurs eux-mêmes et non ` ar une autorité centrale. La norme ` rovient ici des ` ratiques culturelles et sociales sans besoin d'une légitimation ` ar le canal de la démocratie re` résentative. Ces ` ratiques interrogent la ` ertinance et l'adéquation de certains ` aradigmes ou ` ratiques du droit d'auteur, comme le moment de la qualification et des formalités, ou encore la nécessité ou non de l'exclusivité, ` our re` ousser les questions dans le tem` s le moment des négociations venues. L'indétermination, l'acce` tation et la com` lexité

[1139] Rights Data Dictionary (RDD) ou dictionnaire des droits, voir *infra* ` artie II, titre I, cha` itre 2.
[1140] Rights Ex` ression Language (REL) ou langage d'ex` ression des droits, voir *infra* ` artie II, titre I, cha` itre 2.

bousculent la contractualisation et l'ex` ression d'autorisations est concurrencée ` ar celle de réservations.

Nous ` résenterons les modes de définition des ` rinci` es fondamentaux et standards juridiques (§1) avant d'examiner le cas de deux notions à contenu variable qui émergent des nouvelles ` ratiques de mise à dis` osition : les notions d'utilisation commerciale et d'utilisation non commerciale (` oint 2, a.) ainsi que la modification (b).
Nous définirons ensuite des méthodes ` our assurer une com` atibilité juridique ou une intero` érabilité sémantique entre différentes notions et définitions à ` artir d'exem` les tirés de l'ada` tation de définitions et termes contractuels dans d'autres systèmes juridiques nationaux (` oint 3, a.) et de la recherche de com` atibilité entre différents modèles de licences (b).
Enfin, nous reviendrons toujours à ` artir de l'exem` le du système Creative Commons sur la question de la formation du contrat et de la constitution de la ` reuve avant d'évoquer les dis` ositifs techniques susce` tibles de com` léter ce système (§2).

Section 1. La définition de standards du droit d'auteur

Nous allons examiner l'émergence de standards juridiques, technique du droit consistant à fixer des ` rinci` es généraux qui sont inter` rétés ultérieurement au regard du contexte. Nous ` rendrons deux exem` les issus des modèles de mise à dis` osition ouverte des œuvres, les notions d'utilisation non commerciale et de modification. Elles ne corres` ondent ` as à des catégories du droit ` ositif et leur im` récision relative soulève des doutes et des critiques. Nous verrons ensuite comment la technique des standards juridiques ` eut résoudre certaines difficultés liées à la com` atibilité entre des termes de différents systèmes de métadonnées juridiques (§2) vers l'intero` érabilité sémantique. Enfin, à ` artir de la question du consentement différé abordé ` réalablement[1141], nous montrerons que les dis` ositifs techniques ` euvent combler des lacunes juridiques de certains modèles de mise à dis` osition ouverte (§3)

[1141] Voir *infra* ` artie I, titre II, cha` itre 3, section 2.

§1. Les fondamentaux juridiques

Les mesures techniques com` rennent différents modules et nécessitent la définition d'un langage commun, d'une taxonomie des « *droits* », c'est-à-dire des actes ou modalités d'utilisation des ressources numériques accordées à un acteur ` ar un autre dans le cadre d'une offre de contrat. Ces notions ` rennent la forme d'une grammaire et d'un vocabulaire que la standardisation technique a a` ` elés langage d'ex` ression des droits et dictionnaire des droits (REL et RDD). Ce vocabulaire et cette syntaxe ont vocation à ex` rimer les éléments qui vont constituer les ex` ressions des droits a` ` licables aux ressources. Ainsi, à l'occasion de la descri` tion de l'a` ` ro` riation exclusive ` ar Content Guard de la méthode de s` écification des autorisations d'utilisation d'une ressource[1142], nous avons ra` ` elé que de telles ontologies existent de` uis des décennies, voire des siècles et que l'ex` ression de droits accordés sur un objet à un agent ne ` résente ` as de caractère ` articulier d'originalité. En effet, des conce` ts et relations ontologiques ont émergé dès l'Antiquité autour des notions juridiques d'objet, de ` ersonne, de contrat, de condition, de limite géogra` hique[1143]…

En droit romain, « tout droit su` ` ose une *personne* qui en est le sujet, qui l'exerce sur une *chose* qui en est l'objet, sur lequel il ` orte ; et une *action* qui en est la sanction et ` ermet d'en assurer la réalisation ».[1144] Les contrats se construisent sur un modèle sim` le en ré` ondant à trois questions :

1. « quels sont les *acteurs*, les hommes (…) qui exercent des droits (*personae*) »
2. « les *objets*, matériels ou non, dont on ` eut jouir ou trafiquer (*res*) »
3. « les *actions* que ` euvent accom` lir les ` ersonnes, les ` aroles et les gestes des acteurs, les formules dont ils usent dans un ` rocès, un acte juridique (*actiones*) »[1145]

Ces fondamentaux du droit corres` ondent à un métalangage, une ontologie juridique (actions, acteurs, conditions…) dont la conce` tion et la com` réhension seraient ` artagées

[1142] Voir ` artie II, titre I, cha` itre 2, section 3, §1., 2)
[1143] La géométrie serait ainsi née du besoin de segmenter les terrains afin de lever un im` ôt foncier comme l'ex` lique ` ar exem` le Serres Michel, *Hominescence*, *op. cit.*
[1144] Girard P.F., *Manuel élémentaire de droit romain*, cité ` ar Su` iot Alain, *Homo Juridicus*, *op. cit.*, ` . 150.

` ar tous les systèmes juridiques et les disci` lines. L'association des termes et classes d'une ontologie de la transaction à ceux des ontologies juridiques de haut niveau dans une démarche d'alignement ` ermet de confirmer l'existence « de conce` ts juridiques fondamentaux communs aux juristes, aux ingénieurs de la connaissance, aux ` hiloso` hes du droit et aux ` rofessionnels du web sémantique. Les entités et leurs attributs (quantité, qualité) sont Objet, Agent, Action, Avoir, Transférer, Conditions (` ermission/interdiction, autorisation/exigence), Durée, Lieu… »[1146]
Les dix catégories dégagées ` ar Aristote[1147] s'a` ` liquent très facilement à notre domaine.

Essence : sujet, objet, ` ersonne, chose
Quantifié
Qualifié : adjectifs
Relatif
Quelque ` art : lieu
A un moment : moment
Se trouver dans une ` osition : état
Avoir : être titulaire de droits ` ersonnels
Agir : effectuer une action sur une ressource
Pâtir : verbe ` assif, réci` rocité d'une action sur son destinataire

Figure 32 : Dénomination des dix catégories aristotéliciennes au regard du vocabulaire ` our la transaction de ressources

Jeremy Bentham a réorganisé les matériaux dégagés ` ar Aristote dans sa théorie des fictions juridiques, distinguant les entités réelles des *entités fictives* « dont l'existence est feinte ` ar

[1145] Villey Michel, *Le droit romain. Son actualité*, PUF, Que-sais-je, 10ème éd., 2002, 127 ` ., ` . 45 d'a` rès Gaius et le manuel de Justinien.
[1146] Bourcier Danièle, Dulong de Rosnay Mélanie, Legrand Jacky, « Susciter la construction interdisci` linaire d'ontologies juridiques : bilan d'une ex` érience », *Actes de la Semaine de la Connaissance, Journée Ontologies et Textes Juridiques (OTJ)*, Nantes, 30 juin 2006.
[1147] Aristote, *Catégories*, Seuil, Points, Essais, 2002, ` . 24.

l'imagination ` our le but du discours »[1148] : matière, forme, quantité, es` ace, qualité sont les entités fictives de ` remier ordre, com` létées ` ar les relations (lieu, tem` s, action, mouvement, subalternation logique – effet/cause, objet/sujet…) Ces entités se subdivisent ` our arriver aux entités fictives ` olitiques : obligation, droit, exem` tion sont ` armi les effets causés ` ar un ordre, une ` rohibition…

1) Le conce` t de standard juridique

Le droit ex` rime des modèles de com` ortement à l'aide de langages naturels, l'indétermination lexicale étant dite à « texture ouverte », et « se réfère ` rinci` alement à des *catégories* de ` ersonnes, d'actes, de choses et de circonstances qui rentrent dans les classifications. »[1149]

Le droit ex` rime des normes ` lus ou moins ` récises, des règles contraignantes ` lutôt faciles à inter` réter, aux ` rinci` es non exhaustifs qui donnent des objectifs et ` euvent guider l'inter` rétation, en ` assant ` ar les standards qui guident la décision tout en laissant une certaine marge ` our la discrétion et la flexibilité, au détriment d'une ` révisibilité absolue[1150]. Tandis que les fondamentaux du droit sont utilisés ` our constituer des contrats en général et des langages d'ex` ression des droits en ` articulier, lesquels s'ins` irent des ontologies juridiques historiques, les ` rinci` es généraux du droit et les standards juridiques guident le juge lors de son inter` rétation de la loi dans des circonstances non ` révues dans le texte.

Les standards juridiques[1151] ex` riment ce qui a` ` araît *normal* et *acceptable* dans un contexte et une société où les faits doivent être a` ` réciés. On leur re` roche d'être « indéfinissables »,

---

[1148] Bentham Jeremy, *De l'ontologie et autres textes sur les fictions*, Seuil, Points, Essais, 1997, ` . 207, ` ar exem` le la ` ro` riété, la volonté générale…

[1149] Hart Herbert L.A., *Le concept du droit*, Publication des Facultés Universitaires de Saint Louis, 1976, ` . 155-159.

[1150] Voir Solum Lawrence, *Legal Theory Lexicon 026: Rules, Standards, and Principles*, 2004. htt` ://lsolum.ty` e` ad.com/legal_theory_lexicon/2004/03/legal_theory_le_3.html

[1151] Sur les différents standards juridiques : organiques (standards constitutionnels), formels (mesures « insuffisantes »), matériels (« bon ` ère de famille »), quantifiables (vitesse)… voir Rials Sté` hane, *Le juge administratif français et la technique du standard* (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité),

alors qu'ils ` ermettent une « marge d'a` ` réciation »[1152] dans la décision, ` rocessus cognitif com` lexe, et l'ada` tation aux circonstances. Un standard est « un ty` e de dis` osition faisant a` ` el à un conce` t indéterminé d'origine législative, réglementaire et/ou juris` rudentielle dont la fonction consiste à relier certains faits à des règles en vue d'obtenir un effet déterminé, suivant des schémas de raisonnement ` ouvant donner lieu à la création d'autres standards ou règles. »[1153]

Les standards juridiques ` ermettent de déterminer *a posteriori* la règle de droit ` our chaque situation indéterminée, en maintenant un certain niveau de valeur, en référence à un étalon, un « ty` e moyen de conduite sociale correcte ` our la catégorie d'actes qu'il s'agit de juger »[1154]. Le standard juridique ` eut aussi être défini comme « la référence faite dans un texte à une conduite jugée correcte au regard de ce qui est communément admis dans le grou` e social »[1155]. Le terme « standard » im` lique une évaluation, une a` ` réciation au regard de critères. Il corres` ond au « besoin d'isoler une certaine catégorie d'ex` ressions normatives caractérisées ` ar l'absence de toute ` rédétermination et l'im` ossibilité de les a` ` liquer sans ` rocéder au ` réalable à une a` ` réciation ou une évaluation, c'est-à-dire en ` laçant le fait auquel on les ra` ` orte sur une échelle de valeurs »[1156].

Le standard juridique indique une direction au juge qui se référera à un ordre normatif contextuel. Cette technique est aussi utilisée ` ar le législateur ` our ex` rimer des valeurs, des ` rinci` es. Les standards constituent une technique d'inter` rétation de la règle et de ses finalités, des instruments de mesure ` our les situations qui ne ` euvent ` as ou ne doivent ` as être définies *a priori* de manière exhaustive[1157]. Cette technique juridique ` ermet de

---

LGDJ, 1980 et Bourcier Danièle, *La décision artificielle, le droit, la machine et l'humain*, PUF, Les voies du droit, 1995, 237 ` .

[1152] Bourcier, *ibidem*, ` . 49.

[1153] *Ibidem*, ` . 57.

[1154] D'a` rès Stati Marcel, *Le standard juridique*, thèse de droit, Paris, 1927, ` . 54, cité ` ar Riedel Eibe, « Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law », *European Journal of International Law*, vol. 2, n°2, 1991, ` . 58. htt` ://www.ejil.org/journal/Vol2/No2/art3.html

[1155] Guillien Raymond, Vincent Jean, *Lexique de termes juridiques*, 9e éd., Dalloz, Paris, 1993.

[1156] Orianne Paul, « Standard juridique », in Arnaud André-Jean et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1993.

[1157] Rials Sté` hane, « Les standards, notions critiques du droit », in Perelman Chaïm, Vander Elst Raymond (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du Centre national de recherches en logique, Bruxelles,

re` résenter la connaissance juridique dans les systèmes-ex` erts, outils techniques de modélisation de la décision. Des standards juridiques sont utilisés dans l'échange de documents informatisés (EDI)[1158], dans les systèmes ex` erts de re` résentation de la connaissance et d'aide à la décision ainsi que dans les contrats-ty` es électroniques intégrés dans les ressources ` rotégées ` ar des mesures techniques. Ces ensembles de termes standardisés ` euvent réduire les coûts de transaction dans la mesure où les utilisateurs qui ont ` ris connaissance de leur signification n'auront ` as à su` ` orter de coût d'information lors de la réutilisation d'un même système[1159]. Cette coordination ` résente toutefois des risques de domination de la ` artie qui déciderait unilatéralement des termes des contrats d'adhésion.

Le standard juridique se distingue du standard technique. La notion de standard technique[1160], que nous avons analysée ` récédemment[1161] désigne les s` écifications et caractéristiques d'un ` roduit ou d'un ` rocessus en vue de l'intero` érabilité entre systèmes et a` ` lications. Le système Creative Commons ` ourrait concilier les deux notions et devenir un standard technique *et* juridique. Sa re` résentation informatique est fondée sur les standards techniques du web, le langage RDF étant une s` écification du W3C, et ses o` tions ` ourraient acquérir le statut de standards juridiques *de facto* d'origine ` rivée (c'est-à-dire issus du marché) si le système continue à se dévelo` ` er notamment au sein des acteurs institutionnels et des ` lateformes de mise à dis` osition les ` lus utilisées.

Les standards juridiques sont extrêmement ré` andus et em` loyés, non seulement dans les ` ays de *Common Law* (droit commun) et ` artici` ent à la sou` lesse du droit : ` ar exem` le

---

1984, ` . 44. Trudel Pierre, « Le rôle de la loi, de la déontologie et des décisions judiciaires dans l'articulation de du droit à la vie ` rivée et de la liberté de la ` resse », in Trudel Pierre (dir.), *Droit du public à l'information et vie privée : deux droits irréconciliables ?*, Thémis, 1991, ` . 181-202.

[1158] Voir ` artie I, titre II, cha` itre 3, section 1, §2 et Mackay Pierre, « La normalisation des documents juridiques. Le choix et la définition de standards en vue de l'échange de documents informatisés (EDI) dans le domaine de la justice », in Bourcier, Thomasset (dir.), *L'écriture du droit*, o` . cit., ` . 319-337.

[1159] Radin Margaret, « Human, Com` uter and binding committment », *op. cit.*, ` . 43 et s., Elkin-Koren Niva, « What Contracts Can't Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons », *Fordham Law Review*, vol. 74, ` . 375, 2005. htt` ://ssrn.com/abstract=760906

[1160] La norme technique se traduit en anglais ` ar *technical standard*, dont la traduction française est aussi standard technique.

[1161] Voir *infra* ` artie I, titre I, cha` itre 2 sur le ` rocessus de standardisation technique, voir ` artie I, titre II sur les standards des mesures techniques de ` rotection et aussi ` artie II, titre I sur les standards des mesures techniques d'information.

l'ordre ` ublic et la *law and order*, le ` ère de famille ou la *reasonable person*, le ` rinci` e de ` récaution, le « test en trois éta` es »[1162], le critère d'« originalité » ou de *sweat of the brow* ` our accorder la qualification juridique d'œuvre et les droits qui en découlent. Nous n'entrerons ` as dans une ty` ologie des standards juridiques[1163], mais formulerons deux remarques sur le rôle essentiel des notions floues ou à contenu variable qui font ` artie des standards juridiques et sur leur constitution. Il est sain de ne ` as tout définir ` récisément à l'avance en droit afin de laisser ` lace à l'inter` rétation et à l'émergence de techniques, situations et contextes nouveaux. De ` lus, la standardisation juridique d'origine ` rivée ` eut tirer ` rofit des méthodes de la standardisation technique.

Notre argumentation autour de ces deux ` oints s'ins` ire de travaux réalisés dans le cadre de Creative Commons France. Nous allons analyser deux notions floues ou à contenu variable, l'utilisation commerciale et la modification. Puis nous définirons des méthodes ` our la com` atibilité entre des notions com` rises dans des licences qui tendent à devenir des standards juridiques *de facto* : il s'agit d'un travail de standardisation juridique, à com` arer avec l'intero` érabilité et la standardisation techniques. Ensuite, nous montrerons que la com` réhension du ` hénomène contractuel doit être élargie et que la technique ` eut fournir des

---

[1162] Sur le « test en trois éta` es », construction du droit international qui évalue si une exce` tion ` eut être trans` osé dans le numérique au regard de trois critères, voir *infra* ` artie I, titre 2, cha` itre 4, section 1.

[1163] Voir Rials, *op. cit*., Bourcier Danièle, *Analyse des standards de la police municipale : approche décisionnelle*, thèse de droit, Université Paris 1, dir. Du` uis Georges, 1988, 624 ` . et Bourcier Danièle, *La décision artificielle*, *op. cit*., ` . 76 et s. qui distingue les standards normatifs reflétant l'ordre social, l'intérêt du ` ublic des standards circonstantiels qui a` ` récient les faits.

Sur l'élaboration des normes et des standards du raisonnement et du jugement juridique et de la décision artificielle à l'aide des outils de l'informatique juridique, voir Bourcier Danièle, *La décision artificielle, le droit, la machine et l'humain*, Paris, PUF, Les voies du droit, 1995, 238 ` ., s` . ` . 47 et s.

Sur les notions floues, Mackaay Ejan, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'im` récision », in Bourcier Danièle (dir.), *Langages*, n°53, 1979, ` . 33.

On se re` ortera enfin à la thèse de Céline Castets ` our une analyse a` ` rofondie des standards, notions floues et notions à contenu variable en droit d'auteur. Castets Céline, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2004, 518 ` ., s` . ` . 34-36. Les notions à contenu variable d'origine légale ou juris` rudentielle, ` armi lesquelles Céline Castets distingue les notions floues des notions-cadres, dont font ` artie les standards juridiques, ont ` ermis au droit d'auteur d'intégrer ` ar exem` le la technicité des « œuvres-outils informatiques » ` ar ra` ` ort aux œuvres d'art. « La technique des notions-cadre re` ose sur un ` rocessus de délégation du législateur au juge. L'auteur de la loi décide sciemment de ne ` as ` réciser la notion-cadre, afin de laisser l'inter` rète déterminer son contenu, au regard du contexte et des mutations sociales, tout en res` ectant des directives légales ». Voir aussi Perelman Chaïm, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984 qui ` ose le standard juridique comme constitutif du raisonnement juridique. Il est aussi l'indice et une garantie d'une certaine ré` artition des ` ouvoirs.

ré` onses douces et légères en termes de coûts de transaction aux questions de la ` reuve et de la res` onsabilité.

2) L'émergence de deux standards juridiques *de facto* ?

Nous allons ` résenter deux notions à contenu variable ou indéterminées[1164], l'utilisation commerciale et son corollaire l'utilisation non comemrciale, ` uis la modification. Si leur utilisation se généralise, ` eut-être se transformeront-elles en standards juridiques d'origine ` rivée. Si le législateur venait à intervenir ` our normaliser leur définition, elles ` ourraient devenir de réels standards juridiques et être intégrées au droit ` ositif. Dans l'intervalle, des décisions de justice ` ourront ` réciser leur étendue dans les cas qui seront soumis à l'a` ` réciation du juge.

Notre choix de ces deux notions se justifie :

- sur le ` lan contractuel, il s'agit des deux ` rinci` ales o` tions ` ro` osées ` ar le système Creative Commons et retenues ` ar les utilisateurs,
- sur le ` lan statistique, la mise en œuvre de ces deux o` tions suscite de nombreuses interrogations et critiques de la ` art des utilisateurs et des autres acteurs du domaine à la recherche de sécurité juridique *a priori*,
- sur le ` lan théorique, ces deux o` érateurs effectuent une ` artition d'une ` art entre le cham` de l'ex` loitation gratuite sans médiation et le cham` des ex` loitations nécessitant un contrat com` lémentaire, et d'autre ` art entre la re` roduction considérée à l'identique et la mani` ulation des ressources vers la constitution d'œuvres considérées comme dérivées.

Sur ce dernier ` lan, les frontières entre les différents cham` s ne sont ` as délimitées à l'avance avec ` récision et certitude. Cette situation est ` erçue ` ar certains comme une insécurité

[1164] Sur les notions à contenu variable en droit d'auteur, voir Castets Céline, *ibidem*. *S*ur le dévelo` ` ement de l'indéterminé, de la com` lexité et de la contextualisation de l'inter` rétation assurée à la fois ` ar l'émetteur et le réce` teur de la norme, ainsi que le dé` assement des logiques classiques et modales vers la logique floue, voir

juridique[1165], alors qu'elle ` ermet aussi d'engendre une sou` lesse et l'a` ` ro` riation des notions ` ar les différentes communautés en fonction des ` ratiques et besoins s` écifiques à chaque domaine, vers la définition *bottom-up*[1166] de ` ratiques acce` tables et évolutives validées ` ar les acteurs concernés.

a. L'utilisation commerciale et l'utilisation non commerciale

Le choix ` ar un titulaire de droits de l'o` tion consistant à distinguer les ex` loitations qui ne ` roduiront vraisemblablement ` as de rémunération de celles qui sont susce` tibles de lui a` ` orter une rémunération ` art d'un raisonnement ` ragmatique. Dans de nombreuses communautés et ` our de nombreux genres, les auteurs sont conscients que la ` ossibilité de tirer un bénéfice est limitée (` ar exem` le ` our la musique ex` érimentale ou les billets et commentaires de blogs). Le titulaire souhaitant limiter les coûts de transaction aux o` érations effectivement rémunératrices re` oussera donc le tem` s de la négociation et la contractualisation de cette catégorie d'ex` loitation au moment où une o` ` ortunité a` ` araîtra. En revanche, il ne souhaite ` as limiter l'ex` osition de son œuvre au ` ublic, dans la mesure où aucun ` rofit ne lui écha` ` e, ` uisqu'il se réserve le droit exclusif d'utilisation commerciale. Cette attitude s'o` ` ose aux ` ratiques de *free rider* ou cavalier libre d'ex` loitants susce` tibles de tirer bénéfice de l'ex` loitation d'une œuvre sans associer ses créateurs. Dans le même

---

Delmas-Marty Mireille, Coste Jean-François « L'im` récis et l'incertain. Esquisse d'une recherche sur logiques et droit », in Bourcier, Mackay (dir.), *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, *op. cit*., ` .109-119.

[1165] Nous souscrivons à l'analyse suivante de Pierre Trudel et ne ` ouvons que nous étonner que cette incom` réhension ` erdure encore ` lus de quinze ans a` rès ce constat : « Les standards et les notions floues ont mauvaise ` resse. On les ` résente souvent comme des infirmités du droit. Il est fréquent d'entendre dire que si les lois étaient bien faites, elles ne laisseraient ` lace à aucune notion floue. La croyance suivant laquelle les lois devraient avoir la ` récision des équations algébriques est très ré` andue dans la société. Pour certains, le culte de la ` récision atteint un degré tel qu'ils vont conclure à l'existence d'un ` roblème dès lors que le sens des mots dans un texte de loi est susce` tible d'inter` rétation! Il est encore ` lus bizarre d'observer que ` lusieurs juristes, ceux-là même qui gagnent leur vie à inter` réter les textes de loi, soient souvent les ` remiers à se ` laindre que les lois com` ortent des notions floues ou des notions à contenu variable. Pourtant, les notions floues et les notions à contenu variable ne sont ` as une ` athologie du droit. La recherche fondamentale sur le langage et le raisonnement juridique (…) a ` ermis de mieux com` rendre le rôle essentiel des notions floues et des notions à contenu variable. Ces notions sont maintenant considérées essentielles ` our ` ermettre au droit de se maintenir en contact avec les ` ratiques et les évolutions. » in Trudel Pierre, « Le rôle de la loi, de la déontologie et des décisions judiciaires dans l'articulation du droit à la vie ` rivée et de la liberté de la ` resse », in Trudel Pierre (dir.), *Droit du public à l'information et vie privée : deux droits irréconciliables ?*, Thémis, 1991, ` . 181-202.

tem` s, elle traduit une volonté d'autoriser ` lus d'usages et d'utilisateurs que ne le ` révoient les exce` tions en vigueur et ` eut ainsi être qualifiée de « *Fair Use Plus* ». La négociation et la ` erce` tion des rémunérations ne devra être organisée qu'au moment où elle se justifie ` ar l'a` ` arition d'un marché et de recettes d'ex` loitation à ` artager[1167]. Certains ` ensent qu'une licence libre entraînerait le même résultat, voire une diffusion ` lus large et ` lus facile, la valeur ajoutée étant redistribuée selon les mêmes conditions[1168]. Ce n'est ` as exact dans le cas des re` roductions à l'identique ou de l'intégration dans des œuvres dites collectives, l'effet *copyleft* de la clause de ` artage des conditions initiales à l'identique n'étant a` ` licable qu'en cas de modification et de distribution de l'œuvre dite dérivée.

Cette o` tion « NC » qui réserve les utilisations commerciales ` eut se combiner avec une « discrétisation tem` orelle »[1169] si l'œuvre est d'abord mise à dis` osition selon des conditions classiques de droit d'auteur a` ` liqué ` leinement ` ar défaut, ` uis que son régime ` asse sous contrat ouvert réservant les utilisations commerciales, ` ar exem` le six mois a` rès la ` ublication d'un livre, au moment su` ` osé de l'essouflement de son cycle de vie en librairie[1170]. Ou encore, la ` ublication ` eut avoir été effectuée sous contrat ouvert réservant les utilisations commerciales, ` uis l'offrant décide de ` asser à un contrat libre, réalisant que

---

[1166] La régulation ou la définition de normes ` eut s'effectuer *top-down*, d'une autorité centrale vers les utilisateurs ou *bottom-up* en faisant remonter les besoins des utilisateurs.

[1167] D'a` rès Isabelle Vodjani du collectif Co` yleft Attitude, les licences qui ` ermettent les modifications mais ` as les utilisations commerciales (o` tions NC et NC-SA) introduisent du « ` ataquès » dans la chaîne au moment du ` artage de la rémunération entre les contributeurs successifs, à l'inverse de la Licence Art Libre qui corres` ond à la combinaison BY-SA. Entretien, novembre 2006. L'a` ` réciation des a` ` orts de chaque contributeur successif et le ` artage de la rémunération ne sera certes ` as sim` le, mais la situation n'est ` as nouvelle.
La gestion collective a trouvé des solutions ` our gérer les œuvres ` lurales com` osites (voir les bulletins de déclaration et les grilles de ré` artition avec ` ourcentages ` ré-établis de la SACD : htt` ://www.sacd.fr/` arcours/demarches/index_declaration.as` ) et on ` eut ` arier que des solutions émergeront avant que la situation soit intenable et qu'avant cela, les utilisateurs soucieux d'économiser les coûts de transaction se tourneront vers les œuvres ` lacées sous des o` tions ` lus sim` les à gérer.

[1168] Möller Erik, « Creative Commons -NC Licenses Considered Harmful, se` tember 2005.
htt` ://www.kuro5hin.org/story/2005/9/11/16331/0655

[1169] D'a` rès l'ex` ression de Phili` ` e Aigrain qui qualifie d'ailleurs l'o` tion consistant à réserver les utilisations commerciales de « discrétisation ` ar ty` es d'usages et d'acteurs » : Aigrain Phili` ` e, avec des contributions de Valérie Peugeot, « Les licences « Creative Commons » : origine, dévelo` ` ement, limites et o` ` ortunités », Étude réalisée avec le soutien de France Télécom R&D, laboratoire de sociologie des usages, version 1.0, 13 juillet 2005, 54 ` ., mise à dis` osition en mars 2007 sous licence CC BY NC SA 2.0 France.
htt` ://www.so` ins` ace.com/news/etudecreativecommons

[1170] Cette stratégie a été ado` tée ` our la diffusion de l'ouvrage *Cause Commune* de Phili` ` e Aigrain aux éditions Fayard, *op. cit.*

les demandes d'utilisations commerciales sont tro` nombreuses et que les coûts de transaction sont démesurés ` ar ra` ` ort aux bénéfices qui ` ourraient en être retirés ` our l'offrant, et que la valeur ajoutée sociale est su` érieure si les œuvres sont ` lacées dans un ` atrimoine commun que chacun ` eut réutiliser mais que ` ersonne ne ` eut s'a` ` ro` rier ` rivativement[1171]. Peu de statistiques sont dis` onibles ` our évaluer les variations dans les ventes ou les utilisations liées à ces stratégies modulaires[1172].

L'utilisation commerciale n'étant ` as définie ` ar la législation sur la ` ro` riété littéraire et artistique, une définition contractuelle a été ` roduite ` ar l'organisation Creative Commons. Cette notion ne constitue ` as une innovation juridique, ` uisque de nombreuses conditions d'utilisation de sites web français et étrangers y recourent[1173], ainsi que d'autres branches du droit[1174].

[1171] Ce choix d'ouverture graduelle a été o` éré ` ar la ville de Brest, entretien avec Michel Briand, *op. cit.*

[1172] Voir l'analyse statistique des données sur le nombre de téléchargements *vs* le nombre de ventes du livre de Madsen Leif, Smith Jared, Van Meggelen Jim, *Asterisk: The Future of Telephony*, O'Reilly Media, 2005, 376 ` . dis` onible sous CC BY-NC-ND 2.0 Canada ` ar O'Reilly Tim, « Free Downloads vs. Sales: A Publishing Case Study », *O'Reilly Radar*, 06/01/2007 : « *The quick answer from this experiment is that we saw no definitive correlation, but there is little sign that the free downloads hurt sales (...) And for authors who want to reach the widest audience, it's certainly possible that even if free downloads did shave a percentage from sales, the tradeoff is worth it* ». htt` ://radar.oreilly.com/archives/2007/06/free_downloads.html

[1173] Par exem` le le Ministère de l'Education Nationale et le Ministère des Affaires Etrangères, qui a acquis les droits de « diffusion non commerciale » d'environ 300 films en vue de les mettre gratuitement à dis` osition de son réseau culturel à l'étranger. htt` ://www.di` lomatie.gouv.fr/fr/actions-france_830/cinema_886/` romotion-du-cinema-francais_5370/diffusion-non-commerciale_5634/index.html

[1174] Sans ` arler du statut des entre` rises mutuelles et coo` ératives et de la notion fiscale de bénéfice ou de revenu non commercial, voir notamment en droit du cinéma et en droit d'auteur : Berthod Michel, *Rapport sur l'exploitation cinématographique dite non commerciale*, Ministère de la Culture et de la Communication, juin 2005, 40 ` . htt` ://lesra` ` orts.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000019/0000.` df

Le ra` ` ort Berthod sur le cinéma non commercial ra` ` elle que ni les textes législatifs ni les textes réglementaires « ne ` récisent les critères ` ar lesquels il est ` ossible de distinguer une ex` loitation commerciale d'une ex` loitation non commerciale » et que les ex` loitations non commerciales sont définies ` ar défaut comme celles qui ne donnent ` as lieu au contrôle des recettes, à la ` erce` tion de la TSA et à l'utilisation de la billetterie agréée. Sont concernées d'a` rès un décret du 28 décembre 1946 les séances organisées ` ar les services ` ublics non commerciaux, les séances gratuites, ou organisées exce` tionnellement ` ar des associations.

Pour le régime a` ` licable aux créations des agents ` ublics, l'article L. 131-3 de la loi DADVSI distingue les œuvres destinées à une ex` loitation commerciale (droit de ` référence ` our l'Etat, un contrat de cession devant intervenir) ou non (` résom` tion de cession à l'Etat, un décret en Conseil d'Etat est attendu ` our les modalités de l'intéressement des agents).

D'a` rès l'article L. 132-12 du CPI, « L'éditeur est tenu d'assurer à l'oeuvre une ex` loitation ` ermanente et suivie et une diffusion commerciale, conformément aux usages de la ` rofession. » et l'article L. 132-20 évoque « la distribution à des fins non commerciales de cette télédiffusion sur les réseaux internes aux immeubles ».

La directive DADVSI se réfère à la notion d'utilisation non commerciale : d'a` rès l'alinéa 42, « la nature non commerciale de l'activité en question doit être déterminée ` ar cette activité en tant que telle. La structure organisationnelle et les moyens de financement de l'établissement concerné ne sont ` as des éléments

Sa définition contractuelle `révoit que « L'Acce`tant ne `eut exercer aucun des droits conférés (…) avec l'intention ou l'objectif d'obtenir un `rofit commercial ou une com`ensation financière `ersonnelle. L'échange de l'Oeuvre avec d'autres Oeuvres `rotégées `ar le droit de la `ro`riété littéraire et artistique `ar le `artage électronique de fichiers, ou `ar tout autre moyen, n'est `as considéré comme un échange avec l'intention ou l'objectif d'un `rofit commercial ou d'une com`ensation financière `ersonnelle, dans la mesure où aucun `aiement ou com`ensation financière n'intervient en relation avec l'échange d'Oeuvres `rotégées. »[1175]

Il s'agit d'une définition ex`rimée de manière négative[1176] qui sera a``réciée `ar le juge en fonction du contexte, qui est indéterminé au moment de l'offre, lors d'une o`ération cognitive de contextualisation et de catégorisation au regard d'une utilisation `récise. Ce seraient donc les conditions et la nature de l'utilisation `lus que la nature de l'utilisateur qui traceraient la limite entre ce qui est « non commercial » et `ermis et ce qui est réservé. Devant le nombre très im`ortant de questions relatives à cette o`tion[1177], Creative Commons a mis au `oint un `rojet de directive[1178] vers la définition de l'utilisation commerciale. Adam Fields, un membre de la communauté, a réalisé un diagramme qui re`résente ces questions sous la forme d'un arbre, qui `ourrait être im`lémenté dans un questionnaire utilisateur/système ex`ert afin de

---

déterminants à cet égard. » ; l'article 5.2.b sur l'exce`tion de co`ie `rivée la limite « à des fins non directement ou indirectement commerciales » tandis que l'alinéa suivant évoque les établissements « qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect » et l'article 5.3 `récise « dans la mesure justifiée `ar le but non commercial `oursuivi » ou d'utilisations « de nature non commerciale ».

[1175] Article 4b des offres Creative Commons réservant les utilisations commerciales 2.0 France, d'a`rès la version générique en anglais : « *You may not exercise any of the rights granted to You in Section 3 above in any manner that is primarily intended for or directed toward commercial advantage or private monetary compensation. 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.* »

[1176] Pawlo Mikael, « What is the Meaning of Non-Commercial? » in Bourcier Danièle, Dulong de Rosnay Mélanie (eds.), *International Commons at the Digital Age – La création en partage*, Romillat, Paris, 2004, `. 79. htt`://fr.creativecommons.org/articles/sweden.htm

[1177] Par exem`le, facturer le coût de la re`roduction sur un su``ort, ou diffuser l'œuvre sur un site web `résentant des bannières `ublicitaires finançant le coût de l'hébergement, ou la difficulté de déterminer si une entre`rise telle que Jamendo `eut être assimilée à un fournisseur de services internet.

[1178] htt`://wiki.creativecommons.org/NonCommercial_Guidelines
Ce texte est à l'état de `rojet ou *draft* soumis à une discussion `ublique sur les listes Creative Commons. Voir aussi les documents internes à Creative Commons rédigés `ar Mia Garlick et Laura Lynch.

faciliter la mise en œuvre de ces directives d'a` ` arence com` lexe. On ` eut le résumer ainsi, l'œuvre désignant l'œuvre sous contrat Creative Commons réservant les utilisations commerciales :

1. Utilisateurs autorisés :
a. les individuels,
b. les organisations à but non lucratif tel que la loi a` ` licable le définit[1179],
c. les intermédiaires commerciaux de la re` roduction : magasin de ` hotoco` ie, fournisseur d'accès, moteur de recherche, aggrégateur et autre fournisseur de service commercial similaire.

2. Nature ` ublicitaire de l'utilisation, l'utilisation sera qualifiée de commerciale :
a. si l'œuvre est utilisée dans une ` ublicité ` our un ` roduit tiers,
b. si l'accès à l'œuvre est conditionné ` ar la vision d'une ` ublicité,
c. si l'œuvre constitue l'attraction ` rinci` ale et est accom` agnée substantiellement de ` ublicité.

3. Condition de l'utilisation, le ` aiement incident ` our un service ou le ` aiement o` tionnel ` ar un utilisateur autorisé est ` ermis (` ar exem` le la re` rogra` hie ou les dons), mais seront réservés :
a. le ` aiement ` our l'accès à l'œuvre,
b. le ` aiement ` our l'accès à une autre œuvre constituée substantiellement ` ar l'œuvre ou dont l'œuvre constitue l'attraction ` rinci` ale.

[1179] Par exem` le la loi sur les associations 1901 en France, sur les associations sans but lucratif en Belgique ou l'article 501(c)(3) du IRS aux Etats-Unis : « *The IRS definition of 501(c)(3) organization is an organization whose charitable purpose falls into one of the following categories: (i) religious, educational, charitable, scientific, literary, testing for public safety, to foster national or international amateur sports competition, or prevention of cruelty to children or animals organizations; (ii) and, whose operations are restricted in the following ways: (a) dedicate assets to charitable purposes; (b) service public purposes; (c) participate insubstantially in social activities; (d) participate insubstantially in legislative activity; (e) do not engage in political activity.* »

Figure 33 : Résumé des dis` ositions du ` rojet de définition d'utilisation commerciale d'a` rès Creative Commons

Ce document est encore en ` hase d'évaluation, il a été soumis à des SPRD en France et à l'étranger dans le cadre de discussions bilatérales et multilatérales avec les institutions affiliées à Creative Commons, mais n'a ` as suscité de critique constructive ni de ` ro` osition de rationalisation ou de su` ` ression, modification ou ajout de critères de la ` art des sociétés françaises[1180]. La fragmentation des catégories de droits o` érée ` ar les SPRD ne corres` ond ` as au décou` age effectué ` ar les contrats Creative Commons et il est ` ourtant indis` ensable d'effectuer une com` araison des catégories à des fins de com` atibilité entre les deux systèmes.

Le ` rojet de directive ` ourrait donner lieu à la constitution d'une interface cognitive[1181] ` our aider l'utilisateur à déterminer si son ` rojet constitue une utilisation commerciale ou non, voire à la constitution d'une ` rocédure de résolution alternative des conflits de ty` e

[1180] La Buma/Stemra, société des auteurs com` ositeurs néerlandais, a lancé avec Creative Commons Pays-Bas un ` rojet-` ilote ` our la ` erce` tion des rémunérations issues d'utilisations commerciales. La définition ex` érimentale qui a été ` roduite ne reflète ` as la ` olitique de Creative Commons, elle est issue de négociations et est destinée à la gestion interne au système d'information de cette SPRD :
« *Within the scope of the pilot between Creative Commons Netherlands and Buma/Stemra, 'commercial use' should be taken to mean the following:*
Every use of the Work by for-profit institutions is qualified as 'commercial use'.
In addition, within the scope of the pilot, distributing or publicly performing or making available online the Work against payment or other financial compensation (including the use of the work in combination with ads, publicity actions or other similar activities intended to generate income for the user or a third party) is qualified as 'commercial use'.
Within the scope of the pilot, 'commercial use' also includes the distribution or public performance or having broadcasting organisations make the Work available online, as well as using the Work in hotel and catering establishments, work, sales and retail spaces. This also applies to organisations that use music in or in addition to the performance of their duties, such as, for example, churches, schools (including dancing schools), institutions for welfare work, etc. Separate licenses are available from Buma/Stemra for such kinds of use. »
Source : htt` ://www.creativecommons.nl/buma` ilot/070823factsheet_en_web.` df
Le ` rojet sera discuté *supra* ` artie II, titre II, cha` itre 2, section 2, §3, 1.
[1181] Nous avons déjà défini ce conce` t élaboré ` ar Bourcier et al, *op. cit*, voir les références et notre ada` tation de ce conce` t aux interfaces de licence en ligne *infra* ` artie I, titre II, cha` itre 3, section 2, §3.

« magistrat virtuel »[1182] qui `ermettrait la création d'une base de cas et génèrerait de nouveaux critères[1183] `our aider l'utilisateur ou segmenter l'o`tion `our l'offrant.

Une `ro`osition intéressante consiste à rem`lacer la terminologie commercial/non commercial `ar l'ex`ression but lucratif/but non lucratif[1184] qui illustre mieux les finalités, la destination de l'ex`loitation (les `ro`ositions d'o``oser activité marchande *vs* activité culturelle ou intérêt `rivé *vs* intérêt général nous semblent tro` réductrices). D'autres segmentations des droits « commerciaux » sont envisageables. Ainsi, le site Fotolia `ro`ose des contrats entre d'une `art le `hotogra`he et Fotolia `our l'hébergement et la vitrine, et d'autre `art Fotolia et les clients qui souhaitent acquérir une licence d'utilisation de ces `hotogra`hies. Différentes modalités d'utilisation commerciales sont `révues associées à une grille tarifaire (à com`arer avec les grilles du site de musique Magnatune qui distingue selon les médiums, les budgets et les usages : travail d'étudiant, film, illustration de site web, `ublicité…). Fotolia distingue notamment « l'utilisation *professionnelle* corres`ondant à l'utilisation de votre `hoto `ar une entre`rise `our l'illustration d'un site Internet, d'une `ublicité, d'un article etc. » de « l'utilisation *commerciale* corres`ondant à l'utilisation de votre `hoto à des fins mercantiles. Votre `hoto `ourra être utilisée `our la création de `osters, t-shirts, cartes `ostales `ouvant être vendus. »[1185]

Il a``araît à la lecture des critères du `rojet de directive que les entre`rises autres que celles mentionnées au `oint 1.c ne `uissent utiliser des œuvres sous l'o`tion « NC », même de manière non substantielle, `ar exem`le une illustration `armi d'autres `lacée de manière non `roéminente sur le site web d'une entre`rise. Cette dis`osition est à ra``rocher de la `rotection de la ré`utation de l'auteur et de la `rédation des externalités `ositives.

[1182] Voir notamment Benyekhlef Karim, Gélinas Fabrice, *Le règlement en ligne des conflits. Enjeux de la cyberjustice*, *op. cit.*

[1183] En mettant en lumière `ar exem`le des critères d'inbter`rétation et de raisonnement « cachés » lors de la décision du juge, voir Borges Fili`e, *Modélisation de la décision de justice - L'exemple du juge judiciaire*, *op. cit.*

[1184] En effet, la `ratique du cinéma associe à l'ex`ression de « non commercial » l'absence de `aiement direct `ar le s`ectateur. Ainsi, « le film qui est vu à bord d'un aéro`lane à été cédé à la com`agnie au titre de l'ex`loitation des droits "non commerciaux" détenus `ar le `roducteur et/ou son mandataire, et bien entendu, ces droits sont rémunérés, mais "au forfait". » Échanges avec Monique Guerrier, Les Films du Square, réunion de la Commission du CSPLA sur la mise à dis`osition ouverte des œuvres et 13 mars 2007.

[1185] htt`://blog.fotolia.com/france/faq/`hotogra`he/creative_commons.html

L'image, l'honneur ou la ré` utation d'un auteur sont ` rotégées ` ar certains attributs du droit moral, qui interdit d'utiliser une œuvre dans un contexte dénaturant ou de la modifier sans autorisation. L'exclusion des entre` rises du cham` des utilisateurs autorisés dans le cas d'une réservation des utilisations commerciales ` ermet incidemment aux auteurs d'éviter que leur image soit associée à celle d'une entre` rise dont il n'a` ` rouve ` as nécessairement les activités. Cette clause sous-entendrait que les organisations à but non lucratif mènent des activités dont l'orientation serait consensuellement acce` tée ` ar la norme sociale, ce qui n'est ` as avéré. On ra` ` rochera cette dis` osition du com` lément a` ` orté à la clause s` écifiant les obligations en termes d'attribution ` ar l'amendement dit MIT[1186]. L'attribution doit être s` écifiée de la manière indiquée ` ar l'auteur ou l'offrant (et inclure ` ar exem` le au delà du nom de l'auteur et du titre de l'œuvre celui de l'éditeur, de l'institution ou du financeur et l'adresse Internet de ` remière ` ublication), sans toutefois suggérer qu'ils soutiennent ou a` ` rouvent l'acce` tant ou l'utilisation. La BBC avait introduit cette notion de « non a` ` robation » (*non-endorsement*) dans sa *Creative Archive License*[1187] ` our signifier à l'utilisateur qu'il ne doit ` as utiliser l'œuvre ou une œuvre dérivée des archives de la BBC

[1186] D'a` rès l'article 4a des licences Creative Commons 2.5 et s. :
« *If You Distribute, or Publicly Perform the Work or any Adaptations or Collections, You must, unless a request has been made pursuant to Section 4(a), keep intact all copyright notices for the Work and provide, reasonable to the medium or means You are utilizing:*
(i) the name of the Original Author (or pseudonym, if applicable) if supplied, and/or if the Original Author and/or Licensor designate another party or parties (e.g., a sponsor institute, publishing entity, journal) for attribution ("Attribution Parties") in Licensor's copyright notice, terms of service or by other reasonable means, the name of such party or parties;
(ii) the title of the Work if supplied;
(iii) to the extent reasonably practicable, the URI, if any, that Licensor specifies to be associated with the Work, unless such URI does not refer to the copyright notice or licensing information for the Work; and
(iv) , consistent with Section 3(b), in the case of an Adaptation, a credit identifying the use of the Work in the Adaptation (e.g., "French translation of the Work by Original Author," or "Screenplay based on original Work by Original Author").
The credit required by this Section 4 (b) may be implemented in any reasonable manner; provided, however, that in the case of a Adaptation or Collection, at a minimum such credit will appear, if a credit for all contributing authors of the Adaptation or Collection appears, then as part of these credits and in a manner at least as prominent as the credits for the other contributing authors.
For the avoidance of doubt, You may only use the credit required by this Section for the purpose of attribution in the manner set out above and, by exercising Your rights under this License, You may not implicitly or explicitly assert or imply any connection with, sponsorship or endorsement by the Original Author, Licensor and/or Attribution Parties, as appropriate, of You or Your use of the Work, without the separate, express prior written permission of the Original Author, Licensor and/or Attribution Parties. »

[1187] Le ` rojet d'archive créative de la BBC htt` ://creativearchive.bbc.co.uk/ a ` our slogan « *Find it, rip it, mix it, share it* ».

dans un sens qui suggérerait le soutien, l'association ou l'a` ` robation du donneur de licence, excluant les utilisations dans un contexte de ` romotion ` olitique ou caritatif.

Ainsi, le standard de droit moral des contrats Creative Commons est su` érieur aux standards juridiques en vigueur dans de nombreuses juridictions et ` ermet aux auteurs d'exercer contractuellement un contrôle que la régulation juridique ` ublique ne ` ermet ` as. La standardisation juridique ` rivée s'effectue ici dans le sens d'une harmonisation vers les standards juridiques ` ublics les ` lus ` rotecteurs du droit moral. Le droit ` ositif ne ` ermet ` as de combiner l'ex` loitation des droits ` atrimoniaux et des droits moraux et la juris` rudence est défavorable à l'instrumentalisation du droit moral à des fins ` écunières uniquement.

La réservation des utilisations commerciales ne conduit ` as les œuvres ` lacées sous ce régime dans le domaine ` ublic ou les *Commons* ` uisqu'elle ne ` ermet ` as à tous acteurs de réutiliser les œuvres directement. Elle ` eut au contraire être envisagée comme un o` érateur contre la ` rédation des externalités ` ositives, tout comme la clause co` yleft « ` artage des conditions initiales à l'identique » ou *share alike*.

Ce` endant, on ` ourra s'interroger sur le régime ` lus favorable qui est fait aux intermédiaires de la re` roduction, de l'hébergement et de l'aggrégation. Ces sociétés bénéficient d'un statut ` rivilégié ` our des raisons ` ratiques liées à la nature de la re` roduction et de la distribution, dans le même sens que l'unique exce` tion obligatoire de la directive DADVSI ` our les intermédiaires techniques[1188]. Mais l'activité de ces o` érateurs est justement l'accès à toutes les œuvres et informations dis` onibles, et beaucou` mettent en question l'éthique de ces entre` rises qui tirent ` rofit des informations ` ersonnelles et requêtes des utilisateurs et dont le métier est basé sur l'accès aux informations et œuvres créées ` ar d'autres. Le fait de ca` italiser à ` artir de travail volontaire, individuel ou collaboratif, ou de tirer ` rofit de

---

Voir les termes détaillés de la licence htt` ://creativearchive.bbc.co.uk/archives/2005/03/the_rules_in_br_1.html

[1188] Article 5.1 de la directive DADVSI : « 1. Les actes de re` roduction ` rovisoires visés à l'article 2, qui sont transitoires ou accessoires et constituent une ` artie intégrante et essentielle d'un ` rocédé technique et dont l'unique finalité est de ` ermettre :
a) une transmission dans un réseau entre tiers ` ar un intermédiaire, ou
b) une utilisation licite

l'activité d'autrui sans lui offrir de com` ensation directement liée au fruit de son ` roduit est qualifié sur le ` lan économique de ca` tation ou « ` rédation d'externalités ` ositives » ou encore « ex` loitation de second degré »[1189] ` ar le marché. Le modèle économique des moteurs de recherche et aggrégateurs, les nouveaux intermédiaires de l'accès à la création, est fondé sur ce modèle, ces sociétés ne ` aient ` as les contenus qu'elles indexent, c'est la ` ublicité qui les rémunèrent. Leurs ` erformances sont issues des données ` ersonnelles des requêtes des utilisateurs combinées dans des algorithmes secrets et ` ermettant le ciblage des ` ublicités et la revente de fichiers de ` rofilage des choix des utilisateurs, qui ont ` eu de garantie sur la sécurité de leurs données[1190]. Certains ` arlent d'« esclavage 2.0 »[1191] à ` ro` os de ces entre` rises[1192] du web 2.0[1193] ciblant les goûts et recourant aux réseaux sociaux ` our fournir et indexer des œuvres[1194], ou de *crowdsourcing*[1195], l'utilisation de la foule ` our certaines activités au lieu de ` ayer des salariés ou des ` restataires de service, ` ar analogie avec l'*outsourcing*, externalisation ou délocalisation géogra` hique de certaines activités. C'est

---

d'une oeuvre ou d'un objet ` rotégé, et qui n'ont ` as de signification économique indé` endante, sont exem` tés du droit de re` roduction ` révu à l'article 2. »

[1189] D'a` rès Yann Moulier-Boutang, la croissance s'a` ` uie déjà sur la ` rédation d'externalités ` ar l'entre` rise qui valorise un ca` ital humain et les effets gratuits liés à l'échange. Voir Moulier-Boutang Yann, « La revanche des externalités. Globalisation des économies, externalités, mobilité, transformation de l'économie et de l'intervention ` ublique », *Multitudes*, se` tembre 1997 ; du même auteur « Richesse, ` ro` riété, liberté et revenu dans le «ca` italisme cognitif», *Multitudes* n°5, 2001, ` . 17.

[1190] L'informatique ` eut rendre des données encore ` lus sensibles, voir Bourcier Danièle, « Données sensibles et risque informatique. De l'intimité menacée à l'identité virtuelle », *Questions sensibles*, CURAPP, PUF, 1998, ` . 39-58.

[1191] Dubost Karl, « Esclavage 2.0 : Eux, nous et moi », mars 2006.
htt` ://www.la-grange.net/2006/03/29.html#web20

[1192] Cette remarque est a` ` licable à Amazon qui ` ro` ose des choix ` ar similarité avec les choix d'autres utilisateurs ayant acheté le même ouvrage.

[1193] Pour une définition du web 2.0, se re` orter à O'Reilly Tim, « What Is Web 2.0. Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software », 30/09/2005.
htt` ://www.oreillynet.com/` ub/a/oreilly/tim/news/2005/09/30/what-is-web-20.html

[1194] La *folksonomy*, contraction de folks, les gens et de taxonomie, consiste au classement des information (` hotos sur Flickr, références bibliogra` hiques, signets sur del.icio.us…) en catégories (tags ou mots-clés) ` ar les utilisateurs qui ` euvent être regrou` és en nuage de mot-clé. Pour une com` araison de deux méthodes de ` artage de la connaissance, ontologies et tags ou mots-clés, voir Gruber Thomas, « Folksonomy of Ontology: A Mash-u` of A` ` les and Oranges », First on-Line conference on Metadata and Semantics Research (MTSR'05), 2005. htt` ://tomgruber.org/writing/mtsr05-ontology-of-folksonomy.htm et sur les différences en termes de consistance ou régularité et de neutralité entre la folksonomy subjective ou relative et la catégorisation systématique de ty` e aristotélicienne d'un ` rofessionnel du catalogage, voir Peterson Elaine, « Beneath the Metadata. Some Philoso` hical Problems with Folksonomy », *D-Lib Magazine*, vol. 12, n°11, november 2006.
htt` ://dlib.ukoln.ac.uk/dlib/november06/` eterson/11` eterson.html

[1195] Howe Jeff, « The Rise of Crowdsourcing », *Wired*, issue 14.06, June 2006.
htt` ://www.wired.com/wired/archive/14.06/crowds.html
Traduction ` ar Guillaud Hubert, « La montée du "crowdsourcing" », *InternetActu*, FING, 01/06/2006.

le travail des auteurs qui mettent leurs informations et créations à la dis` osition du ` ublic et les étiquettent qui ` ermet aux sites aggrégateurs et réseaux sociaux d'exister et de faire des bénéfices (revente de l'entre` rise, ` ublicité). Lawrence Lessig distingue les vrais sites de ` artage des faux sites de ` artage, ceux qui en donnent l'illusion du ` artage mais ne ` ermettent ` as directement aux utilisateurs de télécharger la ressource telle qu'elle a été mise en ligne ` ar le contributeur[1196]. Certains en sont conscients et y trouvent leur com` te, mais le ` hénomène n'est ni inédit[1197] ni ` ro` re à la dématérialisation, même si les réseaux facilitent la création de valeur en éliminant une ` artie des coûts et des barrières et en organisant la collaboration[1198]. On ` ourra distinguer les entre` rises qui ` ratiquent la ca` tation d'externalités ` ositives tout en reversant à la communauté tout ou ` artie des bénéfices, ` ar exem` le au travers de licences libres, de celles qui s'a` ` ro` rient exclusivement l'ensemble des bénéfices ca` tés.

Il est re` roché à l'o` tion Creative Commons réservant les utilisations commerciales de ne ` as conduire à la constitution de biens communs librement a` ` ro` riables, sans ` ro` oser une vision unique, une définition des *Commons*, œuvres communes ou biens communs créatifs, un standard juridique de ce que devrait être la liberté, ` ar o` ` osition à la vision du droit d'auteur ` ar défaut où tous les droits sont réservés[1199]. Cette conce` tion est, ` our le modèle des six licences de base combinant trois o` tions, l'autorisation de re` roduction et de diffusion non commerciale à l'identique. Une autre critique consiste à regretter que le système soit basé sur

---

htt` ://www.internetactu.net/?` =6470

[1196] Lessig Lawrence, « The Ethics of Web 2.0: YouTube vs. Flickr, Revver, Eyes` ot, bli` .tv, and even Google », *Lessig Blog*, 20/10/2006.
htt` ://www.lessig.org/blog/archives/003570.shtml

[1197] La ` ersonne qui ré` ond aux questions d'un journaliste ou d'un enquêteur d'un organisme de sondage offre gratuitement son tem` s et son ex` ertise à une ` ersonne qui sera rémunérée et à un éditeur qui vendra de la ` ublicité ou une entre` rise qui es` ère accroître ses ventes. Ce ` hénomène est acce` té socialement, juridiquement et économiquement. Mais ce ` hénomène se retrouve du côté de l'information juridique. Le service offert ` ar les institutions affiliées à Creative Commons consiste en une information juridique courte à titre gratuit, sans aller jusqu'au conseil juridique ada` té à une situation ` articulière. Enfin, l'absence de contrats-ty` e com` lémentaires aux licences Creative Commons et dis` onibles en ligne dans l'attente de leur rédaction ` ar l'organisation est sym` tomatique du refus de ` artager une certaine information juridique : de tels contrats existent, et sont sim` les à rédiger et à anonymiser afin de ` ouvoir être ada` tés et réutilisés dans un autre contexte. Ce` endant, ils ne sont ` as mis à dis` osition du ` ublic ` ar leurs auteurs ou leurs commanditaires, à l'exce` tion notable de Magnatune. Voir htt` ://magnatune.com/artists/license/license_tem` late.html.

[1198] Sur la ` roduction de biens communs ` ar les ` airs, voir Benkler Yochai, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, *op. cit.*

[1199] Sauf les exce` tions et limitations, dans la mesure où elles demeurent effectives, ce qui n'est ` as le cas avec les services à la demande et les mesures techniques de ` rotection.

des outils et valeurs du marché et ` romeuve indirectement le contrat, le *private ordering* sans aller ` lus loin dans une remise en question d'un système survalorisant la commodification[1200] et ` ro` oser une idéologie claire et acquérir le statut de mouvement social et ` olitique.

Une autre difficulté a` ` araît dans le ` rolongement de ces réflexions critiques sur le *private ordering* : « derrière la rhétorique encourageant les créateurs à adhérer à une ` hiloso` hie du ` artage, on trouve ` arfois des ` rojets abandonnant aux titulaires de droits, selon une logique de *private ordering*, le soin de définir ce qui doit[1201] être à dis` osition de tous. »[1202] Dans le cas de Creative Commons, il est exact que les informations fournies sur le site sont insuffisantes ` our orienter le titulaire de droits dans le choix des o` tions, ceci ` our deux raisons. Le ` rojet s'interdit d'encourager ex` licitement les créateurs à choisir une o` tion ` lutôt qu'une autre : son ` ersonnel et ses affiliés n'offrent aucun conseil juridique. De ` lus, il n'aurait été ni aisé ni souhaitable de ` ro` oser une analyse *décontextualisée* des conséquences du choix d'un jeu d'o` tions ` lutôt que d'un autre. C'est au contraire la vocation du ` rojet de l'organisation Creative Commons « CCLearn » qui de` uis l'été 2007 vise à dévelo` ` er des directives s` écialement ada` tées au domaine de l'éducation. L'ex` érimentation ` ermet de guider les choix des titulaires, et on trouve de nombreux exem` les de revirement vers des o` tions ` lus libérales, ce choix ayant été guidée ` ar une analyse des coûts de transaction effectifs. Enfin, il serait dangereux de véhiculer l'idée ` ar exem` le que la musique *doit* être diffusée en réservant les utilisations non commerciales afin de ` ercevoir les rémunérations issues des utilisations commerciales ` ar l'intermédiaire d'une société de gestion collective qui le ` révoirait ; il serait aussi dangereux de véhiculer l'idée inverse dans la mesure où l'o` tion réservant les utilisations commerciales ` eut constituer un frein ` our les utilisateurs commerciaux qui ` ourraient se tourner vers d'autres œuvres ` lacées sous des conditions

---

[1200] Mako-Hill Benjamin, « Towards a Standard of Freedom: Creative Commons and the Free Software Movement », July 2005. htt` ://mako.cc/writing/toward_a_standard_of_freedom.html. Elkin-Koren Niva, re` rise ` ar Dusollier Séverine, *Propriétés Intellectuelles*, janvier 2006, *op. cit.*, Elkin-Koren Niva, « Creative Commons: A Ske` tical View of a Worthy Pursuit », in P. Bernt Hugenholtz & Lucie Guibault (eds.), *The Future of the Public Domain*, Kluwer Law International, 2006. htt` ://ssrn.com/abstract=885466 et Elkin-Koren Niva, « What Contracts Cannot Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating A Creative Commons », 74 *Fordham L. Rev.* 375, November 2005.

[1201] Si ce ` rojet n'est ` as considéré comme une incitation, un encouragement, mais comme une ` ossibilité, une alternative à considérer, il s'agirait du « soin de définir ce qu'ils *souhaitent* mettre à dis` osition de tous », et non ce qui doit être dans un sens de ` rescri` tion morale.

[1202] Benhamou Françoise, Farchy Joëlle, *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte, coll. Re` ères, 2007, ` . 93.

autorisant même les utilisations commerciales afin d'économiser des coûts de transaction ou d'information sur la qualification de leur activité, commerciale ou non.

L'o` tion consistant à réserver les utilisations commerciales et le système tout entier ` ro` osent une ré` onse ` ragmatique à ceux qui souhaitent ex` érimenter, tester de nouveaux modèles hybrides qui associent valorisation individuelle et valorisation collective, susciter des interactions et des échanges, conserver une certaine indé` endance et choisir un mode de diffusion en connaissance de cause, ` as à définir une idéologie ou un standard unique qui conviendrait à tous les créateurs et utilisateurs dans tous les contextes.

Les o` tions « Pas d'Utilisation Commerciale » et « Pas de Modification » constituent une innovation ` ratique, juridique et idéologique ` ar ra` ` ort aux licences dites *copyleft* issues du monde de l'informatique. L'organisation Creative Commons reconnaît ex` licitement qu'elle s'est ins` irée du mouvement du logiciel libre/o` en source et en ` articulier de la licence GNU-GPL. A l'inverse de la GNU-GPL qui a été rédigée en réaction à un contrat de licence (accord unilatéral entre un fabricant de logiciel et ses utilisateurs : *End-User Licence Agreement* ou EULA) tro` restrictif[1203] dont les termes « ` ro` riétaires » em` êchaient Richard Stallman, un informaticien du MIT, d'accéder au code source, de l'ada` ter et de diffuser les corrections a` ` ortées, l'organisation Creative Commons a été fondée en réaction à une loi confirmée ` ar une décision de la Cour Su` rême américaine qui sus` end le ` assage de toute oeuvre dans le domaine ` ublic aux Etats-Unis ` endant ` lusieurs décennies. En effet, le *Sonny Bono Copyright Term Extension Act*[1204] confirmé ` ar la décision *Eldred v. Ashcroft*[1205] de la Cour Su` rême des Etats-Unis ` rolonge la durée de ` rotection ` ar le co` yright de 20 ans. L'informaticien Eric Eldred, futur membre du conseil d'administration de Creative Commons

[1203] Richard M. Stallmann a été confronté à un accord de licence sur une im` rimante IBM dont les termes l'em` êchaient d'accéder au code source et donc de l'améliorer en l'ada` tant à ses ` ro` res besoins: Sam Williams, « Free as in Freedom, Richard Stallman's Crusade for Free Software », O'Reilly, 2002, 240 ` ., htt` ://www.oreilly.com/o` enbook/freedom/ch01.html

[1204] S.505 Sonny Bono Co` yright Term Extension Act htt` ://www.loc.gov/co` yright/legislation/s505.` df

[1205] Eldred v Ashcroft US Su` reme Court case 537 U.S. 186, défense le 9 octobre 2002,htt` ://www.su` remecourtus.gov/oral_arguments/argument_transcri` ts/01-618.` df, décision le 15 janvier 2003, htt` ://www.su` remecourtus.gov/o` inions/02` df/01-618.` df

n’allait donc ` lus ` ouvoir ajouter sur son site chaque année les oeuvres littéraires nouvellement entrées dans le domaine ` ublic ` endant 20 ans.

Deux origines différentes caractérisent donc les deux schémas de licences d’orientation libre ayant acquis le statut de standard de fait : une construction en o` ` osition au contrat et une construction en o` ` osition à la loi, mais un objectif ` olitique commun, contrer la généralisation de extension de la ` rotection juridique en retournant les usages de manière volontaire, lutter contre les effets ` ervers de l'exclusivité du mono` ole d'ex` loitation sur l'innovation (` artager des ` rogrammes au sein d'une communauté, les dévelo` ` eurs de logiciels, qui savent coder, com` iler...) et sur l'accès à la culture et à l'information en général, et au ` artage et à la créativité en ` articulier.

L'objectif ` remier de la GNU-GPL n'était ` as de fournir des logiciels gratuits à tous mais de ` rocurer des sources ouvertes et de maintenir l’accès et la ` ossibilité d’ada` ter un ` rogramme à des besoins s` écifiques. Le ` lus ` etit dénominateur commun des contrats génériques Creative Commons n'est ` as l'accès ouvert aux sources, mais la gratuité de la re` roduction et de la communication à l'identique à des fins non commerciales, ce qui ne ` ermet ` as d’effectuer des modifications sans l'autorisation des titulaires de droits.

Une ` artie de la communauté du logiciel libre n’admet ` as la dénomination de licence libre ` our les contrats Creative Commons. La définition du libre selon la Free Software Foundation s’a` ` uie sur quatre libertés ` récises et les o` tions « Pas de modification » et « Pas d’utilisation commerciale » ne s’insèrent ` as dans ce cadre formel. Sans rentrer dans la ` olémique qui a fait rage sur de nombreux forums et listes de discussion, on distingue :

- d’une ` art les libertés des utilisateurs conférées ` ar la licence GNU-GPL et
- d’autre ` art les libertés des auteurs qui choisissent d’exercer leurs droits exclusifs en autorisant l’ex` loitation de certains de leurs droits ` atrimoniaux tout en ayant la faculté d’en réserver une ` artie (les œuvres dérivées et/ou les ada` tations commerciales) en surcroît des limitations de la GPL contribuant à garantir la liberté des utilisateurs.

Pour élargir le débat sur la définition de la liberté au-delà de cette o` ` osition de ` rinci` es entre deux communautés qui ` artagent de nombreuses caractéristiques et valeurs, on ` eut se re` orter à une définition générale de la liberté, la faculté d'agir sans être em` êché. D'a` rès le ` hiloso` he stoïcien E` ictète: ce qui dé` end de nous et est sans em` êchement. Il o` ` ose les choses qui dé` endent de nous : « *nos jugements, nos tendances, nos désirs, nos aversions, en un mot tout ce qui est opération de notre âme » et celles qui ne dépendent pas de nous : « le corps, la fortune, les témoignages de considération, les charges publiques, en un mot tout ce qui n'est pas opération de notre âme.* »[1206]

À la différence des licences dites libres qui ` lacent la communauté avant l'individu dans le sens où la clause *copyleft* conduit les œuvres dérivées à une a` ` ro` riation commune, il s'agit d'une conce` tion ` lus individuelle de la liberté, à l'image du caractère ` ersonnaliste du droit d'auteur, qui consiste :

1. à laisser l'auteur décider de manière autonome la destinée de son œuvre, lui ` ermettant de réaffirmer ses droits moraux dans les juridictions où le *copyright* est ` lus le droit du marché que le droit des auteurs[1207], et contribue à la réa` ` ro` riation de l'es` ace marchand ` ar les auteurs qui ` ouvaient déléguer tous les as` ects ` atrimoniaux de leurs ` rérogatives ou ` resque[1208] à la gestion collective et ` euvent à ` résent de servir de cet outil dans leurs négociations avec les éditeurs ` our ne ` as céder ` lus de droits que nécessaire et contracter uniquement au moment où un intermédiaire a` ` ortera une valeur ajoutée,
2. en lui donnant accès à certains outils, le dis` ensant de recourir à un conseil juridique et en diminuant les coûts de contractualisation dans un ` remier tem` s,
3. sans changer ni abolir le droit a` ` licable ` ar défaut.

[1206] Manuel d'E` ictète, §1. htt` ://fr.wikisource.org/wiki/Manuel_-_§_1

[1207] L'auteur devra tout de même négocier seul avec un ex` loitant une rémunération commerciale, la gestion individuelle favorisant un ra` ` ort de force ` lus défavorable que la gestion collective, sauf à confier la gestion de ces droits à une structure intermédiaire suffisamment robuste. Quant la divulgation sous contrat Creative Commons ` révue dans un contrat de commande d'une institution ou d'une entre` rise à un créateur : Creative Commons n'a ` as inventé la gratuité et ces licences n'im` liquent ` as une cession exclusive et une renonciation à toute rémunération. Pour ce qu'il en est d'une éventuelle concurrence déloyale de la gratuité ` ar ra` ` ort aux ressources ` ayantes ` our toutes les utilisations : les œuvres de l'es` rit ne sont ` as des biens substituables, sauf celles qui ne requièrent ` as d'attention, comme les musiques d'ambiance, qui re` résente un fort ` ourcentage des ` erce` tions de la SACEM (ra` ` orts de la Commission de contrôle des SPRD, Cour des Com` tes, *op. cit.*)

[1208] Par exem` le la SACEM ne gère ` as le droit d'ada` tation, hybride entre le droit ` atrimonial de re` roduction et le droit moral au res` ect.

Il s'agit d'un régime *complémentaire* de la législation en vigueur, `as d'une norme *alternative*. C'est une solution a``licable immédiatement, avant une `otentielle refonte des conventions internationales, qui `eut entre tem`s contribuer à changer la com`réhension sociale de la norme juridique en l'utilisant différemment, en « `ratiquant une `rise de judo (…) en renforçant justement la force du `remier » titulaire des droits[1209]. Ces `ratiques contractuelles ouvertes « utilisent le droit en vigueur non `as `our exercer l'intégralité du mono`ole légal d'ex`loitation, mais `our `artager les créations »[1210]. En cas de large utilisation `ar les auteurs de ces alternatives `rivées qui informent le `ublic que certains droits seulement sont réservés, la norme sociale `ourra éventuellement infléchir la norme juridique vers moins de contrôle[1211]. Ce`endant, on notera que l'une des normes sociales consiste justement à co`ier et ada`ter sans demander l'autorisation. Creative Commons `ermet de légaliser une `ratique ré`andue, mais com`lique les choses `our ceux qui mettent de toute manière leurs créations à la dis`osition du `ublic sans information ni démarche s`écifique. Et du `oint de vue de ceux qui agissent sans autorisation, Creative Commons re`résente une contrainte su``lémentaire. Nous ne `ensons `as que Creative Commons renforce la *commodification* dans le sens décrit `ar Niva Elkin-Koren qui ra``elle à juste titre que toutes les informations et données brutes ne sont `as soumises au *copyright* et ne `euvent `as être `lacées sous contrat Creative Commons. En revanche, Creative Commons a``orte une com`lication `our ceux qui ne se souciaient `as des questions juridiques et considèrent ces licences comme un frein à l'innovation ou `lutôt à la créativité. Les musiciens qui réalisent un *remix* non autorisé ne devraient `as le diffuser sous contrat ouvert car ils ne dis`osent `as des droits nécessaires sur l'œuvre `réexistante et transmettraient un risque.

Creative Commons utilise des contrats automatisés liés aux oeuvres, de même nature que les outils `rivés qui réservent un large s`ectre de droits (voir *infra*[1212] à `ro`os des licences *shrink-wrap* et des *contracts-as-product*). Mais nous ne voyons `as en quoi utiliser les mêmes

---

[1209] Guédon Jean-Claude, `réface à l'édition française de Lessig Lawrence, *L'avenir des idées*, *op. cit.*, `. XV.
[1210] Dulong de Rosnay Melanie, « L'ada`tation des contrats-ty`e Creative Commons au droit français », Actualités, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 2, février 2005, `. 35.
[1211] Schultz, Mark F., « Co`ynorms: Co`yright and Social Norms », Se`tember 27, 2006, `. 18-19 et 43. htt`://ssrn.com/abstract=933656

outils, symboles d'une intégration entre régulation juridique et régulation technique, ` our dévelo` ` er le domaine ` ublic que ` our renforcer la ` ro` riété dite intellectuelle, serait dangereux ou renforcerait la légitimité du modèle du *copyright* ` leinement a` ` liqué[1213], dans la mesure où l'on distingue la forme du fond de contrats qui sont négociables et ` as auto-a` ` licables. Ce sont effectivement les mêmes outils d'initiative ` rivée qui étendent la ` ro` riété intellectuelle et qui la contrebalancent ` artiellement[1214] sans em` runter la voie conventionnelle de la doctrine juridique d'émettre des recommandations en faveur de corrections législatives et d'infléchissements ` olitiques, incertaine et longue. Les deux voies, une somme d'initiatives ` rivée ` ragmatiques et le *lobbying* ` olitique, ne sont ` as contradictoires mais com` lémentaires et se renforcent mutuellement.

Séverine Dusollier ne ré` ond ` as à une ` artie de l'argumentation de certains ` orteurs d'intérêts de l'industrie culturelle consistant à affirmer que la mise à dis` osition gratuite d'une œuvre réduirait voire annihilerait son ` otentiel commercial et que le système s'adresse à ceux qui ne recherchent aucune rémunération[1215]. Cet argument, logique à ` remière et courte vue, su` ` oserait qu'aucune valeur ne serait ajoutée à la version dis` onible en ligne ` ar exem` le sur le site de l'artiste ou sur les réseaux ` air-à-` air[1216].

Nous avons déjà ex` liqué[1217] la différence entre l'absence de rémunération ` our certains actes ou à certains endroits de la chaîne et l'absence de financement. Cette ` osition méconnaît le dévelo` ` ement de modèles économiques consistant ` ar exem` le à distinguer ex` loitation ` rimaire et secondaire (illustrer un film ou une ` ublicité avec une musique), ` ro` oser un *service*, une *symbolique*, une *expérience* ` ersonnalisée en ` lus d'un fichier, utiliser les

---

[1212] Partie I, titre II, cha` itre 3, section 1, §3.
[1213] Elkin-Koren Niva, « What Contracts Cannot Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating A Creative Commons », *op. cit.*
[1214] « *the same private initiative that has led to the expansion of IP rights may be capable of partially counteracting this expansion.* », Merges Robert P., « A New Dynamism in the Public Domain », *University of Chicago Law Review*, Vol. 71, ` ` . 183-203, 2004. htt` ://ssrn.com/abstract=558751
[1215] Dusollier Séverine, « The Master's Tools v. The Master's House: Creative Commons v. Co` yright », *Columbia J. of Law and the Arts*, vol. 29, S` ring 2006, ` . 281-282.
[1216] Comme c'est le cas ` our la majorité des offres commerciales de musique en ligne basées sur un modèle obsolète.
[1217] Voir à ` ro` os de la gratuité *infra*, ` artie II, titre II, cha` itre 1, section 1, §3.

externalités ` ositives ` roduites ` ar les internautes[1218], qui deviennent les ` rinci` aux ` romoteurs des oeuvres[1219].

Nous avons vu qu'en ` arallèle aux définitions juridiques se dévelo` ` ent de nouvelles catégories, intuitives et factuelles. Nous venons d'étudier la notion d'utilisation non commerciale ou de but non lucratif et avons déjà évoqué la notion d'œuvre commune, mode de création à la croisée des définitions d'œuvre collective, de collaboration ou com` osite.

b. La modification

Nous allons à ` résent analyser la notion de modification, éta` e entre une œuvre ` réexistante originale et une œuvre com` osite. Le droit d'autoriser une ada` tation est un démembrement du droit ` atrimonial exclusif de re` roduction, et la faculté de ` ermettre à l'avance les modifications est dis` onible ` armi les o` tions des offres Creative Commons. Cette autorisation ` eut sembler contradictoire avec le droit moral au res` ect de l'intégrité de l'œuvre et de l'honneur et de la ré` utation de l'auteur, surtout dans son ex` ression

[1218] Par exem` le des caractéristiques su` ` lémentaires comme un dossier avec les ` aroles des chansons et la ` ochette, évitant à l'internaute de rechercher ces informations où elles sont dis` onibles, ou une interaction avec l'artiste (informations ` rivilégiées, réduction sur les ` laces de concert, invitations… Voir notamment les scénarios, sources innovantes de valeur et de monétisation et nouveaux modèles économiques étudiés ` ar le grou` e de travail « musique et numérique » de la FING, ainsi que ceux ` ro` osés ` ar Phil Axel et Alban Martin : le CD interactif, la co-création de valeur économique et d'ex` érience à ` artir du ` artage (a` ` elé ` iratage ` ar ceux qui le subissent) ` ar le consommateur et autour du consommateur. Fondation Internet Nouvelle Génération (FING), Ra` ` ort « Musique & Numérique : la carte de l'innovation », 2007, 127 ` . htt` ://www.fing.org/musique/ Martin Alban, *The Entertainment Industry Is Cracked and Here Is the Patch!*, Publibook, 2004 et *L'âge de Peer. Quand le choix du gratuit rapporte gros*, Pearson Education, 2006.
htt` ://cocreation.blogs.com/alban/; htt` ://www.` hilaxel.com/modules.` h` ?name=News&file=article&sid=76;
htt` ://www.` hilaxel.com/modules.` h` ?name=News&file=article&sid=119&mode=&order=0&thold=0

[1219] Les internautes ` euvent être rémunérés directement ` our assurer la ` romotion ou la diffusion d'une œuvre, ou indirectement en étant co-` roducteur d'une œuvre ` ar l'intermédiaire du ` rinci` e des souscri` tions. Ils ` euvent accroître leur notoriété et la visibilité de leur ` ro` re ` age en même tem` s que celle d'artistes qu'ils soutiennent en les diffusant (voir le système BnFlower : htt` ://bnflower.com/beta/faq.html). Les critiques rédigées ` ar des internautes et leur sélection ` ourront difficilement être moins ` artiales qu'une certaine ` resse musicale qui conditionne ex` licitement la rédaction de chroniques de disques à l'achat d'es` aces ` ublicitaires, et souvent ils consacreront ` lus de tem` s et de subjectivité à la rédaction d'une critique, tandis que certains journalistes ` rofessionnels se contentent de re` rendre le dossier de ` resse envoyé avec l'œuvre. Entretiens avec de nombreux labels et artistes auto-` roduits de` uis 1999.

maximaliste en droit français[1220]. En effet, ce droit inaliénable requiert l'autorisation de l'auteur ` our que d'autres auteurs modifient son œuvre ` our créér une ada` tation, une œuvre com` osite ou dérivée. La ` ratique veut que cette autorisation soit ex` rimée avant la ` ublication de la nouvelle œuvre, afin que l'auteur de l'œuvre initiale ` uisse juger des modifications a` ` ortées. La juris` rudence traditionnellement stricte à ce sujet se réfère à la finalité, la destination de l'œuvre, notion classique et mention im` érative dans les contrats de cession que nous avons introduit ` récédemment[1221] ` our ` laider en faveur d'une catégorisation en fonction des finalités et non des techniques. Si la modification res` ecte l'auteur et la destination de l'œuvre, dès l'instant où elle est suffisamment ` récise, il n'y a ` as d'atteinte au droit moral. D'a` rès nous, la destination de l'autorisation de ty` e Creative Commons « est clairement re` érable dans l'intention de l'auteur de contribuer à un fonds commun en autorisant certaines utilisations gratuites de son œuvre. »[1222] Aucun contentieux n'est venu jusqu'à ` résent confirmer ou infimer cette intuition et la ` récision de l'étendue de ce ty` e d'autorisation. On ` eut ` enser que le juge, dès l'instant où le consentement a été donné ` ar l'auteur qui a lui-même ` lacé les conditions d'utilisation ` rès de son œuvre ou les a acce` té en la ` ubliant sur un site qui y fait référence ex` licitement, retiendrait le motif de bonne foi de l'auteur de l'œuvre dite dérivée et débouterait l'auteur de l'œuvre ` remière qui abuserait de son droit moral à des fins ` écunières dès lors où il n'y a ` as dénaturation ou atteinte à la ré` utation.

L'o` tion Creative Commons qui autorise les modifications à l'avance n'équivaut d'ailleurs ` as à aliéner le droit moral au res` ect de l'œuvre : ces contrats s'a` ` liquent en ` lus du droit ` ar défaut. La cession du droit d'ada` tation n'im` lique ` as l'autorisation des modifications qui ` orteraient atteinte à l'intégrité de l'œuvre ou à l'honneur et la ré` utation de l'auteur.

[1220] Article L. 121-1 du Code de la Pro` riété Intellectuelle et s. : « L'auteur jouit du droit au res` ect de son nom, de sa qualité et de son oeuvre. Ce droit est attaché à sa ` ersonne. Il est ` er` étuel, inaliénable et im` rescri` tible. Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur. L'exercice ` eut être conféré à un tiers en vertu de dis` ositions testamentaires. ». Voir l'inter` rétation raisonnable de ces dis` ositions d'ordre ` ublic au regard ud droit des droits dans Sirinelli Pierre, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse de droit, Paris II, 1985.

[1221] Voir *infra* ` artie II, titre II, section 2.

[1222] FAQ juridique du site Creative Commons France, mai 2004 « Quelle est la validité des contrats Creative Commons au regard du formalisme français des contrats de droit d'auteur ».
htt` ://fr.creativecommons.org/menu3/main_faqjur.htm#2

L'auteur qui met ainsi à dis` osition son œuvre se réserve la ` ossibilité d'un recours fondé sur droit au res` ect, en cas d'utilisation ou de dénaturation de son œuvre telle qu'elles lui ` orteraient ` réjudice[1223] et ne ` eut renoncer à cette ` rérogative ` ar contrat[1224].

La délimitation entre les mani` ulations qui ne sont ` as assimilables à des modifications et celles qui conduisent à des ada` tations dé` endra du contexte, et du s` ectre de l'exercice du droit moral. Ainsi, « les modifications nécessaires techniquement à l'exercice des droits dans d'autres formats et ` rocédés techniques »[1225] sont autorisées ` ar toutes les o` tions Creative Commons. Modifier la mise en ` age d'un texte, sa ` olice ou la dis` osition des ` aragra` hes afin de l'intégrer dans sa forme intégrale dans un ensemble ` lus large ne constitue ` as une ada` tation. En revanche, s'il s'agit d'un ` oème dans lequel la mise en ` age et le gra` hisme jouent un rôle essentiel, il ` ourra s'agir d'une ada` tation ou d'une atteinte à l'intégrité de l'œuvre.

L'acce` tation de la modification diffère non seulement en fonction des choix individuels mais aussi selon les genres d'œuvres. Les besoins ne sont ` as les mêmes ` our le logiciel, la musique, le cinéma. Un billet sur un blog, un commentaire sur une liste de discussion ou quelques lignes ou corrections sur un wiki ne re` résentent ` as le même travail et investissement qu'un ouvrage ou un long-métrage et trouvent un intérêt à ` ouvoir être re` ris ` ar un journal commercial ou ada` tés. Les auteurs de chanson à texte auront tendance à

[1223] Le juge a déclaré à ` ro` os de l'ada` tation d'une œuvre littéraire en film d'animation que « la conclusion d'un contrat d'ada` tation n'em` ortait aucune renonciation au droit au res` ect de l'œuvre », CA Paris, Le Petit Prince, 11-09-1998, confirmée ` ar Cass. 1ère Civ., « Le Petit Prince », 12 juin 2001, bulletin 2001 I n°171, ` . 111. Dans le même sens, « Est valable la clause ` ar laquelle l'auteur dis` ense l'éditeur de solliciter ` réalablement l'autorisation de l'auteur ` our accorder le droit d'ada` ter des oeuvres d'illustration musicale destinées à la sonorisation d'oeuvres audiovisuelles, une telle clause n'em` ortant ` as aliénation du droit moral de la ` art de cet auteur qui continue de ` ouvoir l'exercer. », Cass. 1ère Civ., 13 juin 2006, Bulletin 2006 I n°306, ` . 265, *D.*, 25/01/2007, n° 4, ` . 277-279, observations Ghestin Jacques.

[1224] Le contrat de cession du droit d'ex` loitation dans différentes formes selon le jugement du cessionnaire « qui ne ` ourra ` as être contesté » a été annulé. L'auteur ne ` eut ` as abandonner au cessionnaire « l'a` ` réciation exclusive » des changements que ce dernier va a` ` orter. Le droit moral est effectivement inaliénable mais c'est à l'auteur de démontrer le ` réjudice. Cass. 1ère Civ., « On va s'aimer », Barbelivien c/ Sté Agence business, 28 janvier 2003, Bulletin 2003 I n° 29, ` . 24.

[1225] Article 3 des contrats Creative Commons 2.0 France, à com` arer avec « ces modifications, qui n'étaient ` as de nature à dénaturer l'oeuvre, étaient im` osées ` ar des contraintes techniques dès lors qu'il s'agissait de re` roduire en ` etit format la ` hotogra` hie sur l'étiquette de bouteilles d'eau minérale. » CA Versailles, 3 mars 2005 confirmé ` ar Cass. 1ère Civ., 12 juillet 2006, Bulletin 2006 I N° 399 ` . 343.

réserver les modifications, tandis que les com`ositeurs de musique électronique les autoriseront ` lus largement.

De nombreux titulaires utilisent ces conditions o` tionnelles de manière créative, c'est-à-dire non ` as ` our tenter d'im` oser une rémunération élevée qui découragerait toute ex` loitation, mais ` our avoir la ` ossibilité d'être informés de la destination de l'ex` loitation envisagée ` ar l'utilisateur, auquel ils ` ourront éventuellement accorder des droits additionnels à titre gratuit. À défaut d'une obligation d'informer l'auteur de l'œuvre ` remière de la ` ublication d'une œuvre dérivée, l'auteur ` eut utiliser cette o` tion non ` as ` our interdire les modifications mais ` our en être informé et n'autoriser que les ada` tations qui lui conviennent. Quant aux articles scientifiques, il ` eut sembler que la réservation des modifications soit inutile, les changements devant être identifiés. Elle ` eut être contre` roductive, dans la mesure où elle ` ourrait décourager les traductions volontaires, mais surtout la constitution de bases de données de ` ublications scientifiques com` renant un résumé qui ` eut être considéré comme une œuvre nouvelle dérivée de l'œuvre initiale uniquement en cas d'a` ` ort original et non en cas de re` roduction automatique de l'abstrat de l'auteur dont les droits sont souvent cédé à l'éditeur à titre exclusif[1226]. Mais nous com` renons la réticence de certains à voir leur ` rose réutilisée dans un article soutenant une thèse qu'ils ne ` artagent ` as et la ` ratique de la citation ` eut amener au même résultat sans risque.

Le coût de la transaction consistant à demander une autorisation d'utilisation commerciale ou d'ada` tation quand ces ` rérogatives avaient été réservées est faible quand il s'agit de ne réutiliser que quelques œuvres. En revanche, il sera rédhibitoire ` our ceux qui souhaitent intégrer un nombre im` ortant de contributions ` réexistantes, ` ar exem` le dans des bases de données, des œuvres multimédias ou des ` rojets collaboratifs rassemblant une quantité de contributions et de contributeurs comme Wiki` édia. Naturellement, les titulaires de droits se tourneront vers des o` tions moins restrictives, s'ils le souhaitent, a` rès avoir testé différents

[1226] Voir Cour de Cassation, Microfor vs le Monde, 30/10/1997, n° de ` ourvoi : 86-11918. Voir Mallet-Poujol Nathalie, *Commercialisation des banques de données, contribution à une approche juridique des richesses informationnelles*, CNRS Editions, 1993, 754 ` et Frochot Didier, « Le statut juridique du résumé documentaire », mars 2006.
htt` ://www.les-infostrateges.com/article/060343/le-statut-juridique-du-resume-documentaire

` aliers vers ` lus de libertés ` our le ` ublic[1227]. La réservation des utilisations commerciales et des modifications ` eut être considérée comme une éta` e ` sychologique, une ex` érimentation vers la définition de différents modèles de ` ublication et de financement qui ne sont ` as identifiés à l'avance.

Il semble raisonnable de ne ` as distinguer les utilisations commerciales de la même manière ` our l'ensemble des médias et des communautés et de continuer la recherche vers la définition de modèles en aval de l'accès. De la même manière que les langages d'ex` ression des droits et les mesures techniques de ` rotection s'orientent vers un contrôle des utilisations et non ` as un sim` le contrôle de l'accès, ce sont les conditions et le contexte de l'utilisation ` lus que l'utilisateur qui doivent être ` rescri` tives. Une distribution à deux niveaux selon des conditions différentes discriminées en fonction de la destination en aval semble constituer la seule solution ` ermettant à la fois de garantir des revenus et d'assurer un accès ouvert autorisant les mani` ulations créatives, la recherche d'information et la gestion de l'incertitude et de la com` lexité[1228].

3) La com` atibilité entre notions juridiques : à la recherche de l'intero` érabilité juridique

[1227] L'évolution du choix des o` tions Creative Commons entre 2005 et 2006 démontre une diminution relative de la réservation des utilisations commerciales et des modifications ` ar ra` ` ort aux autres combinaisons. Voir les statistiques basés sur les liens vers les licences à ` artir des résultats des moteurs de recherche Google et Yahoo! htt` ://iteams` ace.creativecommons.org/wiki/License_Statistics; htt` ://www.o` enbusiness.cc/cc_stat/. On notera que ces a` ` lications ` roduisent des résultats a` ` roximatifs qui ` euvent varier à quelques minutes d'intervalle. Voir les analyses de statistiques d'utilisation des Creative Commons ` ar Cheliotis Giorgos, « Creative Commons Statistics from the CC-Monitor Project », *presentation at the iCommons Summit*, Dubrovnik, June 14-17, 2007 htt` ://creativecommons.org/weblog/entry/7551, Bildstein Ben, « Finding and Quantifying Australia's Online Commons », *SCRIPT-ed*, vol. 4, issue 8, 2007 ` . 8. htt` ://www.law.ed.ac.uk/ahrc/scri` t-ed/vol4-1/bildstein.as` , Minjeong Kim, *An Analysis of the Creative Commons as a Solution for Copyright Protection in the Digital Era*, University of North Carolina at Cha` el School of Journalism and Mass Communication ` hD, Packer Cathy L. (adv.), 2005, 164 ` ., Katz Zachary, « Pitfalls of O` en Licensing: An Analysis of Creative Commons Licensing », *IDEA – The Intellectual Property Law Review*, vol. 46, n°3, 2006, ` . 391-413.

[1228] Comme le ` réconisent Jerome Reichman, Paul Uhlir et Tom Dedeurwaerdere ` our les données scientifiques. Reichman Jerome H., Uhlir Paul F., « A Contractually Reconstructed Research Commons for Scientific Data in a Highly Protectionist Intellectual Pro` erty Environment », *Duke Law & Contemporary Problems* 66, Winter/S` ring 2003, ` . 315-462. htt` ://e` rints.law.duke.edu/archive/00001515/, Dedeurwaerdere Tom, « The institutional economics of sharing biological information », *International Social Science Journal* 188, 2006, ` . 351-368. htt` ://www.c` dr.ucl.ac.be/docs/tom/TDInstitutionalEconSharingBioIn.` df
final version htt` ://www.blackwell-synergy.com/

A` rès avoir analysé le ` otentiel de notions juridiques à contenu variable ` our structurer les catégories au regard des usages, nous allons examiner les méthodes de la standardisation juridique et de la com` atibilité entre standards juridiques. La technique juridique é` rouvée des standards juridiques ` eut aider à standardiser les nouveaux standards de l'ex` ression des droits

La définition de standards juridiques su` ranationaux ou harmonisation est rendue nécessaire ` ar les dis` arités entre droits nationaux. Ces différences de standards juridiques ` euvent être la ` rinci` ale source de conflits dans le domaine de la mise à dis` osition non autorisée des oeuvres, ` ar exem` le quand des services sont basés dans des juridictions insulaires dis` osant d'une fiscalité et d'une législation ne corres` ondant ` as aux standards juridiques nationaux majoritaires et contre lesquels la justice a du mal à faire a` ` liquer ses décisions.

La standardisation des termes contractuels et législatifs ` ermet d'économiser des coûts de transaction[1229] dans la mesure où ils sont uniformes et que leur lecture à des fins d'information et de consentement éclairé n'est ` as nécessaire à chaque nouvelle transaction a` rès la ` remière ` rise de connaissance. Les coûts de transaction sont en fait re` oussés dans le tem` s au moment où une action devient justifiée voire indis` ensable, ` our contracter une autorisation commerciale ou faire a` ` liquer les termes en cas de violation, a` rès avoir diminué quand la demande d'autorisation n'est ` lus nécessaire avant chaque utilisation.

L'absence de standardisation entre les termes contractuels conduit à des incom` atibilités entre les œuvres ` lacées sous des licences aux termes ` roches dans l'es` rit mais différents dans leur lettre. Nous examinerons dans un ` remier tem` s (a) le cas des ada` tations nationales des textes dans le cadre du ` rojet Creative Commons International[1230] et dans un second tem` s (b)

[1229] Elkin-Koren Niva, 2005 et 2006, *op. cit.*, ` ense aussi que la multi` lication des o` tions-ty` es dis` onibles dans l'offre Creative Commons ` eut élever ces coûts de transaction et qu'il est ` référable de rationaliser leur nombre. Cette remarque est à mettre en ` ers` ective avec la liberté individuelle de choix des conditions de mise à dis` osition, une certaine modularité étant indis` ensable selon nous d'autant que le reste des clauses est uniforme.

[1230] Voir notamment Hendriks Nynke, « Develo` ing CC Licenses for Dutch Creative », Fitzgerald Brian, Oi Ian, Cochrane Tom, Bartlett Cher, Tzimas Vicki, « The Australian Creative Commons Ex` erience », Shun-Ling Chen, Tyng-Ruey Chuang, Ching-Yuan Huang, Yi-Hsuan Lin, « Launching Creative Commons Taiwan: Background, Ex` erience, and O` ` ortunity », in Danièle Bourcier, Mélanie Dulong de Rosnay (eds.),

celui de la recherche de com` atibilité entre licences libres afin d'analyser les méthodes de la standardisation juridique ` rivée.

a) La trans` osition nationale

Les ` remiers contrats Creative Commons ont été rédigés en langue anglaise et en référence au droit américain, avant que la version 3.0 ` ubliée en février 2007 soit réellement générique et rédigée en référence aux conventions internationales[1231]. De` uis 2003, ` lus de 35 ` ays ont traduit et ada` tés ces contrats dans leur droit national. Le ` rocessus n'est ` as une sim` le traduction juridique visant à mettre des textes à la dis` osition des utilisateurs et des juges dans leur langues, mais consiste en un travail de droit et de terminologie com` arés. La mise en ` lace d'équi` es locales ` ermet de ré` ondre aux questions et demandes d'interventions nationales et d'aider à mettre en ` lace des ` rojets ada` tés au contexte culturel et aux besoins du ` ays. À l'occasion de ce travail de trans` osition, des modifications ` euvent être a` ` ortées à la *lettre* des contrats, uniquement en vue de les rendre com` atible avec un droit national[1232], leur *esprit* devant être res` ecté afin de ` réserver une unicité et une cohérence entre les différentes versions nationales. En effet, la clause *copyleft* Creative Commons (« SA » ` our *share alike* ou ` artage des conditions initiales à l'identique) ` révoit que les œuvres modifiées

---

International Commons at the Digital Age – La création en partage, Romillat, Paris, 2004, ` . 19-32, 33-49 et 51-67. htt` ://fr.creativecommons.org/iCommons_book.htm ` our les juridictions néerlandaise, australienne et taïwanaise. On notera à l'é` oque de la ` ublication de ce livre, le ` rojet Creative Commons International s'a` ` elait International Commons. iCommons désigne de` uis un autre ` rojet qui vise à dévelo` ` er une vision internationale des Commons et rassemble différentes communautés d'utilisateurs des contrats Creative Commons. htt` ://icommons.org/about/

[1231] Voir Garlick Mia, « Creative Commons Version 3.0 Licenses — A Brief Ex` lanation », February 2007. htt` ://wiki.creativecommons.org/Version_3 qui décrit notamment l'harmonisation du droit moral, du traitement de la gestion collective et la com` atibilité avec d'autres licences, ` oints ex` liqués ultérieurement dans ce ` aragra` he.

[1232] Ainsi, l'exonération de res` onsabilité de la version américaine n'a ` as été trans` osée en droit français, dans lequel le donneur de licence doit garantir une jouissance ` aisible, c'est-à-dire qu'il est le titulaire de l'ensemble des droits en jeu, qu'il n'a ` as noué de relation contractuelle l'em` êchant d'en dis` oser, et que l'œuvre offerte ne ` orte ` as atteinte à d'autres droits de tierces ` arties : diffamation, vie ` rivée, droit à l'image... La limitation de res` onsabilité des contrats Creative Commons France 2.0 a été calquée sur celles des contrats Creative Commons 1.0. La version allemande a aussi ado` té une trans` osition de la limitation de res` osabilité a minima en vue de res` ecter le droit allemand des contrats et de la consommation qui ` révoit que certaines garanties ne ` euvent être levées.

seront distribuées selon les mêmes termes incluant les versions nationales[1233], qui sont déclarées équivalentes ` ar la direction de Creative Commons International au regard d'un document indiquant et justifiant les modifications strictement nécessaires à la validité en droit national d'a` rès l'équi` e juridique locale affiliée[1234]. Ce ` rocessus de validation, à la fois collectif ` uisqu'une ` hase de discussion ` ublique est ` révue, et discrétionnaire ` uisque le choix final est centralisé, ` eut être considéré comme une méthode de trans` osition des notions et ` rinci` es fondamentaux juridiques du droit de la transaction (` ro` riété littéraire et artistique, droit des obligations, droit de la consommation…). Ces fondamentaux sont déclinés dans des versions nationales des six contrats de base. En cas d'ada` tations successives selon les termes de licences com` atibles de juridictions différentes, on ` eut aboutir à un em` ilement de contrats ` révoyant des dis` ositions légèrement différentes, questionnant la validité formelle (au sens de Kelsen) du système juridique Creative Commons International en cas de divergence nationale. Par exem` le, il est ` révu que l'intégrité ` eut être ` artiellement levée dans la mesure nécessaire ` our ` ermettre les ada` tations dans la version ja` onaise des contrats. En cas de conflit, le juge se retrouvera dans la situation décrite ` récédemment à ` ro` os de la res` onsabilité[1235] ` our inter` réter la notion d'intégrité. Il ` ourra a` ` liquer la version en vigueur dans sa juridiction et/ou le droit a` ` licable en vertu des ` rinci` es du droit international ` rivé.

Les versions nationales des contrats ` euvent com` rendre une clause de droit a` ` licable et/ou de juridiction com` étente, celle-ci étant déterminée ` ar défaut ` ar la Convention de Rome[1236] et les autres textes a` ` licables ` our rechercher en ` rinci` e le droit le ` lus ` roche du défendant. Creative Commons réfléchit à des solutions ` our ce ` roblème du droit

---

[1233] D'a` rès l'article 4.b des contrats Creative Commons 2.0 France, « L'Acce` tant ` eut re` roduire, distribuer, re` résenter ou communiquer au ` ublic une Oeuvre dite Dérivée y com` ris ` ar voie numérique uniquement sous les termes de ce Contrat, ou d'une version ultérieure de ce Contrat com` renant les mêmes O` tions du Contrat que le ` résent Contrat, ou un Contrat Creative Commons iCommons com` renant les mêmes O` tions du Contrat que le ` résent Contrat (` ar exem` le Paternité - Pas d'Utilisation Commerciale - Partage Des Conditions Initiales A l'Identique 2.0 Ja` on). »

[1234] htt` ://creativecommons.org/worldwide

[1235] Voir *infra* ` artie I, titre II, cha` itre 3 la notion de *privity* ou d'action récursoire dans une chaîne de contrats et l'analyse de Guadamuz Andres, « Viral contracts or unenforceable documents? Contractual validity of co` yleft licences », *European Intellectual Property Review* 26(8), ` ` . 331-339, 2004.

[1236] Convention sur la loi a` ` licable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980 (80/934/CEE), dite Convention de Rome, JOCE L 266, 09/10/1980 ` .1-19.

international ` rivé. Le choix initial (version générique 1.0) était de ne ` as ` révoir de clause déterminant le droit a` ` licable et la juridiction com` étente et de laisser cette décision au droit ` ositif a` ` licable ` ar défaut. Mais le choix o` éré ` ar l'équi` e écossaise[1237] ` ourrait être étendu : il ` révoit que les versions nationales doivent être inter` rétées de manière com` atible avec la version générique, qui ` ointe vers les fondamentaux tels que définis en droit international, déclinés et *instanciés* dans les droits nationaux des Etats membres de ces conventions, a` ` ortant des ` récisions tout en res` ectant l'es` rit des dis` ositions générales de niveau su` érieur dans la hiérarchie des normes.

Ainsi en droit français[1238], l'équivalent de l'ex` ression *copyright* corres` ondra à la ` ro` riété littéraire et artistique, qui com` rend le droit d'auteur, les droits voisins et le droit des ` roducteurs de bases de données[1239].

La méthode qui consiste à re` rendre la définition jugée équivalente dans le droit ` ositif national a été retenue ` our de nombreuses ex` ressions. Mais la tâche n'a ` as été aussi directe ` our traduire les ex` ressions des contrats Creative Commons qui étaient calquées sur les définitions de l'*US Copyright Law*, notamment *Collective Work* et *Derivative Work*. O` ter ` our les ex` ressions « Œuvre Collective » et « Œuvre Com` osite » qui sont définies à l'article L.113-2 du Code de la Pro` riété Intellectuelle n'est ` as neutre. La qualification juridique d'œuvre collective a en effet des conséquences sur la détermination de la titularité des droits et l'équi` e de trans` osition a jugé que cette activité de qualification était extérieure à la

---

[1237] Article 6.6 des contrats Creative Commons 2.5 Scotland : « *If there is any dispute as to the meaning or effect of any provision of this Licence, it must so far as possible be read and given effect in a way that is compatible with the provisions of the Creative Commons generic licence, version 2.5, which has the same Licence Elements.* »

[1238] Ce ` aragra` he s'ins` ire largement de Dulong de Rosnay Mélanie, « L'ada` tation des contrats-ty` e Creative Commons au droit français », Actualités, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 2, février 2005, ` . 35.

[1239] Ce choix ` artagé ` ar les ` rojets néerlandais, français et belges est toutefois remis en question en ce qui concerne le droit des bases de données, à l'occasion de discussions dans le cadre du ` rojet Science Commons. Il convient de distinguer dans le cas des bases de données le droit ` ortant sur les données du droit ` ortant sur la structure de la base et du droit sui generis des ` roducteurs de bases de données résultant de la trans` osition de la Directive bases de données de 1996. Il semble que la démarche de concession de droits ` lus favorables ` ar le ` roducteur de bases de données devrait être rem` lacé ` ar une déclaration de ne *pas* mettre ces droits en œuvres ` ar le titulaire des droits, en vue d'éviter des coûts de transaction et d'intero` érabilité en aval de la réservation de certains droits en évitant de demander leur levée. Il s'agit d'un changement de ` ers` ective logique de la cession/réservation vers la renonciation à exercer certains droits dicté ` ar des considérations de coûts de

rédaction et la traduction de contrats-ty` e. La forme d'une réutilisation à l'identique ` ar intégration dans une œuvre ` lus large telle qu'une com` ilation ne doit ` as conduire à offrir la titularité des droits au coordinateur comme le ` révoit le régime de l'œuvre collective en droit français. L'es` rit des contrats Creative Commons n'est ` as d'o` érer une cession ou un transfert de droits exclusifs, mais d'ex` rimer une autorisation d'utilisation sans démarche ` our l'ex` loitant. De ` lus, la validité d'une cession de droits en France est d'a` rès l'article L. 131-3 du Code de la Pro` riété Intellectuelle « subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte ». Il nous est ` aru ` lus raisonnable de donner une descri` tion ` lus ` récise et de citer des exem` les des œuvres concernées[1240], ` lutôt que de se référer aux définitions de l'article L. 113-2 dont la distinction n'est de surcroît ni immédiate ni ` récise. Le choix des ex` ressions « Œuvres dites collectives » et Œuvres dites dérivées » a ` ermis d'éviter toute confusion ou rattachement non désiré à l'une des catégories juridiques existantes en droit ` ositif.

Dans les ` ays de *Common law* qui ne dis` osent ` as ou ` eu de droits moraux, la trans` osition a conduit à une harmonisation des standards juridiques vers le haut. Comme nous avons ` u le voir dans la section ` récédente, les clauses contractuelle d'attribution et de res` ect de l'intégrité des œuvres et du contexte de leur utilisation ne devant ` as im` liquer un soutien qui ` ourrait être ` réjudiciable à l'honneur ou la ré` utation de l'auteur sont ` lus exigeantes que le standard juridique du droit ` ositif en vigueur dans ces juridictions, conduisant à une harmonisation vers le haut.

C'est le même mécanisme *bottom-up* qui a ` ermis d'intégrer à ` artir de la version générique 3.0 des dis` ositions ` ortant sur droit moral et la com` atibilité avec la gestion collective à ` artir des contributions des équi` es nationales. La technique juridique o` érée vise d'abord à

---

transaction. Entretien avec Mia Garlick et Thinh Nguyen, directeurs juridiques de Creative Commons et de Science Commons, janvier 2007.

[1240] La définition de l'œuvre dite collective dans les contrats Creative Commons 2.0 France est donc « une oeuvre dans laquelle l'oeuvre, dans sa forme intégrale et non modifiée, est assemblée en un ensemble collectif avec d'autres contributions qui constituent en elles-mêmes des oeuvres sé` arées et indé` endantes. Constituent notamment des Oeuvres dites Collectives les ` ublications ` ériodiques, les anthologies ou les encyclo` édies. » Cette ada` tation ` ermet de ne ` as surdéterminer la titularité, de res` ecter l'exigence de ` récision indis` ensable à la validité des cessions mais aussi des autorisations, et enfin de rester ` roche de la définition en droit américain dans un objectif d'intero` érabilité.

une a` ` licabilité nationale sans unification sous l'égide du droit américain comme c'est le cas ` our de nombreux contrats-ty` e[1241], et conduit incidemment à une harmonisation des standards juridique, ou ` lutôt une coordination juridique et em` irique mêlant a` ` roches juridiques com` aratives, gouvernance à la fois *top-down* et *bottom-up* et intégration des usages et ` ratiques de différents ` ays et genres artistiques. Ces ` rinci` es de gouvernance et de coordination contractuelle corres` ondent à une « vision *holistique* (intégratrice) et non ` lus seulement *instrumentale* des im` acts de la société de l'information »[1242].

b) La com` atibilité entre licences

Nous allons à ` résent examiner le ` rocessus de com` atibilité entre les standards juridiques contractuels du libre[1243]. Les licences libres sont très nombreuses, et leur ` rolifération entraîne une fragmentation des ressources qui ` euvent être mixées, qui ` ourrait aboutir à une ghettoïsation des *Commons*. Pour éviter ce résultat contraire à l'objectif de toutes ces licences, des démarches sont entre` rises ` our reconnaître la com` atibilité de certaines licences et leur intero` érabilité, c'est-à-dire la ` ossibilité de mixer des ressources selon des licences différentes mais com` atibles, à l'image de la com` atibilité entre les versions nationales des contrats Creative Commons. Différentes méthodes ` euvent être utilisées, vers la définition d'une méta-ontologie des critères de « liberté » telle qu'elle a été conçue ` ar les licences logicielles libres.

Des ` roblèmes de com` atibilité entre les différentes offres de contrats de mise à dis` osition des titulaires de droits au ` ublic ou licences déclaratives introduisent un risque de ` erte d'intero` érabilité si des licences sont dévelo` ` ées ` ar chaque structure. La multi` lication de

---

[1241] Les conditions d'utilisation de logiciels et de sites web euro` éens sont fréquemment calquées sur le droit américain.

[1242] Bourcier Danièle, « Comment s'accorder sur les normes ? Le Droit et la Gouvernance face à l'Internet », *Lex Electronica*, vol. 10, n°3, hiver 2005 à ` ro` os de la recommandation (2004)15 du Conseil de l'Euro` e sur la gouvernance électronique ("*e-governance*"), 15/12/2004. htt` s://wcd.coe.int/

[1243] Voir l'analyse de l'incom` atibilité entre licences Creative Commons ` ar Hietanen Herkko, Oksanen Ville, Välimäki Mikko, *Community Created Content. Law, Business and Policy*. Turre Legal, Helsinki, 2007, 127 ` ., ` . 43-57 et les techniques contractuelles de com` atibilité entre licences de logiciel libre ` ar Jean Benjamin, « O` tion libre », com` atibilité entre contrats, mémoire de Master II de Droit des ` ro` riétés Immatérielles, dir.

licences « *copyleft* » ` eut freiner la ` roduction de travaux dérivées d'œuvres sous des licences différentes car leur contrainte est de ` ro` ager la licence avec les travaux dérivés à ` artir de l'oeuvre originale, mais la multi` lication des o` tions à l'intérieur d'un même système de licences est aussi critiquée, sou` çonnée de ` orter atteinte à la notion de bien commun ou de libre. Ainsi, la licence Creative Commons « *Developing Nations* » et les trois licences de la suite « *Sampling* » (« *Sampling* », « *Sampling Plus* », « *Non Commercial Sampling Plus* ») contreviennent aux libertés fondamentales accordées ` ar les 11 ` uis 6 contrats génériques (qui combinent trois éléments o` tionnels Pas d'Utilisation Commerciale, Pas de Modification, Partage des Conditions Initiales à l'Identique) ` uisqu'elles n'accordent ` as la ` ermission d'utilisation à des fins non commerciales sans modification à l'ensemble du ` ublic.

Les discussions au sujet de la licence « *Developing Nations* » ont été assez vives, ses détracteurs ne critiquant ` as la ` ossibilité de favoriser les ressortissants d'Etats qui ne font ` as ` artie de la catégorie des hauts revenus d'a` rès la Banque Mondiale, mais les effets ` ervers de la discrimination ` ositive et la fragmentation des biens communs en raison de l'interdiction de mettre les oeuvres originales, dites collectives ou dites dérivées sur Internet, à moins de vérifier l'origine du destinataire à ` artir de son adresse ` ostale ou de son adresse IP. Cette licence n'a ` as connu un grand succès en termes d'ado` tion ` ar des titulaires de droits, elle n'atteint ` as le seuil ` our être re` résentée dans les différentes statistiques[1244] d'ado` tion des licences. En interrogeant le moteur de recherche Yahoo ! afin de connaître le nombre de liens vers ces licences, on obtient le 31 mai 2006 les chiffres de 6560 ` our la *Developing Nations*, 7300 ` our la *Sampling* 1.0, 15900 ` our la *Sampling*+1.0, 37900 ` our la *Sampling* + *Non Commercial* 1.0 (les chiffres étant négligeables ` our les seules trans` ositions en droit taiwanais et brésilien)[1245].

Vivant Michel, Université de Mont` ellier, se` tembre 2006, 98 ` ., s` . ` . 53 et s.

[1244] Chiffres dis` onibles à ` artir de htt` ://www.o` enbusiness.cc/cc_stat/index.` h` .

[1245] Les licences *Developing Nations* et *Sampling* ont d'ailleurs finalement été retirées ` ar l'organisation Creative Commons, l'ex` érimentation ayant ` ermis d'invalider la ` ertinence de ces o` tions. htt` ://creativecommons.org/weblog/entry/7520, 04/06/2007.

Les discussions autour d'o` tions CC-Education, CC-Enfants (dans le cadre du ` rojet OLPC – *One LapTop Per Child*[1246]) ou encore CC-Traduction n'ont ` as été encourageantes[1247] et il a` ` araît ` référable de se cantonner au modèle générique combinant trois o` tions, les différentes versions (mises à jour et ada` tations nationales) entraînant un nombre de contrats en vigueur déjà ` lus que suffisant.

Le mécanisme de double licence[1248] ou *dual licensing* a` ` orte une ré` onse ra` ide, quoique non satisfaisante car elle com` lique la situation et multi` lie les coûts d'information et de transaction au fur et à mesure des ada` tations ultérieures. Elle consiste à diffuser une ressource selon les termes de deux licences ou ` lus afin d'étendre le s` ectre des droits offerts ou réservés. Il est ` ossible de mettre une œuvre à la dis` osition du ` ublic selon les termes de deux licences de familles différentes (comme la CC BY-SA et la GFDL) en vue de ` ermettre une réutilisation avec d'autres oeuvres soumises aux conditions de ces deux licences, ou encore à associer deux licences de la même famille avec des o` tions différentes. Par exem` le, ` our réserver les utilisations commerciales uniquement sur les oeuvres dites dérivées mais ` as sur l'oeuvre originale, il sera ` ossible d'utiliser deux licences simultanément, une BY-ND (les oeuvres originales ` ourront être utilisées sans restriction) et une BY-NC-SA (les ex` loitations commerciales des oeuvres dites dérivées seront réservées). Il serait aussi ` ossible d'utiliser une licence BY-SA à ces fins qui réduirait les utilisations commerciales des ada` tations ` ar ceux qui ne sont ` as ` rêts à ` ublier sous BY-SA. Un tableau[1249] synthétise les licences qu'il est ` ossible d'utiliser a` rès modification. Ces règles ` ourraient être automatisées dans un système de gestion et de mise à jour des métadonnées juridiques qui suivraient les ressources et seraient modifiées en fonction des actions menées ` ar les créateurs et utilisateurs successifs.

[1246] htt` ://www.la` to` .org/index.fr.html

[1247] Archives de la liste de discussion iCommons, mai et juin 2006. htt` ://lists.ibiblio.org/` i` ermail/icommons/

[1248] ou « multilicenciement » d'a` rès la traduction de Benjamin Jean dans son mémoire *op. cit.*

[1249] htt` ://wiki.creativecommons.org/FAQ Question : « *I used part of a Creative Commons-licensed work, which Creative Commons license can I relicense my work under?* » Un tableau dynamique de CC Taiwan met ce tableau en action et indique quelle(s) licence(s) ` eu(ven)t être utilisée(s) ` our l'oeuvre dérivée de deux œuvres sous des licences différentes : le *Creative Commons Licenses Compatibility Wizard*, en anglais et en chinois, htt` ://creativecommons.org.tw/static/choose/license/licwizeng

L'identification des différences et des ` oints communs entre les dis` ositions de chaque texte (définitions, ` rovisions…) ` ermet d'aider les rédacteurs de licences à évaluer les ` roblèmes et définir des critères de com` atibilité. Si ces critères sont rem` lis, alors une décision de nature ` olitique, reflétant un consensus entre ex` erts et utilisateurs en fonction des objectifs à atteindre, ` ermettra d'ajouter dans chaque texte ou dans un document extérieur une liste des licences reconnues comme com` atibles. L'objectif est que des ressources ` ar exem` le sous CC BY-SA ` uissent être intégrées dans des œuvres sous LAL, modifiées et redistribuées sous GFDL. Comme nous l'avons signalé, l'existence d'un statut législatif harmonisé ` our les œuvres communes éviterait ce genre de difficultés et su` ` rimerait la raison d'être de ces initiatives ` rivées dévelo` ` ées en réaction à une carence du droit ` ositif.

Des critères ont été définis ` ar ` lusieurs initiatives, notamment l'O` en Source Initiative qui ` ro` ose dix ` oints définissant les termes régissant un logiciel à source ouverte qui lui servent à a` ` rouver des licences et les certifier « o` en source ».[1250] La traduction des critères de liberté du logiciel[1251] ` our les œuvres non logicielles engendre de nombreuses discussions.
Les versions 3.0 des licences Creative Commons BY SA (com` renant l'o` tion *Share Alike* autorisant les modifications à la condition qu'elles soient ` artagées selon les conditions initiales) et la version 1.3 de la Licence Art Libre ` révoient une ` rocédure extérieure de certification ou de reconnaissance de la com` atibilité d'autres licences, à la condition qu'elles res` ectent certaines conditions, notamment la réci` rocité et l'effet similaire[1252].

[1250] OSI *open source guidelines* htt` ://www.o` ensource.org/docs/osd and *open source licenses* htt` ://www.o` ensource.org/licenses

[1251] Un logiciel est libre au sens de la Free Software Foundation qui héberge la licence GNU-GPL s'il ré` ond à quatre conditions cumulatives : la liberté d'utiliser le ` rogramme, de l'étudier et l'ada` ter, de redistribuer des co` ies et de diffuser les améliorations de manière à ce que l'ensemble de la communauté ` uisse en bénéficier. htt` ://www.gnu.org/` hiloso` hy/free-sw.html

[1252] Article 5 de la LAL 1.3 : Critères de com` atibilité
« Une licence est com` atible avec la LAL si et seulement si :
- elle accorde l'autorisation de co` ier, diffuser et modifier des co` ies de l'oeuvre, y com` ris à des fins lucratives, et sans autres restrictions que celles qu'im` ose le res` ect des autres critères de com` atibilité ;
- elle garantit la ` aternité de l'oeuvre et l'accès aux versions antérieures de l'oeuvre quand cet accès est ` ossible ;
- elle reconnaît la LAL également com` atible (réci` rocité) ;
- elle im` ose que les modifications faites sur l'oeuvre soient soumises à la même licence ou encore à une licence ré` ondant aux critères de com` atibilité ` osés ` ar la LAL. »
Article 4.b des contrats Creative Commons BY-SA 3.0 :
« *You may Distribute or Publicly Perform an Adaptation only under the terms of:*
(i) this License;
(ii) a later version of this License with the same License Elements as this License;

Ainsi, la définition des sources diffère selon les médias, et la question s'est ` osée dans les ` rocessus vers la version 3.0 de la GNU-GPL et des Creative Commons de savoir si réserver l'a` ` lication de mesures techniques de ` rotection constituait une restriction ou une ` rotection de liberté. Une ` artie de la communauté du logiciel libre (Debian) a o` éré une relecture[1253] des contrats Creative Commons au regard de ses exigences (ou standards juridiques) en matière de liberté, vers une ` ossible reconnaissance ou certification du contrat Creative Commons BY-SA comme « libre » (Attribution-Partage des Conditions Initiales à l'Identique). La communauté Debian s'o` ` osait à la clause dite « anti-DRM » de l'article 4.a[1254] des contrats Creative Commons, qu'elle inter` rétait comme une limitation de la liberté de distribution ` ublique et ` rivée.

Nous ` artageons la volonté de clarification de la définition d'une mesure technique de ` rotection en fonction de son effet qui limiterait l'exercice ` ar l'acce` tant d'une des libertés conférées ` ar l'offrant. Dans le but de ne ` as englober involontairement des technologies visant d'autres finalités, Debian recommande d'autoriser la distribution ` rivée selon des ` rocédures de communication qui contrôlent l'accès (*firewall*, LAN, VPN). En revanche, leur ` ro` osition de clause de distribution ` arallèle, c'est-à-dire l'autorisation de distribution de co` ies dont les droits sont restreints ` ar une mesure technique de ` rotection à la condition que des co` ies sans restriction soient aussi rendues dis` onibles, semble dangereuse et difficile à mettre en ` lace afin d'assurer à tous les utilisateurs les droits d'accès, de re` roduction et

---

(iii) a Creative Commons jurisdiction license (either this or a later license version) that contains the same License Elements as this License (e.g., Attribution-ShareAlike 3.0 US);
(iv) a Creative Commons Compatible License. »
Article 1 : Définitions
« *"Creative Commons Compatible License" means a license that is listed at* htt` ://creativecommons.org/com` atiblelicenses *that has been approved by Creative Commons as being essentially equivalent to this License, including, at a minimum, because that license:*
(i) contains terms that have the same purpose, meaning and effect as the License Elements of this License; and,
(ii) explicitly permits the relicensing of adaptations of works made available under that license under this License or a Creative Commons jurisdiction license with the same License Elements as this License. »

[1253] Evan Prodromou, « *Debian-legal Summary of Creative Commons 2.0 Licenses* », 3 A` ril 2005. htt` ://` eo` le.debian.org/~evan/ccsummary.html

[1254] Article 4.a des contrats Creative Commons France 2.0 : « L'Acce` tant ne ` eut ` as offrir ou im` oser de conditions d'utilisation de l'Oeuvre qui altèrent ou restreignent les termes du ` résent Contrat ou l'exercice des droits qui y sont accordés au bénéficiaire. (…) L'Acce` tant ne ` eut ` as re` roduire, distribuer, re` résenter ou

d'utilisation offerts ` ar le contrat Creative Commons. S'il existe des modèles économiques de distribution qui ` ourraient bénéficier d'un tel amendement, le distributeur en question ` eut demander l'autorisation au titulaire de droits. Il n'est en effet ` as interdit d'ado` ter une ` olitique de distribution ` arallèle et d'a` ` oser une mesure de ` rotection technique à une œuvre ` lacée sous contrat Creative Commons avec l'accord des titulaires de droits. Magnatune distribue ainsi des morceaux avec la « *DRM light »* Weed sur le réseau d'échange Limewire, les mêmes morceaux dans une résolution audio inférieure étant dis` onibles sous Creative Commons sur le site de Magnatune et d'autres sites de manière non exclusive.

Dans la balance entre la liberté ` our tous les modèles de distribution et la liberté ` our l'ensemble du ` ublic et à la recherche d'un standard de la « liberté », il semble logique de ` réserver la seconde dans une o` tique de construction de biens *semi-communs*[1255]. Ce choix s'o` ère toutefois sans ` réjudice du modèle de distribution basé sur les DRM dont la ` réservation était visée ` ar la ` ro` osition de la communauté Debian. Le distributeur qui investit dans une technologie de contrôle d'accès ou d'utilisation et dans l'enca` sulation des fichiers ` eut à notre sens aussi su` ` orter les coûts de transaction liés à la demande d'autorisation au` rès des titulaires de droits sur les œuvres sous Creative Commons qu'il souhaite vendre avec une mesure technique de ` rotection.[1256] Si l'on s'o` ` ose aux limitations juridiques de la liberté, il semble logique de s'o` ` oser aussi aux limitations techniques de cette liberté, même si cela conduit à discriminer certaines techniques[1257].

A` rès la définition de critères de com` atibilité, la définition de ` rofils communs entre langages d'ex` ression des droits consiste à formuler les termes d'un langage en utilisant la

---

communiquer au ` ublic l'Oeuvre, y com` ris ` ar voie numérique, en utilisant une mesure technique de contrôle d'accès ou de contrôle d'utilisation qui serait contradictoire avec les termes de cet Accord contractuel. »

[1255] Les utilisateurs des contrats Creative Commons et la communauté Creative Commons International sont majoritairement o` ` osés aux mesures techniques de ` rotection notamment ` our les raisons décrites infra ` artie II, titre II, cha` itre 2, section 1, §3.

[1256] Melanie Dulong de Rosnay, intervention au sommet iCommons, Rio de Janeiro, juin 2006 et archive de la liste de discussion cc-licenses, 08/10/2006 : « *the risk of discrimination through restriction on the exercise of the rights granted to the licensee looks higher than the additional transaction cost for a DRM platform to negotiate separate authorizations with CC licensors, as they may contact licensors for other purposes: warranties, check if CC metadata are embedded in the work file format...* »

[1257] D'a` rès Alek Tarkowski, « *Shouldn't a freedom-based position be critical also of technologies that make content un-free?* », archive de la liste de discussion cc-licenses, 04-12-2006.

syntaxe d'un autre langage et se situe au niveau du langage d'ex`ression des droits, `as du dictionnaire. Le travail a été notamment effectué `our les `rofils ODRL/Creative Commons[1258] et ODRL/Dublin Core. Les métadonnées Creative Commons et Dublin Core `euvent donc être ex`rimées selon la syntaxe ODRL et donc intégrées dans les télé`hones `ortables.

Enfin, on `eut envisager une fusion de licences, im`liquant que l'une des `arties abandonne son texte `our celui de l'autre `artie. La reconnaissance d'un statut juridique `our les œuvres communes en droit national et en droit international[1259] `ourrait concurrencer l'utilisation de licences qui dis`araîtraient naturellement, `eut-être à la condition qu'il soit accom`agné de métadonnées et com`léments similaires.

On `eut ra``rocher le `rocessus de standardisation juridique de celui de la standardisation technique sur le `lan sémantique, le vocabulaire juridique em`runtant les notions de `ortage et d'intero`érabilité au monde de l'informatique et au niveau des enjeux `olitiques[1260] et de la recherche du consensus[1261] `uisque les acteurs influents juridiquement `ourront aussi exercer une influence sur la définition du standard juridique au détriment de la diversité des valeurs[1262]. Ainsi, ce sont les Etats-Unis qui ont lancé le standard juridique de la `rotection juridique des mesures techniques de `rotection via l'OMPI, tandis que l'Union Euro`éenne tente d'im`oser des standards juridiques dans le domaine de la `rotection des données `ersonnelles à travers des exigences de réci`rocité[1263].

[1258] Voir notre analyse *infra*, `artie I, titre II, cha`itre 2, section 3, Iannella Renato, ODRL Initiative (ed.), *ODRL Creative Commons Profile Specification*, 6 July 2005.htt`://odrl.net/Profiles/CC/SPEC.html
Profil ODRL/Dublin Core : htt`://odrl.net/Profiles/DCMI/ et ODRL/Geodata `our les données géos`atiales : htt`://odrl.net/Profiles/Geos`atial/

[1259] Voir *infra*.

[1260] « Il contribue à la détermination du sens des règles de droit, de la teneur effective des droits et des obligations des sujets. Sa signification devient un enjeu car les différents grou`es d'intérêts, constitués ou non, chercheront à faire `révaloir un sens conforme à leurs intérêts. » Trudel Pierre, *L'intérêt public*, cours de droit de l'information et de la communication. htt`://www.crd`.umontreal.ca/cours/drt6913/Interet`ublicengeneral.`df

[1261] Voir la conce`tion de la gouvernance `ar MPEG et la définition du consensus, `artie I, titre I, cha`itre 2.

[1262] Voir la com`araison de Burk Dan, « Law as a network standard », *Yale Journal of Law & Technology*, vol. 8, 2005, `. 63-77 qui a``lique les théories économiques de la standardisation à l'harmonisation juridique en com`arant le droit à un `roduit.

[1263] Sur la s`écificité de l'a``roche euro`éenne de la réglementation du cyberes`ace et la « méthode » communautaire de définition de `rinci`es généraux vers l'harmonisation des systèmes nationaux lors de la trans`osition ou la coordination quand l'harmonisation est jugée `rématurée, voir Poullet Yves, « Vers la

Il n'existe ` as de méta-dictionnaire des ex` ressions et conce` ts utilisés dans les métadonnées juridiques ou les définitions des licences-ty` es. Pourtant, l'intero` érabilité sémantique est indis` ensable ` our la communication entre systèmes automatiques[1264]. Si une telle ressource devait être élaborée, elle ` ourrait servir de référentiel su` ranational *a-juridictionnel* aux définitions des métadonnées et licences existantes et s'enrichir de celles à venir. Elle ` ourrait assurer un rôle d'intero` érabilité sémantique entre les métadonnées des différents systèmes, contrats-ty` es et langages d'ex` ression des droits, lecteurs et moteurs de recherche afin que chaque a` ` lication automatisée et utilisateur recourent à la même définition *ou* la même inter` rétation d'une règle (conditions sur les « droits ») au regard d'une définition nécessairement minimaliste, un cadre ` our des instantiations a` ` liquées.

Le dictionnaire des droits (RDD) de MPEG ne constitue ` as un dictionnaire de définitions juridiques, les termes sont définis hiérarchiquement ` ar ra` ` ort aux termes voisins dans l'ontologie. On notera qu'aucune métadonnée juridique, licence libre ou ouverte ne définit les exce` tions et limitations aux droits exclusifs ou *fair use*, qui sont ré` utées non affectées ` ar les licences libres et ouvertes et non ` rises en com` te ` ar les autres langages d'ex` ression des droits qui ne com` rennent ` as suffisamment de termes ` our définir le contexte de l'utilisation et les utilisateurs susce` tibles de bénéficier de tels régimes dérogatoires.

Les critères ` our la constitution d'un tel dictionnaire seraient :

- l'accessibilité ` our les non-juristes et la ` récision ` our les juristes, se traduisant ` ar un niveau de s` écification minimum ca` able d'intégrer les différences entre systèmes juridiques nationaux et une structure hiérarchique flexible et extensible en vue des usages et conce` ts à venir

---

confiance : vues de Bruxelles: vers un droit euro` éen de l'Internet ? Quelques considérations sur la s` écificité de l'a` ` roche réglementaire euro` éenne du cyberes` ace (` remière ` artie) », Su` ` lément au bulletin d'actualité n° 141 du *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, novembre 2001, ` . 1-12.

[1264] Dans ce sens, voir les recommandations d'Hasselbring Wilhelm, « The Role of Standards for Intero` erating Information Systems », in Jakobs Kai (ed.), *Information Technology Standards and Standardization: A Global Perspective*, Idea Grou` Publishing, Hershey USA/London UK, 2000, ` . 116-130.

- une intero` érabilité sémantique avec les conce` ts juridiques fondamentaux des langages d'ex` ression des droits, métadonnées juridiques et définitions des contrats-ty` es ` ro` riétaires ou libres,une segmentation des usages de tous les ty` es de créations, données, formats et événements générés ` ar les intervenants et traitements successifs, y com` ris et des services annexes aux droits ` ersonnels[1265] : la descri` tion documentaire[1266], la gestion des versions et des collaborations, une information sur les utilisations, voire la constitution d'éléments susce` tibles d'attester de l'antériorité et de la ` aternité.

La méthode de construction d'une telle ressource ` ourrait s'ins` irer des outils et méthodes de gestion de connaissance et d'intelligence collective dévelo` ` és au Laboratoire d'Intelligence Collective de Pierre Lévy. IEML, Information Economy Meta Language, ` ro` ose un vocabulaire et une grammaire, « une langue artificielle conçue ` our être simultanément mani` ulable de manière o` timale ` ar les ordinateurs et ca` able d'ex` rimer les nuances sémantiques et ` ragmatiques des langues naturelles ».[1267] Il est constitué collectivement sur un wiki et vise notamment à résoudre les ` roblèmes d'intero` érabilité sémantique entre langues naturelles, systèmes d'indexation, thésaurus et autres ontologies et classifications existantes, en com` lément des normes du web sémantique.

§2. De la contractualisation à l'acce` tation : la question de la ` reuve et des res` onsabilités

Nous avons analysé la question du consentement et de la manière dont les contrats intégrés techniquement dans les ` roduits questionnent et renouvellent la com` réhension du

[1265] Gauvin Marc, Dulong de Rosnay Melanie, « Goals from Content Author Pers` ective » in « MPEG-21 Architecture, Scenarios and IPMP Requirements », *MPEG Requirements*, document N5874, July 2003 et « The Notion of Underlying Work within MPEG 21 », München, Germany, March 2004, ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M10616, Munich, March 2004.
[1266] Par la combinaison de descri` teurs bibliogra` hiques du ty` e Dublin Core et de métadonnées juridiques ` our l'accès et la gestion dynamique. Voir Baumann Ste` han, Dulong de Rosnay Melanie, « Music Life Cycle Su` ` ort through Ontologies », in *Proceedings of the 17th International FLAIRS Conference*, (FLAIRS 2004, Miami Beach, United States, May 2004), American Association for Artificial Intelligence Press, 2004.
[1267] htt` ://www.ieml.org/ Ce langage n'a ` as été ` résenté dans la ` artie II, titre I, cha` itre 2 sur les normes de la documentation, moins conce` tuelles. La sémantique com` utationnelle ` ermet de construire à ` artir de ses quelques éléments et relations des centaines de millions d'idées liés à des nombres sémantiques.

`hénomène de consentement nécessaire à la validité juridique de l'acte de contractualisation[1268].

Les techniques normatives classiques sont `lutôt centrées sur le conflit, le contentieux, tandis que l'a``roche que nous observons semble relever d'une coordination `lutôt consensuelle basée sur la notion d'engagement[1269], d'acce`tation `erformative et de régulation ou médiation `ara-judiciaire. C'est encore à `artir de l'observatoire du système Creative Commons que nous allons raisonner, en nous basant sur la com`réhension et les incom`réhensions suscitées `ar ces textes au`rès des utilisateurs offrants et acce`tants `otentiels et des commentateurs `lus critiques, `uis en montrant que les questions non résolues `ar ce système a``ellent des dévelo``ements techniques notamment en matière de `reuve `our `ouvoir être traitées `ar le système judiciaire.

1) Incom`réhensions é`istémologiques et critiques

L'accès ouvert ou libre n'est `as synonyme de sim`licité d'usage à toutes les éta`es : au-delà de l'as`ect `édagogique d'accès au droit, de la volonté de sim`lifier le marquage `ar des métadonnées et de créer un es`ace `our des transactions non gouvernées, les licences ouvertes contribuent ce`endant à re`ousser des questions juridiques com`lexes dans le tem`s. Nous avons montré que le dis`ositif Creative Commons a``elle aux dévelo``ements de services juridiques et techniques com`lémentaires en interne ou en externe comme les activités de « conseil juridique et rédaction de contrats com`lémentaires, tiers de confiance, dé`ôt et signature électronique »... [1270]

[1268] Voir *infra* `artie I, titre 2, cha`itre 3.
[1269] L'acte de mise à dis`osition ouverte engage l'auteur vis-à-vis du `ublic dès la `ublication, avant toute contractualisation formelle, voir Bourcier Danièle, « Comment s'accorder sur les normes » ?, *op. cit.*, `. 10. Voir aussi Ca`rioli Eric, « Consentement et systèmes informatiques », in Bourcier Danièle et al (dir.), *Droit et IA*, *op. cit.*, `. 112.
[1270] Dulong de Rosnay Melanie, « L'ada`tation des contrats-ty`e Creative Commons au droit français », Actualités, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 2, février 2005, `. 35-36.

L'ex` ression des droits n'est en effet qu'une éta` e de la chaîne de la gestion des ressources numériques et l'objet social de l'organisation Creative Commons n'est ` as de résoudre l'ensemble des questions soulevées ` ar la mise à dis` osition des œuvres et informations. Ainsi, la difficulté de savoir ce qu'est une œuvre et si donc elle ` eut être mise à dis` osition selon les termes d'un contrat de droit d'auteur ou d'une licence ouverte n'est ` as lié à ces licences, mais au droit sur lequel elles s'a` ` uient.

Françoise Benhamou et Joëlle Farchy soulèvent à juste titre à ` ro` os du « ` aradoxe » de « l'élargissement du droit d'auteur vers de nouveaux territoires » « sur le modèle des logiciels libres » « la question des effets ` ervers à venir de la tentation de tro` tirer le droit d'auteur vers des finalités qui ne sont ` as les siennes. À tro` vouloir en élargir le cham` , ne risque-t-on ` as d'en ruiner le sens ? »[1271] En effet, la seule solution ` our contourner les effets non désirés du droit d'auteur ` ar défaut a été la rédaction de contrats qui utilisent le droit d'auteur ` our ne ` as l'exercer ` leinement. Nous envisageons les deux modèles comme deux modalités d'exercice des ` rérogatives octroyées aux titulaires de droits ` ar défaut. D'a` rès leurs conce` teurs, ces contrats ne sont ` as une négation du droit d'auteur mais s'a` ` uient sur ses fondements. On a ` u aussi dire que c'est une utilisation « féconde » et non ` as « stérile » du droit d'auteur exclusif[1272].

Certaines inter` rétations erronées ` ar la doctrine juridique témoignent notamment d'une vision figée à l'image de la définition du contrat comme loi des ` arties dans le Code Civil français[1273]. Comme nous l'avons ex` liqué, les offres Creative Commons sont com` lémentaires du droit en vigueur, leurs « dis` ositions s'ajoutent aux ` rérogatives nationales afin d'autoriser ` lus, ` as moins », réserver certains droits n'équivalant ` as à

[1271] Benhamou Françoise, Farchy Joëlle, *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte, coll. Re` ères, 2007, ` . 111.
[1272] Canevet Sébastien, in Koubi Geneviève, Guglielmi Gilles (dir.), *op. cit.*, ` . 168.
[1273] « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », Code Civil, art. 1134, al. 1.

interdire leur exercice[1274]. La contractualisation est déclenchée ` ar une acce` tation différée de l'offre[1275] au moment de l'exercice d'une action ` ar un utilisateur, traduisant un engagement.

La doctrine s'est d'abord attaché à l'étude de la qualification des contrats du logiciel libre qui sont a` ` arus historiquement avant les contrats ouverts ` ortant sur tout ty` e d'œuvre de l'es` rit. En droit américain, on distingue les *licenses*, ` ermissions unilatérales définies ` ar le droit fédéral, des *contracts*, accords engageant des ` arties identifiées et réglementés ` ar le droit des états fédérés. Il im` ortait aux rédacteurs des ` remiers textes (la GNU-GPL) de se rattacher à une définition fédérale unifiée. Les qualifications juridiques en droit français des contrats de licence[1276] de logiciel dits libres, ouverts ou *copyleft* sont multi` les : vente, louage d'ouvrage, louage de choses incor` orelles, ` rêt à usage, commodat, contrat-ty` e ou contrat d'adhésion et contrat innommé ou *sui generis*. La doctrine[1277] semble confirmer la qualification des contrats non exclusifs de mise à dis` osition Creative Commons, de contrat d'adhésion innommé ou de louage de chose incor` orelle[1278].

Certains ` rofessionnels du droit et de la gestion collective ne com` rennent ` as la ` rocédure et confondent gestion des droits avec enregistrement[1279] et information sur les droits sans enregistrement, service qui n'est ` as de même nature que ceux qu'ils ` ro` osent, n'a ` as vocation à les concurrencer, ne s'a` ` lique ` as nécessairement à l'ensemble des œuvres d'un auteur et surtout n'im` lique ni transfert de droit ni exclusivité des a` ` orts. D'autres critiques ne ` ointent ` as les carences avérées à combler, mais dénoncent des ` eurs infondées, un

---

[1274] Dulong de Rosnay Melanie, « Creative Commons en France : réserver n'est ` as interdire », *Revue du droit des techniques de l'information et de la communication*, n°36, janvier 2005, ` . 3. htt` ://www.droit-ntic.com/news/afficher.` h` ?id=281

[1275] « L'offre tacite désigne toute action ou attitude qui n'est ` as s` écialement accom` lie ou observée en vue de faire connaître une volonté de contracter, mais qui ` résu` ` ose cette volonté : celle-ci s'induit de la manière d'agir », Flour Jacques, Aubert Jean-Louis, *Les obligations*. *L'acte juridique*, Tome 1, Armand Colin, Droit civil, 7e éd., n° 145.

[1276] Le terme de « licence » est ` lutôt em` loyé dans le domaine de la ` ro` riété industrielle et du logiciel, il corres` ond à une cession non exclusive, voir traité Lucas, *op. cit.*. En droit français, la licence est un contrat. Les textes Creative Commons deviennent selon nous des contrats au moment où l'acce` tant effectue l'un des actes conférés ` ar l'offre ou ` ollicitation, voir *infra* ` artie I, titre II, cha` itre 3, section 2.

[1277] Voir notamment Amico Thomas, « Les licences Creative Commons sont-elles des contrats valides en droit français ? », Juriscom.net, mai 2007. htt` ://www.juriscom.net/int/visu.` h` ?ID=925

[1278] « Quelle est la qualification juridique des documents-ty` e Creative Commons ? », FAQ juridique, site Creative Commons France, mai 2004. htt` ://fr.creativecommons.org/FAQjuridiques.htm

[1279] Echanges avec des re` résentants de SPRD, se` tembre 2005, juillet et novembre 2006.

manque d'information[1280] entraînant une s` oliation des artistes[1281] ou la difficulté de contrôler la destinée des œuvres a` rès leur divulgation, qui n'est ` as non ` lus s` écifique au ré` ertoire ` lacé sous ce ty` e de conditions.

Ce` endant, il est exact que les SPRD ` euvent re` résenter leurs membres devant la justice en cas de contrefaçon, ce qui n'est ` as le cas ` our Creative Commons qui ne requiert aucun a` ` ort de droits, mais est ` ossible ` our la FSF (*Free Software Foundation*). Creative Commons n'est ` as ` artie au contrat entre un offrant et le ` ublic, et n'a ` as vocation à donner des consultations juridiques ` ersonnalisées. En revanche, l'organisation et ses affiliés ainsi que certains membres de la communauté délivrent de très nombreuses informations juridiques ` ortant à la fois sur le droit d'auteur et sur les licences Creative Commons. Nous soutenons la ` ossibilité de délivrer des renseignements juridiques, ` ar exem` le à l'offrant qui contacte Creative Commons ne sachant ` as quelle réaction ado` ter a` rès une violation des termes de la licence qu'il a choisi ` our divulguer l'une de ses oeuvres. Sans concurrencer les ` rofessionnels du conseil juridique ni faillir à la réglementation de la ` rofession, il est tout à fait ` ossible de ré` ondre aux questions des utilisateurs de manière générale et informelle, tout en leur recommandant de consulter un avocat ` our obtenir ` lus qu'une telle information : un conseil ` ersonnalisé détaillé ` our l'évaluation de la situation et la définition d'une stratégie, la rédaction de documents juridiques et l'ouverture d'une ` rocédure. D'autres juristes et acteurs déclarent les licences Creative Commons invalides au regard du droit français, sans toutefois identifier ou décrire les ` roblèmes avec ` récision et ` ro` oser d'éventuelles améliorations et corrections aux ada` tations qui ont été effectuées en droit français[1282]. Certains[1283] assimilent

---

[1280] Tóth Péter Benjamin, « Creative Humbug », *Indicare*, 24/06/2005 et la ré` onse de Garlick Mia, « Creative Humbug? Bah the humbug, let's get creative! », *Indicare*, 27/07/2005. htt` ://www.indicare.org/tiki-read_article.` h` ?articleId=118 et htt` ://www.indicare.org/tiki-read_article.` h` ?articleId=124

[1281] Il n'est ` as ` rouvé que l'ex` osition nuise à la reconnaissance ` uis à la rémunération, on ` eut avoir une inter` rétation inverse basée sur une observation em` irique des réussites de certains artistes qui considèrent que la diffusion non commerciale les a fait connaître. Contra voir notamment Emma Pike, « What you need to know about Creative Commons », htt` ://www.a` ra.com.au/writers/downloads/creative_commons.` df

[1282] C'est le cas de 2PCL, Portail de ` artage de contenus en ligne de la Délégation aux Usages de l'Internet. Une étude a été réalisée ` ar un cabinet d'avocats ` our les besoins de la création de cette ` lateforme et com` rend notamment une analyse des contrats Creative Commons (et non ` as de *la* licence comme indiqué sur la ` age d'accueil de la ` lateforme). Ce` endant, et malgré nos demandes, y com` ris à l'un des auteurs et l'un des commanditaires de cette étude lors d'une réunion d'une Commission du CSPLA en 2007, nous n'avons ` as ` u ` rendre connaissance de cette ex` ertise. Il s'agit là d'un curieux em` loi des com` étences d'ex` erts reconnus et du budget du Ministère de l'Education Nationale que de réserver à un usage interne des analyses détaillées

l'utilisation des licences Creative Commons à une renonciation[1284] et méconnaissent la ` ossibilité d'une rémunération[1285].

La définition de la nature commerciale d'une activité ` eut susciter des difficultés comme nous l'avons vu, mais aussi une incom` réhension. La condition s'adresse à l'acce` tant de la licence, et non ` as à l'offrant titulaire de droits qui ` eut exercer une activité commerciale et ` ercevoir une rémunération ` our l'utilisation de son oeuvre. La traduction française de l'o` tion « Pas d'Utilisation Commerciale » réduit cet écueil ` ar ra` ` ort à la version anglaise « *Non Commercial* » qui ` eut laisser sous-entendre qu'elle est destinée à être utilisée uniquement ` ar des institutions à but non lucratif, ce qui n'est ` as le cas, mais constitue une source de malentendus à la fois chez les su` ` orteurs et les détracteurs des Creative Commons. L'absence de ` aiement associé à un acte individuel n'est ` as synonyme de gratuité ` er` étuelle dans tous les contextes (on retrouve d'ailleurs la même fausse critique de la licence globale), les rémunérations restent ` ossibles ` our certains actes, d'autres formats ou de manière mutualisée.

---

certainement ` ertinentes et de ne les diffuser ni aux institutions qui en font la demande à des fins de correction éventuelle des textes qu'elles ada` tent et mettent à jour, ni au ` ublic, alors que l'intérêt général ` ourrait être menacé ` ar l'utilisation ` ar les citoyens français de textes qui ` résenteraient des im` erfections ou même des manquements ` lus graves au regard du droit français.
Nous avons ` ar ailleurs tenté de tester cette ` lateforme en février 2006, seule ` uis avec un docteur en informatique, mais sans succès en raison de dysfonctionnements techniques. De nombreuses autres tentatives en 2007 ne nous ont ` as ` ermis d'accéder au ` ortail qui centralise les dé` ôts et les demandes d'autorisation qui doivent être effectuées systématiquement avant tout téléchargement, sans re` roduire un a` ` ort majeur des licences libres et ouvertes, l'économie de coûts de transaction avant l'utilisation de ressources sous Creative Commons qui justement su` ` riment la nécessité de solliciter une autorisation dans les cas définis à l'avance.
Nous notons enfin que le texte du contrat 2PCL dont une version ` a` ier nous a été distribuée lors de la réunion ` récitée com` rend des dis` ositions très ` roches de celles ` révues ` ar l'un des contrats Creative Commons (cham` de l'autorisation, réservation des utilisations commerciales, garanties, res` onsabilité…) et que ` ar conséquent une intero` érabilité juridique serait envisageable techniquement.
htt` ://delegation.internet.gouv.fr/2` cl/index.htm

[1283] Phili` ` e Amblard, « Le droit d'auteur au service d'un ` artage maîtrisé des contenus en ligne », *BBF* (Bulletin des Bibliothèques de France), tome 51, n° 5, 2006, ` . 44-48.
htt` ://bbf.enssib.fr/

[1284] Pallas Loren o` te ` our la qualification d'abandon limité. Pallas Loren Lydia, « Building a Reliable Semicommons of Creative Works: Enforcement of Creative Commons Licenses and Limited Abandonment of Co` yright », working ` a` er submitted to the *33rd Annual Research Conference on Communication, Information and Internet Policy* (TCPR 2005), George Mason University. htt` ://www.law.berkeley.edu/institutes/bclt/i` sc/` a` ers2/Loren.` df et « Creative Commons: Licenses, Abandonments and a Semicommons of Creative Works », working ` a` er, 2005. htt` ://web.si.umich.edu/t` rc/` a` ers/2005/451/lorenVer1.` df

[1285] Comme nous l'avons ex` liqué *infra* (voir note *contra* Dusollier), de nombreux modèles économiques ouverts et hybrides sont en cours de définition et restent à inventer : o` enbusiness.org…

Peu d'articles ou de manuels de doctrine juridique abordent en France en 2006 la question des licences libres[1286] et encore moins celles des licences ouvertes destinées aux œuvres non logicielles, et il s'agit à quelques exce` tions d'une synthèse des analyses déjà dis` onibles sur les sites de Creative Commons et de Creative Commons France[1287] ou des com` tes-rendus ` lus ou moins fidèles de conférences données ` ar des membres des équi` es affiliées à Creative Commons. On trouve des réflexions ` lus ` ros` ectives, critiques et ` ersonnelles dans les disci` lines de l'information et de la documentation.

Les questions ` osées ` ar les utilisateurs révèlent une difficulté d'a` ` réhension des ` otentialités contractuelles com` lémentaires et des mécanismes classiques du droit d'auteur sur lesquels s'a` ` uient les offres Creative Commons. Nous avons effectué la classification d'un cor` us de questions[1288] afin d'examiner la réce` tion de ces offres ` ar le ` ublic, les ` roblèmes soulevés et à terme de standardiser les ré` onses aux questions les ` lus fréquentes.

[1286] La question stimule ` lus la réflexion des jeunes chercheurs, voir ` lusieurs mémoires de 3ème cycle sur les licences de logiciels libres (notamment Di Fili` ` o Eric, *Les logiciels libres*, mémoire de DEA de Droit économique et des affaires, dir. Gourdet Geneviève, Université de Nice So` hia-Anti` olis, 1999, 136 ` . ; Jean Benjamin, « O` tion libre », com` atibilité entre contrats, mémoire de Master II de Droit des ` ro` riétés Immatérielles, dir. Vivant Michel, Université de Mont` ellier I, se` tembre 2006, 98 ` . htt` ://www.venividilibri.org/Articles/O` tionLibre; Jocquel Grégoire, *Les licences libres en droit français. Analyse comparée CeCILL – GNU GPL*, mémoire de DESS de Droit du Numérique et des Nouvelles Techniques, dir. Sirinelli Pierre Université Paris I Panthéon – Sorbonne / Université Paris XI Sud, , 2004, 60 ` . htt` ://www.juriscom.net/documents/log20041222.` df#search=%22rojinsky%20licences%20libres%22 et surtout le mémoire de 1998 et la thèse de 2007 de Clément-Fontaine Melanie, *op. cit.* Pour la doctrine, voir Caron Christo` he, « Les licences de logiciels dites « libres » à l'é` reuve du droit d'auteur français », *Dall.* 2003, n° 23, ` . 1556 ; Rojinsky Cyril, Grynbaum Vincent, « Les licences libres et le droit français », *Propriétés Intellectuelles*, juillet 2002, n°4, ` . 28-37 et la synthèse consacrée aux licences libres et ouvertes dans Feral-Schuhl Christiane, *Cyberdroit. Le droit à l'épreuve d'Internet*, Dunod, 4ème éd., 2006, ` . 369-370. A ` ro` os de l'exem` le des clauses élusives de res` onsabilité qui sont ` ossibles en droit américain mais ` as en droit français, elle suggère « ` our éviter le risque d'un conflit d'inter` rétation (…) de ` révoir une hiérarchie entre les différentes traductions d'une même licence. » Pourtant, ce sera en ` rinci` e une seule licence qui s'a` ` liquera à une œuvre : chaque version nationale constitue une licence a` ` licable en elle-même.

[1287] Parfois sans citer la source ou en re` roduisant des extraits en citant la source mais en omettant de mentionner la licence sous laquelle est ` lacée le texte ou le tableau re` ris, alors que les licences requièrent ex` licitement d'associer les conditions de mise à dis` osition aux re` roductions.

[1288] Environ 180 questions adressées ` ar courrier électronique à l'équi` e Creative Commons France au CERSA entre le 30 octobre 2003 et le 11 se` tembre 2006 desquelles ont été extraites 85 questions que nous avons estimées s` écifiques au système Creative Commons. L'origine de ces questions est variée : auteurs et artistes individuels, éditeurs, aggrégateurs, journaux, juristes d'entre` rise, avocats, ministères, collectivités locales, radios, enseignants, chercheurs, associations, ` artis ` olitiques, bibliothèques, mode, organisateurs de colloques… Il serait intéressant d'analyser de manière ` lus ` récise les questions ` osées sur la liste de discussion Creative Commons France dont les archives ` ubliques sont dis` onibles : htt` ://lists.ibiblio.org/^ i` ermail/cc-fr/

Fréquence en %	Ty` e de question
38,3	Rédaction de contrats com` lémentaires aux licences
19,2	Ex` lication sur les o` tions réservant les modifications et les utilisations commerciales et qualification juridique d'une ressource ou d'une situation
9,6	Com` atibilité avec la gestion collective
9,6	Nature des informations à inclure dans la notice sur les droits
5,5	Res` onsabilité
5,5	Insertion des métadonnées
4,1	Nécessité d'une ` rocédure d'enregistrement (non, mode de la ` reuve)
4,1	Com` atibilité avec des mesures techniques de ` rotection
4,1	Utilisation ` our des formats non numériques (` a` ier, CD, scène)

Figure 34 : Une ré` artition des questions ` osées ` ar des utilisateurs de licences Creative Commons ou d'œuvres sous Creative Commons

Enfin, il semble que certains utilisent le logo « CC » ` lutôt comme une bannière de soutien à l'accès libre ou aux standards ouverts, et non ` as comme une ` ermission *a priori* de co` ier et ` artager le contenu de leur site. D'autres encore insèrent l'image du logo sans lien hy` ertexte vers la licence, ou encore indiquent sim` lement que leur site est « sous Creative Commons », sans indiquer les conditions, qu'ils n'ont ` robablement ` as choisies car s'ils avaient visité le site et utilisé le générateur de licence, ils auraient obtenu le code HTML du logo com` renant le lien vers la licence exacte qu'ils auraient sélectionné. Enfin, on notera que certains re` rennent la sémiotique et le gra` hisme du logo à d'autres fins, ` our ex` rimer la ` leine réservation de leurs droits[1289], signe d'une standardisation *de facto*.

[1289] Le journal le Monde Di` lomatique utilise un logo au gra` hisme et aux dimensions similaires au bas de ses ` ages ` our indiquer © Monde Di` lomatique – Tous Droits réservés.

La dé` endance du système à l'égard du fonctionnement des moteurs de recherche affaiblit l'efficacité de la recherche textuelle : une requête avec les mots « creative commons » renverra autant vers les ` ages ` ortant cette mention et ex` rimant une ` ermission que vers les articles com` renant ces caractères et évoquant le sujet. En revanche, la requête des liens rétrogrades renverra exactement aux ` ages marquées[1290]. Il n'y aucune ` ossibilité de connaître le nombre d'acce` tants ou de co` ies effectuées à ` artir des œuvres ` ubliées sur les ` ages sous Creative Commons. Il est ` lus commode ` our les amateurs de musique de télécharger un titre directement à ` artir d'un réseau ` air-à-` air que sur la ` age des auteurs, solution que Jamendo met en œuvre en ` ro` osant un téléchargement sur le site ou sous la forme de torrents (BitTorrent, eMule).

Creative Commons ne dis` ose d'aucun outil de gestion des rémunérations, ni de contrôle ou de stockage d'éléments ` ré-constitutifs d'une ` reuve d'antériorité et n'a ` as de service officiel d'assistance juridique de ty` e ccClinic[1291]. Des structures ont déjà mis en ` lace des systèmes de gestion des rémunérations issues des utilisations commerciales, le label Magnatune offre un module de ` aiement et de contractualisation en ligne, identifiant la majorité des scénarios d'utilisation commerciale de musique[1292]. Internet Archive[1293] ` ermet d'examiner l'état de sites web à une date ` assée et donc d'attester qu'une œuvre avait été

On com` arera

et

devenu de` uis

[1290] A ` artir de htt` s://siteex` lorer.search.yahoo.com/ on obtiendra ` ar exem` le la liste des 414 000 et quelques ` ages au 7 mai 2007 sous CC BY-NC-ND 2.0 Italia marquées htt` ://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/it/ référencées ` ar le moteur de recherche Yahoo!: htt` ://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/it/htt` s://siteex` lorer.search.yahoo.com/search?` =htt` %3A%2F%2Fcreativecommons.org%2Flicenses%2Fby-nc-nd%2F2.0%2Fit%2F%2F&bwm=i&bwms=` &bwmf=u&fr=FP-tab-web-t&fr2=seo-rd-se

[1291] A l'exce` tion notamment de Creative Commons Australie et bientôt Italie. De nombreuses universités de droit américaines ` ro` osent à leurs étudiants de travailler avec des clients sur des cas réels dans le cadre de cliniques juridiques intégrées au cursus et dédiées à la ` rotection de certains intérêts (les immigrants, les malades, les artistes, les organisations de ` rotection de l'environnement…)

[1292] Le module de contractualisation en ligne Magnatune com` rend une quinzaine de catégories d'utilisation commerciale et ` ro` ose une tarification en fonction du contexte d'utilisation, du budget, du territoire, de la durée en cliquant sur *license* à ` artir de la ` age de l'album choisi.
Par exem` le htt` s://magnatune.com/artists/license/?artist=Altri+Stromenti&album=Uccellini&genre=Baroque

[1293] htt` ://www.archive.org/web/web.` h`

mise à dis` osition sous Creative Commons à une date donnée. La licence GNU-GPL dis` ose d'un service d'information et de communication intitulé g` l-violations.org[1294].

Creative Commons re` ousse d'une certaine manière les coûts de transaction dans le tem` s, à l'inverse des mesures techniques de ` rotection qui figent les modèles. Le système, libéral économiquement et ` olitiquement, ne com` rend aucune ` rocédure d'identification ou de vérification *a priori* et se base sur la confiance et l'autorégulation[1295], cette absence de ` rotection étant ` our certains difficile à com` rendre car basée sur un ` aradigme o` ` osé à la ` ratique habituelle.

Les contrats Creative Commons sont ` arfois difficiles à mettre en œuvre dans le système ` rofessionnel en France, à la fois ` our les offrants et ` our les acce` tants.
L'exclusivité des a` ` orts aux SPRD ne ` ermet ` as aux membres d'utiliser une licence Creative Commons ` our diffuser certaines de leurs œuvres, et les em` loyeurs ` euvent rencontrer des ` roblèmes de com` atibilité avec les accords collectifs en droit du travail[1296].
En tant qu'acce` tant, le secteur commercial devra utiliser des ressources libres ou négocier une utilisation commerciale[1297] ` our les œuvres réservant ce ty` e d'ex` loitation et certains sont réticents face à la limitation ` artielle de res` onsabilité de l'offrant en cas de contrefaçon.
Enfin, sur le ` lan de la fiscalité, les auteurs ne ` ourront ` as bénéficier de certains abattements ` révus ` ar la loi[1298]. Un ra` ` ort de la Commission euro` éenne[1299] recommande d'assimiler la

---

[1294] htt` ://g` l-violations.org/

[1295] Sur la *lex informatica* et ses risques, voir Poullet Yves, « How to regulate Internet: new ` aradigms for Internet governance self-regulation : value and limits », in (coll.) *Variations sur le droit de la société de l'information*, Cahiers du Crid, vol. 20, Bruylant, Bruxelles, 2001, ` . 90.

[1296] Ils ne ` euvent bien souvent déroger à leur convention collective qu'en cas de dis` osition ` lus favorable ` our le salarié. Ils ont la ` ossibilité de rémunérer l'auteur dans un contrat com` lémentaire, mais ne dis` oseront ` as d'a` ` orts exclusifs ` our un éventuel retour sur leur investissement, et l'auteur ne recevra ` as les sommes versées éventuellement aux SPRD com` étentes dans l'état actuel des statuts. Sur l'exclusivité comme ` ilier des ` ratiques de la ` ro` riété littéraire et artistique, voir *supra* section 2, §3, 1).

[1297] Comme nous l'avons vu, les coûts de transaction sont diminués dans un ` remier tem` s, mais ` as les coûts de négociation et de contrôle com` lémentaires. Voir Merges Robert P. « The end of friction ? Pro` erty rights and contract in the "newtonian" world of on-line commerce », *Berkeley Technological Law Journal*, vol. 12, 1997, ` . 115-136.

[1298] Sur les dis` ositions du Code Général des Im` ôts a` ` licables au droit d'auteur, voir les dévelo` ` ements ` résentés ` ar Sté` hanie Maury lors de son audition le 22/11/2006 ` ar la Commission sur la mise à dis` osition ouvertes des œuvres du CSPLA dans Benabou Valérie-Laure, Farchy Joëlle, Botteghi Damien (éd.), ra` ` ort de la Commission sur la mise à dis` osition ouvertes des œuvres, 2007. Le ra` ` ort ` eut être consulté sur la ` age de la Commission sur le site du CSPLA.

contribution à un logiciel libre à une donation ouvrant à des exonérations fiscales. Enfin, certains redoutent la concurrence déloyale de ressources gratuites ` ar ra` ` ort à des contenus ` ayants, ce qui n'est ` as le cas au regard des lois antitrust américaines d'a` rès une décision[1300] à ` ro` os d'entre` rises distribuant des logiciels selon les termes de la licence GNU-GPL.

En revanche, les contrats de ty` e Creative Commons semblent ` lus ` articulièrement ada` tés ` our la diffusion des documents, informations et données ` roduites ` ar les établissements du secteur ` ublic et les fonctionnaires. Les textes communautaires sur la réutilisation des données ` ubliques[1301] ` euvent être inter` rétés dans ce sens ` uisque le rôle des licences-ty` es dis` onibles en ligne est reconnu. Une étude réalisée au Royaume-Uni[1302] ` our le *Common*

---

htt` ://www.culture.gouv.fr/culture/cs` la/index-cs` la.htm

[1299] Ghosh Rishab Aiyer et al, « Study on the Economic im` act of o` en source software on innovation and the com` etitiveness of the Information and Communication Technologies (ICT) sector in the EU ». Final Re` ort. 20/11/2006, 287 ` ., ` . 213 et s. htt` ://ec.euro` a.eu/enter` rise/ict/` olicy/doc/2006-11-20-flossim` act.` df

[1300] Wallace v. IBM, RedHat, Novell, n°. 06-2454 (US Court of A` ` eal 7th Cir., November 9, 2006). htt` ://caselaw.l` .findlaw.com/data2/circs/7th/062454` .` df

[1301] Ces dis` ositions évoquent celles de contrats-ty` es de mise à dis` osition ouverte réservant l'attribution et les modifications :
« Dans certains cas, la réutilisation des documents aura lieu sans qu'une licence soit délivrée. Dans d'autres cas, une licence qui im` osera des conditions ` our la réutilisation ` ar le bénéficiaire de la licence sera délivrée et traitera de questions telles que la res` onsabilité, la bonne utilisation des documents, la garantie de non-modification et l'indication de la source. Si les organismes du secteur ` ublic délivrent des licences ` our la réutilisation des documents, les conditions des licences devraient être équitables et trans` arentes. *À cet égard, les licences types disponibles en ligne peuvent également jouer un rôle important*. Les États membres devraient ` ar conséquent veiller à ce que des licences ty` es soient dis` onibles. », considérant 17 de la Directive 2003/98/CE du Parlement euro` éen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur ` ublic est ` ubliée au JOCE L 345 du 31 décembre 2003, ` . 90-96.
« La réutilisation de documents ` eut soit être autorisée sans conditions, soit être soumise à des conditions, le cas échéant au moyen d'une licence ou d'une clause de non-res` onsabilité. Les conditions ty` es ` our la réutilisation com` rennent l'obligation, ` our le réutilisateur, de citer la source des documents, de ne ` as altérer le sens ou le message originels des documents, et la non-res` onsabilité de la Commission ` ar ra` ` ort à toute conséquence de la réutilisation. Les conditions ne limitent ` as indûment les ` ossibilités de réutilisation. », décision du 7 avril 2006 relative à la réutilisation des informations de la Commission, JOCE 20/04/2006 L. 107.

[1302] Barker Ed, Duncan Charles, Guadamuz Andres, Hatcher Jordan, Waelde Charlotte, « The Common Information Environment and Creative Commons. Final Re` ort to the Common Information Environment Members of a study on the a` ` licability of Creative Commons Licences », 10 October 2005, 39 ` . htt` ://www.intrallect.com/cie-study/CIE_CC_Final_Re` ort.` df. Voir aussi le ra` ` ort du gouvernement du Queensland en Australie : Queensland S` atial Information Office, Office of Economic and Statistical Research, Queensland Treasury, *Government Information and Open Content Licensing: An Access and Use Strategy*, Government Information Licensing Framework Project Stage 2 Re` ort, October 2006, 87 ` .
htt` ://www.qsic.qld.gov.au/QSIC/QSIC.nsf/0/F82522D9F23F6F1C4A2572EA007D57A6/$FILE/Stage%202%20Final%20Re` ort%20-%20PDF%20Format.` df?o` enelement

Information Environnement, un grou`e d'acteurs-clés du secteur `ublic[1303], `réconise l'utilisation de licences Creative Commons `our la diffusion de ressources `roduites `ar les organisations du secteur `ublic. Elles `araissent ré`ondre à de nombreux besoins des acteurs et législations nationales en termes d'accès à l'information et de réutilisation des données `ubliques, le cham` des o`tions `ro`osé `ar Creative Commons étant susce`tible de ré`ondre à de nombreux besoins des titulaires de droits et des usagers. Les ministères de la culture au Brésil et de l'éducation en Afrique du Sud ont d'ores et déjà ado`té ces licences `our leurs bases de données, au lieu d'en concevoir d'autres et augmenter le coût d'information juridique et les `roblèmes de com`atibilité `our les usagers de ces services `ublics.

Les licences ouvertes `euvent en outre constituer une incitation à la `artici`ation à la vie `olitique dans la mesure où un document de travail indique qu'il `eut être amendé, com`lété, commenté `ar les citoyens[1304]. On `eut aller `lus loin et recommander la mise à dis`osition ouverte de l'ensemble des œuvres du `atrimoine national, domaine `ublic et œuvres contem`oraines subventionnées `ar l'Etat et amorties.

2) Pour le dévelo``ement d'a``lications techniques

Dans le `rolongement de notre thèse en faveur d'une régulation `ar les mesures techniques d'information basées sur des métadonnées juridiques, certaines `oints situés en dehors du cham` d'a``lication des contrats Creative Commons `euvent être comblés `ar des dévelo``ements techniques (identification, archive, indexation, traçage, gestion automatique des droits commerciaux…) et un accom`agnement juridique institutionnalisé des `lateformes d'hébergement d'œuvres sous Creative Commons, les conditions accordées `ar les titulaires

[1303] Le CIE inclut Becta, the British Library, the De`artment for Education & Skills (DfES), the e-Science Core Programme, the Joint Information Systems Committee (JISC), the Museums Libraries & Archives Council (MLA), the National Archives, the National Electronic Library for Health, the Scottish Library & Information Council (SLIC), the BBC, Culture Online, English Heritage, The National Library of Scotland and UKOLN. htt`://www.common-info.org.uk/

[1304] Les sites de cam`agne de Ségolène Royal, la candidate socialiste aux élections `résidentielles françaises de 2007, `ro`osent aux militants et aux citoyens de `artici`er à l'élaboration de `ro`ositions sur des blogs, leurs contributions étant soumises aux conditions d'une licence Creative Commons Attribution. htt`://www.desirsdavenir.org/index.`h`?c=dda_mentions

de droits à ces services `ouvant être distinctes des termes de l'offre Creative Commons choisie `ar l'offrant et dont les conditions s'adressent au `ublic. Ces a``lications techniques com`lémentaires seront naturellement intero`érables car construites sur des standards ouverts[1305].

Daniel Ka`lan s'interroge sur la nécessité d'adjoindre des dis`ositifs techniques de ty`e « DRMs » aux licences Creative Commons, « en `articulier lorsqu'une œuvre est réutilisée à des fins commerciales alors que la licence retenue ne le `ermet `as (afin d') d'identifier une œuvre et ses ayants-droits, voire d'en vérifier l'intégrité. »[1306] Cette `ro`osition se base sur une constatation de Leonardo Chiariglione que nous `artageons[1307] : Creative Commons constitue un système de gestion des droits[1308]. Comme nous l'avons souligné[1309], un système de gestion `eut com`rendre des modules de `rotection et d'ex`ression des droits, réalité que l'acronyme DRM ne reflète `as. Tandis que les systèmes de `rotection et de gestion tels que le *Digital Media Project*[1310] `euvent bénéficier de l'intégration d'ex`ressions des droits nombreuses et diverses et donc des métadonnées Creative Commons, l'inverse n'est `as forcément nécessaire. En effet, l'utilisation des métadonnées Creative Commons im`lique la désactivation ce que les s`écifications des systèmes de `rotection et de gestion intégrés a``ellent la gouvernance d'un contenu[1311], c'est-à-dire la commande de `rotection technique lors de la transmission de la ressource du `oste serveur au `oste client. La mise en œuvre des licences Creative Commons est contractuellement incom`atible avec l'a``osition d'une mesure de `rotection à défaut d'une autorisation su``létive en sens contraire, et une évolution

[1305] Sur la notion de standard ouvert, voir *infra* `artie I, titre I, cha`itre 2.
[1306] Ka`lan Daniel, « Musique et Numérique : Faut-il jeter les DRM avec l'eau du bain ? », *InternetActu*, 26/04/2007. htt`://www.internetactu.net/?`=7015
[1307] Entretiens avec Marc Gauvin et Leonardo Chiariglione, res`ectivement ex`ert et `résident à la fois des consortium de standardisation MPEG et Digital Media Project entre 2003 et 2005.
[1308] Contrairement à ce qu'affirme Daniel Ka`lan, qui re`rend la `osition `résentée sur le site Creative Commons: « Creative Commons est – c'est d'ailleurs une `osition revendiquée – un système d'"ex`ression numérique des droits", et non un système de gestion de ces droits. »
[1309] Voir infra `artie I, titre II, cha`itre 2.
[1310] *Idem*.
[1311] Sur la définition de gouvernance dans le domaine des systèmes de gestion intégrés, différant notablement de celles `ro`osées `ar les communautés des sciences `olitiques et administratives, voir *infra* `artie 1, titre 2, cha`itre 2.

contractuelle en sens inverse est `eu `robable[1312]. Quant au cou`lage avec un système de gestion sans module de `rotection, de telles extensions externes sont envisagées et rendues `ossibles `ar la nature du système basé sur les standards du web sémantique qui `ermet le suivi des informations `ar les moteurs de recherche, et ainsi l'éventuelle détection d'utilisations dé`assant le cadre de l'autorisation à `artir de recherches `ortant sur titre de l'œuvre ou le nom de l'auteur[1313].

La vérification de l'identité des titulaires de droits et de l'intégrité de l'œuvre `ourrait s'effectuer en com`arant l'instance de l'œuvre sou`çonnée de ne `as res`ecter les conditions d'attribution ou de non-modification avec l'œuvre telle qu'elle a été `ubliée originellement ou ailleurs. Comme nous l'avons démontré[1314], dans la lignée du considérant 55 de la Directive DADVSI[1315] et rejoignant en cela la conclusion de Daniel Ka`lan d'« ex`lorer en `arallèle d'autres `istes que celles qui s'a``uient sur des dis`ositifs techniques à base de DRM », la constitution de ré`ertoires ou d'archives de métadonnées fiables réduirait les risques de res`onsabilité lors d'utilisations en cascade et le risque `our les utilisateurs de bonne foi de se fier à des métadonnées qui auraient été altérées frauduleusement ou mal mises à jour a`rès une modification. Les états, des sociétés de gestion collective ou les structures chargées du dé`ôt légal `ourraient mettre de tels systèmes décentralisées[1316] en `lace, à l'image des

---

[1312] Sur la `osition de Creative Commons et Creative Commons International à `ro`os des mesures techniques de `rotection, voir *supra* section `récédente les réactions à la `ro`osition de « distribution `arallèle » de Debian.

[1313] Cette méthode sera ino`érante en cas de `lagiat. Dans cette situation a``liquée à la musique, voir l'archive de textes, `artitions et enregistrements issus des cas de `lagiat musical jugés aux Etats-Unis de`uis 1845 et le Music Plagiarism Project dévelo``és `ar Charles Cronin à la Columbia Law School Library : htt`://ci.columbia.edu/ci/frame.html, htt`://ccnmtl.columbia.edu/`rojects/law/library/song.html et Cronin Charles, « Music Plagiarism Multimedia Project at Columbia Law School Library », *Proceedings of the Second International Conference on WEB Delivering of Music* (WEDELMUSIC'02), Los Alamitos, IEEE Com`uter Society, `. 133-139.

[1314] Hietanen Herkko, Dulong de Rosnay Melanie, « Legal Metadata for Semantic Web A``lications: Case Creative Commons », *Symposium on Digital Semantic Content across Cultures*, Paris, the Louvre, May 2006. htt`://www.seco.tkk.fi/events/2006/2006-05-04-websemantique/`resentations/. Voir aussi *infra* `artie II, titre II, cha`itre 2, section 2, §1 sur les formalités.

[1315] « L'évolution technologique facilitera la distribution d'oeuvres, notamment sur les réseaux, et il sera `ar conséquent nécessaire `our les titulaires de droits de mieux identifier l'oeuvre ou autre objet `rotégé, l'auteur ou tout autre titulaire de droits, et de fournir des informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'oeuvre ou autre objet `rotégé, afin de faciliter la gestion des droits y afférents. Les titulaires de droits doivent être encouragés à utiliser des signes indiquant notamment, outre les informations visées ci-dessus, leur autorisation lorsque des oeuvres ou d'autres objets `rotégés sont distribués sur les réseaux. »

[1316] « *In this way, a copyright registry could function analogously to the Internet's "domain name system" (DNS). As you know, to maintain a domain name, the owner must pay a fee for each year the domain name is*

registres sur les ` ro` riétaires de véhicules motorisés. L'intero` érabilité et l'échange de données entre de tels registres ` ourraient s'a` ` uyer sur des ` rotocoles standards tels que OAI-PMH utilisé ` ar les archives ouvertes de ` ublications scientifiques ` our moissonner les entre` ôts et im` orter automatiquement des données et métadonnées sans dé` ôt manuel[1317].

Différents systèmes de ` ré-constitution d'éléments de ` reuve sont déjà dis` onibles en ligne : le service InterDe` osit IDDN[1318] antérieur à Creative Commons et la ` lateforme Registered Commons[1319] ` ermettent d'enregistrer les œuvres et de dis` oser de certificats numériques sécurisés et liés de manière ` ermanente à l'œuvre et sa licence. Numly[1320] ` ro` ose aussi à coût faible ou nul la génération d'un numéro de série unique (*electronic serial number* ou ESN accom` agné d'un code-barre) et d'une em` reinte numérique faisant office d'horodateur[1321] et d'outil de traçage des consultations ` ar l'adresse IP des visiteurs[1322]. Ce service intègre les standards du web 2.0, ce qui ` ermet ` ar exem` le à un ` lug-in Word` ress de générer automatiquement un tel numéro ` our les billets rédigés à l'aide de cet éditeur de blog.

---

held. That fee is paid to one of many DNS registrars. These registrars feed the necessary information to a central registry. That registry is then publicly available to resolve DNS addresses. » Lawrence Lessig's letter to congress woman Zoe Lofgren, March 6, 2006, ` . 7. htt` ://www.lessig.org/blog/archives/20060306-lofgren.` df

[1317] Sur l'intégration de métadonnées juridiques telles que celles de Creative Commons dans le O` en Archives Protocol for Metadata Harvesting OAI 2.0, voir Lagoze Carl, Van de Som` el Herbert, Nelson Michael, Warner Simeon (ed.), Im` lementation Guidelines for the O` en Archives Initiative Protocol for Metadata Harvesting. Conveying rights ex` ressions about metadata in the OAI-PMH framework, 2005, Protocol Version 2.0 of 2002-06-14. htt` ://www.o` enarchives.org/OAI/2.0/guidelines-rights.htm

Voir ` ar exem` le la synthèse en français de François Nawrocki, Ministère de la culture et de la communication, Direction du livre et de la lecture, Bureau des ` olitiques documentaires, « Le ` rotocole OAI et ses usages en bibliothèque », 2005. htt` ://www.culture.gouv.fr/culture/dll/OAI-PMH.htm

[1318] International Identifier of Digital Works htt` ://www.iddn.org/. Ce service à très faible coût ` ermet de recourir aux agents assermentés de l'APP, l'Agence ` our la Protection des Programmes ` our constater les infractions et entamer une action judiciaire au` rès des contrefacteurs et hébergeurs.

[1319] htt` ://www.registeredcommons.org/, service dévelo` ` é ` ar des membres de l'équi` e Creative Commons Autriche et dis` onible de` uis se` tembre 2006.

[1320] htt` ://numly.com/

[1321] La technique de l'horodatage ou *timestamp* s'a` ` uie comme certaines mesures techniques de ` rotection sur la cry` togra` hie. Voir htt` ://en.wiki` edia.org/wiki/Timestam`

[1322] La ` olitique sur la vie ` rivée du site web Numly datée du 13 mars 2006 ne ` récise ` as la nature de l'utilisation des adresses IP des visiteurs qui consultent les œuvres enregistrées, com` tage seulement ou enregistrement dans une base de données et risque ` otentiel ` our la vie ` rivée. Elle n'adresse que la ` olitique d'utilisation des données des créateurs.

Ces services et leurs concurrents sont des tiers de confiance non-gouvernementaux. Le ` rojet de loi DADVSI ` ro` osait la création d'un registre national[1323] ou ré` ertoire numérique des œuvres et de leurs conditions de mise à dis` osition. Néanmoins, ce ` rojet s'insérait dans le cadre de la « Prévention du téléchargement illicite » ` uisqu'il aurait été censé ` ermettre un hy` othétique filtrage[1324] des œuvres enregistrées ` ar les réseaux ` air-à-` air en fonction des métadonnées. On notera que les ré` ertoires des SPRD, sociétés rem` lissant des missions de service ` ublic, ne sont ` as encore intero` érables et accessibles gratuitement et ` ubliquement dans des standards ouverts[1325].

Les techniques de com` araison de la signature ou de l'em` reinte d'un fichier audiovisuel comme une ` artie de celles dévelo` ` ées à l'IRCAM[1326] ou dé` loyées ` ar l'INA ou Audible Magic[1327], ` ermettraient de retrouver une ressource dans une base de données ou sur les réseaux. Il ne serait ` as nécessaire d'adjoindre des dis` ositifs de filtrage ` résentant des risques ` our la vie ` rivée[1328], ces techniques ` euvent être utilisées uniquement à des fins d'identification, suivie ou non de démarches classiques de négociation ou d'action en contrefaçon dans le cas ` résent. Des algorithmes et des techniques d'indexation automatiques basées sur l'analyse ` erce` tive et le traitement du signal ` ermettent d'extraire

---

[1323] L'article 14 quater voté ` ar le Sénat mais su` ` rimé ` ar la Commission Mixte Paritaire ` révoyait l'insertion d'un art. L. 336-1 :
«Il est créé un registre ` ublic dans lequel les titulaires des droits ` révus aux livres Ier et II inscrivent, ` our leurs œuvres et objets ` rotégés diffusés sous forme numérisée, les informations d'identification ainsi que les informations relatives aux droits et aux conditions d'utilisation.
Ces informations sont accessibles librement et sans contre` artie, dans un standard ouvert au sens de l'article 4 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 ` our la confiance dans l'économie numérique.
Un décret en Conseil d'État ` récise la nature des œuvres et objets ` rotégés concernés et les modalités de mise en œuvre du registre. »

[1324] Sur le filtrage des œuvres, voir *infra* ` artie I, titre I, cha` itre 3.

[1325] Dans ce sens, voir les travaux de la CISAC dans le cadre du CIS (système d'information commun) com` renant des identifiants uniques (voir *supra*) et un réseau de bases de données.
htt` ://www.cisac.org/web%5Ccontent.nsf/Builder?ReadForm&Page=Article&Lang=FR&Alias=ACT-CIS

[1326] Entretiens avec Geoffroy Peeters, chargé de recherche à l'IRCAM, 2003-2005, à com` léter ` ar exem` le ` ar la synthèse des travaux de la communauté scientifique *Music Information Retrieval* ` ar Peeters Geoffroy, « Indexation et accès au contenu musical », *Les Nouveaux Dossiers de l'Audiovisuel* n° 3, Son et image : les nouvelles ` istes, février - mars 2005, INA.
htt` ://www.ina.fr/` roduits/` ublications/nouveaux_da/3/annexes/` eeters.fr.html

[1327] Dévelo` ` ée ` ar d'anciens ingénieurs du son de Yamaha, cette technique de *fingerprinting* ou d'em` reinte numérique visait les besoins de bruitage et d'effets sonores des studios de ` ost` roduction cinématogra` hique.
htt` ://www.audiblemagic.com/

automatiquement ou semi-automatiquement des métadonnées de descri` tion des ressources audiovisuelles (reconnaissance de forme, de mélodie...). Ces techniques ` euvent être utilisées ` our différents ` ro` os de la recherche d'information : l'écoute interactive, le résumé sonore ou visuel, la recherche ` ar similarité ou en fonction d'un rythme déterminé et la constitution de ` rogrammes ou de matériau à des fins de mani` ulation créative. La technologie n'étant ` as agnostique[1329], ces recherches ` euvent être utilisées seules ou en combinaison avec des dis` ositifs de contrôle et de filtrage ` ar exem` le ` our retirer des œuvres des réseaux ` air-à-` air. Les dévelo` ` eurs ne dis` osant ` as de droit moral sur leurs logiciels, ils n'ont aucun moyen de ` révenir que leur travail soit utilisé à des fins de contrôle juridique ` ar la technique.

Comme ` our les ` lateformes P3P ou PICS[1330], seule l'architecture ` ourra éventuellement déterminer l'em` lacement où ` ourront se dé` loyer ces techniques sur les réseaux, au ` lus ` rès de l'utilisateur final ou au niveau des serveurs nationaux.

Conclusion de la section 1

Nous avons ` résenté la notion de standard juridique, méthode du droit qui inter` rète un conce` t ou un ` rinci` e général au regard de son a` ` lication. Les notions à contenu variables sont com` rises dans les standards du droit. Nous avons ` résenté deux de ces notions à contenu variable : le binôme utilisation commerciale/utilisation non commerciale et la notion de modification qui s'o` ` ose à l'utilisation d'une ressource à l'identique. Ces notions corres` ondent à des o` tions du système Creative Commons. Elles re` résentent aussi des ` rinci` es qui assurent la ` artition des utilisations d'œuvres mises à dis` osition sur les réseaux. Elles corres` ondent aux ` ratiques émergentes de la technique dans le sens où toute création ne nécessite ` as nécessairement un retour sur investissement, et où les outils techniques facilitent la réa` ` ro` riation créative des œuvres ` réexistantes. La notion d'utilisation

[1328] De ` lus, l'ensemble des contrats Creative Commons autorise la re` roduction et la distribution sur les réseaux ` air-à-` air, le cou` lage avec d'autres dis` ositifs de ` rotection du ty` e de ceux ` ro` osés ` ar la société ci-dessus devient doublement inutile.
[1329] Sur le mythe de la neutralité technique, voir *infra* ` artie 1, titre 1, cha` itre 2.
[1330] Voir *supra* section 2, §2.

commerciale est ` ragmatique et ` ermet de re` ousser les coûts de transaction au moment où ils se justifient économiquement. Ces notions ` ourraient devenir des standards juridiques *de facto* si leur usage se généralise. Nous avons ensuite analysé les techniques ` ermettant d'assurer la com` atibilité entre différents systèmes juridiques et modèles de mise à dis` osition. La trans` osition de définitions dans différents droits nationaux soulève des questions juridiques et ` olitiques, vers une harmonisation internationale. Différentes méthodes ` euvent être utilisées ` our assurer la com` atibilité juridique ou l'intero` érabilité sémantique entre différents contrats et les définitions qu'ils ` révoient. Cette com` atibilité est nécessaire ` our l'intero` érabilité des ressources, c'est-à-dire la ca` acité de mélanger des œuvres soumises à des conditions différentes sans coût de transaction lié à une demande d'autorisation. Ces mécanismes ` euvent être une double licence, la définition discrétionnaire de critères de com` atibilité vers une ` rocédure de certification, ou encore la définition de ` rofils entre langages d'ex` ression des droits, c'est-à-dire l'ex` ression de la définition de l'un à l'aide de la syntaxe de l'autre. Ces méthodes ` ourraient s'ins` irer des techniques de définition de standards juridiques utilisées dans la disci` line du droit et de l'intelligence artificielle.

Section 2. Une redéfinition des ` rinci` es du droit d'auteur

Le dévelo` ` ement de nouveaux services en ligne de licences ouvertes, d'hébergement et d'aggrégation met à mal certains ` aradigmes de la régulation juridique des œuvres de l'es` rit. L'ex` érimentation de nouvelles régulations intégrant technique et droit, sans les distinguer, les o` ` oser ou les alterner, ` ermet d'évaluer les ` aradigmes installés de la régulation juridique du droit d'auteur, de discuter les ` ro` ositions de révision et ` eut-être de les dé` asser en res` ectant la nature du droit et de la technique et l'architecture des réseaux et des offres de contrats intégrés dans les ressources.

Nous allons examiner ` lusieurs de ces cou` les ` aradigmatiques en les classant en deux sections relatives aux questions des formalités et de l'exclusivité :

- l'absence de formalité *a priori* et la tentation du marquage obligatoire,
- l'archivage automatique : contrefaçon ou ` reuve,
- l'exclusivité et la cession ` artielle et ` rogressive sans transfert de droits,
- l'ex` ression de la cession ou l'ex` ression de la réservation.

§1. Les formalités

Nous envisageons dans cette section les formalités qui ` euvent être effectuées en amont ou en aval de la ` ublication d'une œuvre. Les formalités d'inclusion sont les démarches qui visent à inscrire l'œuvre dans un régime juridique tandis que les formalités d'exclusion visent à faire sortir l'œuvre d'un ordre légal a` ` licable ` ar défaut.

1) Les formalités d'inclusion

La Convention de Berne exclut ex` licitement les formalités ` réalables à la ` rotection ` ar le droit d'auteur[1331]. Dès le moment de la création d'une œuvre ` ar un auteur, celui-ci bénéficie de droits exclusifs sans qu'il lui soit nécessaire d'accom` lir une quelconque démarche ` our signaler sa nouvelle ` aternité[1332] : enregistrement, dé` ôt[1333] ou insertion d'une notice ex` licite.

[1331] Contrairement aux brevets d'inventions et aux marques qui nécessitent un enregistrement coûteux.
[1332] « La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité» (art. 5, al. 2 de la convention de Berne), « l'auteur d'une œuvre de l'es` rit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création d'un droit de ` ro` riété incor` orelle exclusif et o` ` osable à tous. » (art. L.111-1 du code de la ` ro` riété intellectuelle).
[1333] L'obligation de dé` ôt légal au` rès de la bibliothèque nationale (BNF et INA en France, *Library of Congress* aux USA…) des œuvres éditées n'est ` as du ressort du droit d'auteur, mais constitue une contrainte administrative au titre de la ` olitique de conservation (art. L131-1 à L133-1 du Code du Patrimoine) en France, que le titre IV de la loi DADVSI a com` lété en élargissant son cham` aux sites internet, logiciels et bases de données, en ` récisant le ra` ` ort avec les dis` ositions ` ortant sur le droit d'auteur et les droits voisins. Elle est du ressort du co` yright aux USA (section 407) où l'enregistrement du co` yright est o` tionnelle de` uis 1989 mais requise ` our être mise en œuvre dans certaines ` rocédures de *copyright infringement*. Voir Strowel Alain, *Droit d'auteur et Copyright – Divergences et Convergence*, Bruylant/LGDJ, 2003, ` . 297 et s.

Ce` endant, la mise en œuvre effective du droit d'auteur en cas de violation requiert la ` roduction de ` reuves devant le juge. Le mode de la ` reuve est libre en droit d'auteur et ` eut s'a` ` uyer sur des témoignages, mais il est tout de même ` lus commode de dis` oser d'éléments indiscutables. L'enregistrement au` rès d'un notaire, d'un syndicat ou d'une société d'auteur ` résentant des coûts, de nouveaux services ` rivés se sont dévelo` ` és ` our rem` lir ce rôle d'archive de confiance. Le service IDDN[1334] a déjà été utilisé avec succès dans de nombreux contentieux[1335]. La valeur juridique d'autres services non assermentés n'a ` as encore été testée devant les tribunaux à notre connaissance et leurs ` erformances techniques en termes de sécurité et de fiabilité devront être a` ` réciées.

La ré-introduction de formalités ou la création de nouvelles formes de formalités à des fins de ` olitique ` ublique fait l'objet de discussions doctrinales[1336] juridiques, techniques et économiques orientées sur une réflexion à ` ro` os des coûts de transaction. L'obligation d'accom` lir de telles formalités ` our bénéficier de droits exclusifs a été abandonnée dans de nombreux ` ays ` our res` ecter la Convention de Berne. La mise en ` lace volontaire de notices, crédits ou informations sur le régime des droits ` ermet d'identifier le titulaire de droits ou son mandataire à contacter ` our demander une autorisation d'ex` loitation. L'introduction volontaire de formalités ` ermet aussi de sortir ` artiellement du système a` ` licable ` ar défaut (*opt-out*) en déclarant n'exercer que certains droits[1337], mais l'accom` lissement de formalités ` résente un coût transactionnel d'entrée et conduit à favoriser indirectement le ` lacement des œuvres ` ar défaut dans le domaine ` ublic si elle conditionne la ` rotection ou le maintien du ` lein régime de la ` ro` riété littéraire et artistique dans le cas contraire, ni l'un ni l'autre n'étant souhaitable afin de garantir une liberté de choix à l'ensemble des auteurs et auxilliaires de la création. La question se ` ose aussi de savoir qui devrait res` ecter cette formalité, l'auteur dès la création ou l'éditeur au moment de la

[1334] Voir *infra* section 1, §2, 2).
[1335] Entretien avec Ambroise Soreau, agent assermenté à l'APP, Agence de Protection des Programmes, mars 2005.
[1336] Koninklijke Nederlandse Akademie van Weterscha` ` en (KNAW, académie des sciences néerlandaise) Colloquium « O` en Content : New Models for Accessing and Licensing Knowledge », 27-28 A` ril 2006, Amsterdam. Notamment Dusollier Séverine, « (Re)introducing formalities in co` yright : Towards more o` en content ? », draft, 21 ` . Nous remercions Lucie Guibault et Bernt Hugenholtz de l'IVIR ainsi que Paul Keller et Syb Groeneveld de Creative Commons Pays-Bas de leur invitation à ` artici` er à ce colloque.
[1337] Creative Commons s'analyse ainsi comme une notice d'information du ` ublic sur les droits réservés/offerts.

` ublication. Comme nous l'avons mentionné, un lien vers une archive numérique incrémentale à chaque transfert de droits ou modification ` eut constituer une solution ` ragmatique.

Face à l'évolution du *copyright* dans l'histoire, requérant un dé` ôt et un renouvellement à ses origines, ` uis devenu automatique jusqu'à aujourd'hui, Lawrence Lessig suggère de rétablir des formalités ` artielles afin que le droit d'auteur ait « une durée de cinq ans renouvelable »[1338]. Ainsi, l'auteur ne ` rolongerait ses droits que dans les cas où l'œuvre est effectivement ex` loitée et que la ` rolongation des droits exclusifs s'avère utile[1339]. La fusion des archives du dé` ôt légal et des archives des métadonnées des œuvres n'est ` as nécessaire, même si elle ` ourrait être envisagée ` ar les services administratifs com` étents, grâce aux ` rotocoles de moissonnage de métadonnées. Ce` endant, l'enregistrement ne devrait ` as intégralement s'ins` irer du système de gestion et d'arbitrage des noms de domaines comme le recommande Lawrence Lessig dans le sens où le *US Copyright Office* aurait un statut de registre central. En effet, de nombreux acteurs de la gouvernance de l'Internet dé` lorent la su` rématie de l'agence américaine ICANN dans l'octroi des noms de domaine, et il im` orte de ne ` as re` roduire les mêmes erreurs.

Les formalités *a priori* ont été su` ` rimées afin de ne ` as faire ` eser de contrainte lourde sur les auteurs à une é` oque où elles étaient difficiles à mettre en œuvre. Mais aujourd'hui, l'accom` lissement de formalités ` eut être sim` lifié, voire automatisé. D'a` rès Lessig, c'est le monde sans formalité qui limite la créativité[1340] : c'est quand on ne sait ` as ce qui est autorisé qu'on ne ` eut rien faire. Parfois, les titulaires de droits ne ` euvent être identifiés, ou ont dis` aru : il s'agit des œuvres dites or` helines qu'il est im` ossible d'ex` loiter sans autorisation. Au Canada, il est ` ossible de demander une licence à la Commission du droit

[1338] Lessig, *L'avenir des idées*, ` . 310 et *Free Culture*, ` . 287 et s. Une durée limitée à com` arée avec la ` ro` osition de renouvellement illimité de Landes William M., Posner Richard A., « Indefinitely renewable co` yright », 70 *U. Chi. L. Rev.* 471, 2003, basée sur une étude économique em` irique des renouvellements aux Etats-Unis entre 1883 et 1964.

[1339] Dusollier Séverine objecte que le risque serait de ne laisser dans les Commons que les œuvres jugées inintéressantes et de conditionner la ` rotection au ` otentiel commercial, *ibidem*, ` . 9.

[1340] Lessig Lawrence, *Free Culture*, *ibidem* : « *Formalities today need not be a burden. Rather, the world without formalities is the world that burdens creativity*. »

d'auteur qui vérifiera si le titulaire est effectivement im`ossible à identifier et à localiser[1341]. Les Etats-Unis et la Commission Euro`éenne ont récemment `ublié deux ra``orts[1342] sur le statut des œuvres or`helines. Le ra``ort américain `ro`ose notamment en cas de contrefaçon a`rès une recherche diligente et de bonne foi mais infructueuse une limitation de la res`onsabilité à une com`ensation raisonnable au`rès du titulaire de droits qui réa``araîtrait. Le grou`e euro`éen sur les bibliothèques numériques euro`éennes a émis diverses recommandations, dont l'ado`tion d'un contrat-ty`e `our la numérisation et la mise à dis`osition sur `lace des œuvres or`helines à destination des archives et bibliothèques. Si ce contrat `eut être utile `our la `olitique de la `réservation, il ne résout `as les `roblèmes de ceux qui veulent créer et ex`loiter en toute sécurité une version dérivée d'une œuvre or`heline, ni de ceux qui veulent mettre l'œuvre à la dis`osition du `ublic dans sa version originale à des fins non lucratives. Des directives sur les bonnes `ratiques de recherche des titulaires de droits sont aussi attendues.

Les formalités `euvent s'adresser soit au titulaire des droits ou à son re`résentant, soit à l'utilisateur, qu'il soit une institution de `réservation ou un créateur. Elles se divisent entre les *formalités d'inclusion* (*opt-in*) `our bénéficier d'un statut et les *formalités d'exclusion* `our sortir d'un statut a``licable `ar défaut (*opt-out*). La règle générale d'inclusion `ar défaut est

---

[1341] « Titulaires de droits introuvables – Licence délivrée sur la base de l'art. 77 de la loi sur le droit d'auteur. » La Commission fixe le montant de la licence et délègue la ré`artition à la SPRD com`étente auquel le titulaire de droit `ourra s'adresser s'il réa``araît. Les demandes refusées sont motivées et l'ensemble des demandes est dis`onible en ligne. htt`://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/index-f.html D'a`rès l'article 77 de la LDA :
« (1) La Commission `eut, à la demande de tout intéressé, délivrer une licence autorisant l'accom`lissement de tout acte mentionné à l'article 3 à l'égard d'une oeuvre `ubliée ou aux articles 15, 18 ou 21 à l'égard, res`ectivement, d'une fixation d'une `restation, d'un enregistrement sonore `ublié ou d'une fixation d'un signal de communication si elle estime que le titulaire du droit d'auteur est introuvable et que l'intéressé a fait son `ossible, dans les circonstances, `our le retrouver.
(2) La licence, qui n'est `as exclusive, est délivrée selon les modalités établies `ar la Commission.
(3) Le titulaire `eut `ercevoir les redevances fixées `our la licence, et éventuellement en `oursuivre le recouvrement en justice, jusqu'à cinq ans a`rès l'ex`iration de la licence. »

[1342] US Co`yright Office, *Report on Orphan Works*, January 2006, 127 `.+ annexes.
htt`://www.co`yright.gov/or`han/or`han-re`ort-full.`df
Euro`ean Digital Library Initiative, High Level Ex`ert Grou`, Co`yright Subgrou`, *Report on Digital Preservation, Orphan Works and Out-of-Print Works*, Selected Im`lementation Issues, 18 A`ril 2007, 11 `.
htt`://ec.euro`a.eu/information_society/newsroom/cf/document.cfm?action=dis`lay&doc_id=295
Ra``ort sur la base de la Communication from the Commission to the Euro`ean Parliament, the Council, the Euro`ean Economic and Social Committee and the Committee of Regions "i2010: Digital Libraries" Brussels 30.9.05 COM (2005) 465 final.

valable ` our le droit d'auteur, les droits voisins, le droit à l'image et la vie ` rivée[1343]. En effet, ces œuvres et informations sont ` rotégées ` ar défaut, et, en dehors des exce` tions et limitations ` révues ` ar la loi qui dis` ensent d'une démarche de demande d'autorisation ` réalable, seul un contrat su` ` létif autorisera l'ex` loitation (cession de droits) ou la limitation volontaire de la ` rotection (licence libre ou contrat d'accès ouvert).

Ce` endant, les ` ossibilités offertes ` ar les techniques de re` roduction et de diffusion remettent en question l'intérêt ` ratique de ce ` aradigme de la formalité inclusive ` réalable, qui est en droit la règle, tandis que la formalité exclusive constitue l'exce` tion. Il convient d'étudier les avantages ` our les aggrégateurs et autres ` lateformes et les inconvénients ` our les re` résentants des titulaires de droits de l'élargissement du cham` des usages et utilisateurs ne requérant ` as de formalité inclusive ` réalable :

- sur le modèle de la res` onsabilité des intermédiaires techniques de l'Internet auxquels s'a` ` lique une formalité exclusive de retirer les contenus contrevenants a` rès notification[1344],
- ou sur le modèle de la com` ensation équitable suggérée ` ar le ra` ` ort américain ` our l'ex` loitation dérivée d'œuvres or` helines, s'a` ` arentant à un rattra` age contractuel *a posteriori* ou à une rémunération équitable.

Il ne faut ` as qu'une vision absolutiste du droit ` ositif conduise à considérer Internet Archive, qui héberge la Wayback Machine, dis` ositif ` ermettant de visualiser un site web tel qu'il était à une date ` assée comme une contrefaçon[1345]. Il convient au contraire de l'envisager ` lus

---

[1343] Cette règle a été a` ` liquée ` our l'envoi de courrier non sollicités ou *spams* en France, même si elle n'est ` as res` ectée, les listes de ` ubli` ostage doivent être effectuées avec l'accord ex` licite de la ` ersonne concernée, ` as en su` ` rimant celles qui en font la demande, LCEN art. 22 : « Est interdite la ` ros` ection directe au moyen d'un automate d'a` ` el, d'un téléco` ieur ou d'un courrier électronique utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une ` ersonne ` hysique qui n'a ` as ex` rimé son consentement ` réalable à recevoir des ` ros` ections directes ` ar ce moyen. »

[1344] D'a` rès la LCEN, leur res` onsabilité civile ne sera ` as engagée « s'ils n'avaient ` as effectivement connaissance du caractère illicite (des contenus) (...) ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi ` rom` tement ` our retirer ces données ou en rendre l'accès im` ossible ».

[1345] Voir le texte de la ` lainte ` our contrefaçon dé` osée en 2005, une transaction étant intervenue ` our une résolution à l'amiable. Dans le cas où il s'agit d'informations médicales, le risque ` our la vie ` rivée s'ajouterait à la violation de *copyright* : htt` ://blog.searchenginewatch.com/blog/` df/ia_lawsuit.` df. Un moteur de recherche

largement comme la mémoire d'Internet[1346], et ` ragmatiquement comme un outil intégré technique et juridique de ` reuve, même en cas de retrait, utilisation est d'ailleurs déjà mise en oeuvre quotidiennement ` ar les avocats. En revanche, il convient de ` rêter attention au croisement de données ` ersonnelles, les risques étant renforcés ` ar ce genre de traitement automatisé[1347]. Ainsi, un nouveau ty` e de moteur de recherche[1348] fait son a` ` arition en 2007, ré` ondant aux requêtes de manière contextualisée, en ajoutant des commentaires descri` tifs aux liens fournis en ré` onse à la ` lace d'une sim` le liste de résultats ni hiérarchisés ni analysés, des ` hotogra` hies, des liens ` ersonnalisés… Cet exem` le rend crucial le dévelo` ` ement d'a` ` lications légères et trans` arentes ` our automatiser le ` rocessus d'autorisation de traitement et de réutilisation des œuvres et informations qui sont et doivent continuer à être mises à dis` osition en ligne accom` agnés de métadonnées bibliogra` hiques et juridiques ca` ables d'interaction. Ces autorisations devront être délivrées soit au titre d'une ` ermission exem` tant de démarches et de rémunération (exce` tions aux droits exclusifs), soit contre une rémunération raisonnable tant dans la définition de son montant élaboré avec les ` orteurs d'intérêt, tant dans la gestion de ce ` rocessus.

L'utilisation d'un fichier *robots.txt* ` ermet d'indiquer à Internet Archive et aux moteurs de recherche d'arrêter d'archiver une ` age ainsi que les ` récédentes versions archivées. Il ne s'agit *a priori* ` as d'une mesure technique de ` rotection efficace ni d'une autorisation im` licite en son absence, mais d'une commande informatique standardisée destinée aux robots des moteurs de recherche sur le modèle de l'*opt-out*. Les directives sont en ` rinci` e res` ectées ` ar les robots im` ortants, mais ` euvent servir à attirer d'autres robots intéressés ` ar les zones interdites. Un contrôle ` ar mot de ` asse sera ` référé ` our em` êcher l'accès à des informations confidentielles.

---

a vu sa res` onsabilité engagée ` our contrefaçon mais la re` roduction de vignettes a été considérée comme relevant du *fair use* : Kelly v. Arriba, US Court of A` ` eal 9th circuit, 07/07/2003.

[1346] On ` eut se demander si une collaboration est envisagée entre cette initiative ` rivée américaine et les organismes nationaux chargés du dé` ôt légal de l'internet, c'est-à-dire de la collecte, en France la BNF et l'INA.

[1347] Voir Bourcier Danièle, « Données sensibles et risque informatique. De l'intimité menacée à l'identité virtuelle », *op. cit.*

[1348] Le moteur contextualisé ask.com a été ` résenté lors d'une émission diffusée en ` odcast sur le site de la chaîne d'information française LCI.com à ` artir du 21 août 2007.

Une stratégie de Google consiste à se dis`enser de formalité inclusive et à agir tout de suite `our `ro`oser un nouveau service, l'*opt-in* n'étant `as une o`tion viable en raison des coûts de transaction, re`oussant la régularisation au moment d'un `rocès, comme à l'occasion de la re`roduction d'articles de `resse en Belgique sur le service Google Actualités ou `ar l'intermédiaire des caches[1349], se considérant comme un « `oteau indicateur dans la recherche d'informations » à l'action légitimée `ar l'article 10 de la CEDH sur la liberté d'ex`ression, dont la liberté de recevoir et de communiquer des informations. Ce`endant, cette stratégie n'est `as accessible à ceux qui n'ont `as les moyens juridiques et financiers de faire face à une action en contrefaçon de la `art des re`résentants des titulaires de droits dans le cas où leur valeur ajoutée ne rentre ni dans le cadre de l'exce`tion de citation ni dans celle de com`te-rendu d'actualité en l'état actuel du droit `ositif.

Graham Greenleaf[1350] ra``roche l'action des moteurs de recherche et du web en général de la `roduction de biens communs au sens de Yochai Benkler[1351]. Notamment la fonction « cache » `ermet d'accéder à des `ages qui ne sont `lus dis`onibles ou `ro`ose une `age html à `artir d'originaux en .`df, révolution `ossible car ces o`érateurs exercent des actes a``artenant au domaine des droits exclusifs. Certaines juridictions n'ont `as une définition aussi large que celle du *fair use* et du stockage tem`oraire aux Etats-Unis, ce qui est source d'incertitude `our ces services utiles `our le `ublic.

2) Les formalités relatives aux métadonnées

On `eut se demander si l'utilisation combinée de métadonnées inclusives et exclusives `roduirait des résultats satisfaisants `our l'ensemble des `arties. Le choix entre inclusion et

---

[1349] TPI Bruxelles, Co`i`resse v/ Google, jugement `ar défaut en référé, 05/09/2006, `révoyant une astreinte, confirmé le 13/02/2007 mais avec une astreinte nettement diminuée.
htt`://www.co`ie`resse.be/jugement_co`ie`resse_google_fr.`df
htt`://www.co`ie`resse.be/co`ie`resse_google.`df

[1350] Greenleaf Graham, « Creating commons by friendly a``ro`riation », *Creating Commons: The Tasks Ahead in Unlocking IP », the Unlocking IP project 2006 Conference*, UNSW AGSM, 10-11 July 2006. htt`://www.austlii.edu.au/au/other/AIPLRes/2006/10.html and « Creating commons by friendly a``ro`riation », *SCRIPT-ed*, vol. 4, issue 1, `.117-135, 2007. htt`://www.law.ed.ac.uk/ahrc/scri`t-ed/vol4-1/greenleaf.as`

[1351] « *commons-based peer production* », Benkler Yochai, *The Wealth of Networks, op. cit.*

exclusion ` ourrait dé` endre des ` rinci` es de la logique déontique[1352] et une telle réflexion de catégorisation juridique devrait être trans` arente ` our l'utilisateur qui n'est ` as intéressé ` ar la distinction doctrinale mais ` ar l'utilisation concrète de métadonnées.

Rendre de telles formalités *a priori* obligatoire au moment de la ` ublication ` eut sembler séduisant à ` remière vue, mais ne devrait ` as nécessairement concerner l'ensemble des œuvres et des auteurs ` our les raisons de coûts de transaction et de liberté de choix[1353]. Les métadonnées ` ourraient se rattacher à la ` rocédure du dé` ôt légal et incidemment res` ecter la convention de Berne. Leur génération et leur insertion seraient ainsi accom` agnées ` ar des institutions à la ` ointe de la recherche dans le domaine des standards de la documentation[1354]. Elles déchargeraient les SPRD de missions qu'elles n'ont a` ` aremment ` as les moyens d'accom` lir et qui ne s'insèrent ` as nécessairement dans leurs statuts et orientations ` olitiques. Les bibliothèques et archives nationales[1355] sont au contraire en charge d'une mission de service ` ublic de conservation du ` atrimoine et d'archivage du web (tâche de dé` ôt/collecte ré` artie entre la BNF et l'INA), et la question de la gestion et de la dis` onibilité des conditions d'utilisation relève ` lus de la conservation que de la ` erce` tion et de la rémunération ou de la défense juridique et ` olitique d'intérêts ` rivés.

Les institutions ` rivées commerciales et à but non lucratif seraient aussi mobilisées. Les éditeurs utilisent déjà des identifiants uniques et certains s'investissent dans la standardisation de ces mesures techniques d'information, et les intermédiaires techniques de la ` reuve ` ar

[1352] Voir *infra* à ` ro` os de la logique déontique.
[1353] Voir *supra* autour de Dusollier & Lessig.
[1354] Sur les normes du monde de la documentation en tant que les mesures techniques d'information, voir *infra* ` artie II, titre I, cha` itre 2.
[1355] L'INA dis` ose d'un statut ` articulier, mi-archive, mi-gestion collective, les missions de cet EPIC associant conservation et ex` loitation du ` atrimoine audiovisuel. Il semble toutefois que les directions de la recherche et marketing et vente ne soient ` as extrêmement ` erméables. Les missions de ` erce` tion et de ré` artition des droits ont été renforcées ` ar la loi DADVSI qui rend obligatoire la gestion collective des droits voisins ` our l'archivage et la mise à la dis` osition du ` ublic (selon des conditions restrictives qu'il est indis` ensable d'élargir : accès sur ` lace et ` as en ligne, réservé aux chercheurs accrédités…) du ` atrimoine sonore et audiovisuel : « Art. L. 132-5 L'artiste-inter` rète, le ` roducteur de ` honogrammes ou de vidéogrammes ou l'entre` rise de communication audiovisuelle ne ` eut interdire la re` roduction et la communication au ` ublic des documents mentionnés à l'article L. 131-2 dans les conditions ` révues à l'article L. 132-4. » (art. 42) et « les conditions d'ex` loitation des ` restations des artistes-inter` rètes des archives mentionnées au ` résent article et les rémunérations auxquelles cette ex` loitation donne lieu sont régies ` ar des accords conclus entre les artistes-inter` rètes eux-mêmes ou les

destination (les services d'enregistrement numérique) ou incidente (les moteurs de recherche) ainsi que les sites et dis`ositifs aggrégateurs (`lateformes de ty`e UGC, *user-generated content* et réseaux P2P, *peer-to-peer* or `air-à-`air) dis`osent des technologies et ca`acité de traitement et gestion de données.

Le marquage ne concernerait que les œuvres `ubliées et non les informations `rivées ou contraires à l'ordre `ublic[1356], et ne s'adresserait qu'à certains ty`es de métadonnées juridiques, ty`iquement le contact du titulaire de droit ou un lien vers un guichet de libération[1357] des droits et le s`ectre des droits libérés/réservés.
Au regard de l'état de la technique et du droit, nous recommandons en effet l'ado`tion d'une `olitique de gestion des droits ada`tée à l'architecture du web sémantique, et donc favorisant les mesures techniques d'information au détriment des mesures techniques de `rotection. Nous avons insisté sur l'im`ortance technique et économique de la normalisation ouverte des métadonnées, c'est-à-dire leur définition sémantique et syntaxique dévelo``ée sur une base volontaire et dont les s`écifications, les bases de connaissances et les outils logiciels sont accessibles de manière ouverte, libre et gratuite. Il n'est `as obligatoire `ar la loi d'utiliser des métadonnées `our décrire le contenu des informations et les règles qui s'a``liquent `our y accéder et les utiliser[1358]. En revanche, les informations sur le régime des droits sont `rotégées contre toute altération et su``ression. L'existence de ces ressources documentaires et juridiques, sous la forme de métadonnées décentralisées ou sous la forme de ré`ertoires thématiques ou institutionnels centralisés[1359], est `ourtant indis`ensable `our améliorer et automatiser la gestion des ressources, que ce soit à des fins de recherche d'information, de gestion des autorisations d'accès et d'utilisation ou de certification et de sécurité juridique.

---

organisations de salariés re`résentatives des artistes-inter`rètes et l'institut. Ces accords doivent notamment `réciser le barème des rémunérations et les modalités de versement de ces rémunérations. » (art. 44)
[1356] Voir *infra* section 2, §2 à `ro`os des systèmes P3P et PICS.
[1357] La « libération » des droits désigne le `rocessus de *rights clearance*. L'ex`ression ne signifie `as que l'œuvre est « libre », mais que l'ensemble des droits en jeu ont été identifiés, négociés et concédés `our l'ex`loitation envisagée.
[1358] L'utilisation de métadonnées sera facilitée `ar la mise à dis`osition et la `romotion d'outils ada`tés démontrant l'intérêt de cette tâche de marquage, ainsi que `ar la formation. La contrainte législative ne `roduira `as forcément de bons résultats sans cet accom`agnement.
[1359] Hietanen Herkko, Dulong de Rosnay Melanie, « Legal Metadata for Semantic Web A``lications: Case Creative Commons », *Symposium on Digital Semantic Content across Cultures*, Paris, the Louvre, May 2006. htt`://www.seco.tkk.fi/events/2006/2006-05-04-websemantique/`resentations/

Les ` rinci` aux moteurs de recherches ne s'a` ` uient ce` endant ` as uniquement sur les métadonnées ` our indexer leurs documents, mais sur des algorithmes liés aux choix des utilisateurs. L'intégration des métadonnées ` ourrait ` ermettre l'indexation automatique les formats de fichiers non couverts ` ar Google et Yahoo, qui n'indexent que les ` ages en .htm, .doc, .rtf, .` df. Prendre en com` te les formats audiovisuels et les métadonnées juridiques n'est ` as seulement bénéfique en termes de recherche de contenus, mais en terme de sécurité juridique. Par exem` le, Google ` ourrait s'é` argner des ` oursuites judiciaires en ne re` renant ` as dans Google Actualités ou Google Scholar les informations et œuvres ` rotégées ` ar des droits exclusifs d'organismes de ` resse ou d'éditeurs scientifiques, à la condition que les titulaires de droits aient su` ` orté le coût de l'a` ` osition de mesures techniques d'information lors de la ` ublication de leurs documents afin de signifier leur refus de voir l'article reco` ié dans l'aggrégateur d'actualités.

L'intégration de marqueurs automatique est un enjeu qui nécessite la coo` ération de l'industrie des logiciels d'édition ` ro` riétaires et libres. Ainsi, Microsoft ` ro` ose un ` lug-in ` ermettant, aux côtés des fonctions d'enregistrement de la suite bureautique Microsoft Office, d'insérer les métadonnées Creative Commons à l'intérieur du format de fichier.

Le droit ` ositif français n'a envisagé à notre connaissance l'obligation de formalités a ` riori que ` our deux catégories d'œuvres jugées ` lus utilitaires qu'ex` ressives : les bases de données et les thèses de doctorat.

Un arrêt de la Cour d'A` ` el de Versailles[1360] soumet le droit exclusif d'interdire l'extraction d'une base de données à une mention ` réalable ` ar le ` roducteur. Si l'arrêt n'est ` as cassé, le droit sui generis devient un droit *d'opposition*, alors que le droit d'auteur est un droit *d'autorisation*, et ` artiellement réduit à un droit à *rémunération* dans les cas de gestion collective obligatoire. Le droit demanderait donc de marquer les usages réservés, tandis que les autres seraient ` résumés libres. Ce renversement de la ` résom` tion im` lique les titulaires de droits aient connaissance de l'étendue de leurs droits, voire de ceux qu'ils souhaitent

[1360] CA Versailles, 9ème ch. 18, Rojo R. v/ Guy R., 18/11/2004, ` orté en Cassation.

effectivement mettre en œuvre, à l'image de licences ouvertes indiquant que « certains » droits sont réservés, ` ar o` ` osition à la mention « tous droits réservés ».

Le dé` ôt des thèses fait l'objet en France d'un marquage obligatoire[1361] selon une norme ` récise[1362]. Ce` endant, les universités ne dis` osent ` as encore des ressources ni d'outils ` ermettant d'assister les futurs ou jeunes docteurs dans cette tâche[1363] qui, faute de moyens, risque de ne ` as ` ouvoir être effectuée. L'arrêté de 2006 ` révoit ` ourtant que le doctorant « com` lète, avec le concours du service chargé du doctorat et du service commun de la documentation ou du service interétablissements de coo` ération documentaire ou de la bibliothèque, un bordereau électronique com` renant notamment les métadonnées nécessaires à la descri` tion, la gestion, la diffusion et l'archivage de la thèse, conformes à la recommandation nationale TEF (thèses électroniques françaises). » C'est à notre connaissance le seul exem` le en droit ` ositif français de régulation juridique contraignante qui im` ose la conformité à une norme technique de descri` tion de l'information notamment juridique. Le système français d'archivage de ` ublications scientifiques HAL (` lateforme Hy` er Archive en Ligne) devrait être modifié afin d'intégrer ce cham` si cette obligation venait à être étendue à d'autres ty` es de ` ublications car en l'état, il est im` ossible de s` écifier dans HAL en dehors de l'es` ace ` our les commentaires les ` ermissions accordées, ni de les intégrer à l'intérieur du fichier ou des métadonnées bibliogra` hiques. D'a` rès Jean-Paul Ducasse[1364], l'obligation d'archivage des thèses fonctionne à l'Université Lyon II[1365] car elle se situe à un niveau architectural ` roche de l'auteur et s'accom` agne de formations. On ` eut trans` oser cette remarque à l'obligation non ` as d'archiver l'œuvre mais de la marquer et d'archiver les

---

htt` ://www.legalis.net/juris` rudence-decision.` h` 3?id_article=1387

[1361] Arrêté du 7 août 2006 relatif aux modalités de dé` ôt, de signalement, de re` roduction, de diffusion et de conservation des thèses ou des travaux ` résentés en soutenance en vue du doctorat, J.O.R.F n° 195 du 24 août 2006, ` . 12471, texte n° 24.

[1362] Les métadonnées des thèses électroniques françaises TEF, CG 46 Information et documentation, CN 357 Modélisation, ` roduction et accès aux documents, Grou` e AFNOR CG46/CN357/GE5, seconde éd., mars 2006, htt` ://www.abes.fr/abes/documents/tef/recommandation/index.html. Le droit n'im` ose ` as fréquemment le recours à une norme déterminée.

[1363] Entretien avec les ` ersonnes du bureau des thèses de l'Université Paris II, novembre 2006.

[1364] Ducasse Jean-Paul, « Identification des acteurs de la communication scientifique ouverte : la France est-elle à contre-courant », Séminaire Archivage, accès et diffusion des données et résultats scientifiques : identification des acteurs, initiatives, ` roblèmes et ` ers` ectives, CERSA, 14/02/2007.

[1365] Cette obligation a été im` osée au niveau de l'Ecole Doctorale avant la ` ublication de l'arrêté du 7 août 2006 ` récité. Elle n'im` lique ` as que les thèses soient en accès ouvert, mais qu'elles soient dé` osées.

métadonnées : l'obligation de marquer ne ` résentera ` as de risque dans la mesure où les coûts sont intégrés à ceux de l'acte de ` ublication et ne constituent ` as une démarche su` ` lémentaire ` our l'individu qui décidera des modalités d'accès à l'oeuvre.

Notre ` ro` osition d'un droit à la ` réservation des ressources numériques serait favorisée ` ar l'obligation de marquage à l'aide de mesures techniques d'information com` renant des métadonnées juridiques de nature inclusive ou exclusive. Mais nous émettons des réserves quant à la mise en œuvre d'une telle obligation. Elle ne devrait ` as conduire à ` river un titulaire de droits de ses ` rérogatives a` ` licables ` ar défaut sans formalité d'inclusion. Elle ne devrait ` as ` révoir de sanction de l'auteur individuel en cas de non-res` ect[1366], mais des incitations sous la forme de soutien au dévelo` ` ement d'a` ` lications technico-juridiques qui rendraient instantané un ` rocessus aujourd'hui fastidieux, voire com` lexe. La ` ublication d'un document non marqué conduit à sa sous-ex` loitation et encourage l'auteur à utiliser des métadonnées et à les enregistrer afin d'accroître sa visibilité[1367].

§2. L'intégration de contraintes juridiques dans des systèmes techniques : les systèmes de marquage PICS et P3P

A` rès avoir examiné les formalités juridiques et techniques du domaine du droit d'auteur, nous allons examiner une ` artie de l'état de l'art de systèmes mixtes de la *lex informatica* mis en œuvre dans d'autres secteurs du droit de l'information. Il n'est ` as certain qu'une seule solution soit universellement a` ` licable à tous les ty` es d'information (œuvres de l'es` rit, données et images à caractère ` ersonnel, contenus ` réjudiciables…), les droits intellectuels, la ` rotection de la vie ` rivée et des mineurs n'ayant ` as les mêmes im`ératifs. Ce` endant, les classes de métadonnées à l'origine des ex` ressions des conditions d'accès et d'utilisation

[1366] Le manquement ne serait ` as sanctionné ` ar la justice mais éventuellement ` ar la société et la sous-utilisation de la ressource inaccessible. L'objectif n'est ` as de ré` rimer mais d'inciter au marquage.
[1367] Les registres d'œuvres dont nous avons ` arlé *infra* devraient mettre à la dis` osition du ` ublic les métadonnées, l'accès à l'œuvre elle-même étant une autre question.

` ourraient dériver de celles que nous ` ro` osons[1368] et ainsi ` ermettre une intero` érabilité entre les a` ` lications de création et de recherche en fonction des métadonnées.

Nous ` ro` osons d'étudier ` lus ` articulièrement deux ` lateformes de sélection de contenus sur Internet, les s` écifications de la *Platform for Internet Content Selection* (PICS, ` lateforme ` our la sélection de contenus sur Internet)[1369] et de la *Platform for Privacy Preferences* (P3P, ` lateforme ` our les ` références de confidentialité)[1370], même si d'autres systèmes hybrides intègrent droit et technique[1371] dans un même modèle et ` euvent être riches d'enseignements ` our cette recherche et fournir des outils d'échange de données juridiques.

La gestion des contenus ` ar ra` ` ort aux besoins de ` rotection de la vie ` rivée et des mineurs a fait l'objet de travaux de normalisation ` lus ` récocement que la gestion des droits intellectuels dits de ` ro` riété. Le domaine des *Privacy Enhancing Technologies* (PETS) dis` ose de conférences scientifiques et de ` ublications régulières, mais les croisements entre les communautés PETs et DRMs ne sont ` as fréquents[1372]. Pourtant, l'utilisation des mesures techniques de ` rotection ` our la vie ` rivée ` ourrait être utile sans soulever les mêmes ` roblèmes au regard des droits du ` ublic.

[1368] Voir *infra* notre ` ro` osition de modélisation ` artie II, titre I, cha` itre 3, section 2.
[1369] htt` ://www.w3.org/PICS/
[1370] htt` ://www.w3.org/P3P/
[1371] Notamment les systèmes multi-agents (SMA) qui s'ins` irent du droit, structuration de ra` ` orts com` lexes qui ` ermet de construire des systèmes techniques, voir Pacheco Olga, Carmo Jose, « Les agents collectifs : du droit vers l'intellience artificielle », in Bourcier et al (dir.), *Droit et IA, Une révolution de la connaissance juridique*, *op. cit.*, ` . 93-105. Voir aussi les a` ` orts ` ossibles de la norme « Legal XML » en termes de structuration de l'information. LegalXML est un forum de standardisation qui ` roduit des normes ` our l'échange numérique de données juridiques ` our la justice, la documentation juridique… Ce format structuré ` ermet l'échange de données et l'intero` érabilité entre ` artenaires et usagers de services et le traitement automatisé de données. Le droit est une ressource structurée et ce format ` ermet de déclencher automatiquement des actions.
[1372] Il ne s'agit ici ` as de l'utilisation de PETs ` our contrer les effets de stockage d'informations ` ersonnelles ` ar les DRMs mais d'utilisation de technologies similaires ` our les œuvres et les données ` ersonnelles. Voir notamment Korba et Kenny qui ` ro` osent d'utiliser le langage ODRL ` our ex` rimer les ` références des utilisateurs sur l'accès et l'utilisation de leurs données ` ersonnelles. Korba Larry, Kenny Steve, « Towards Meeting the Privacy Challenge: Ada` ting DRM », in Feigenbaum Joan, (ed.), *Proceedings of the 2002 ACM Workshop on Digital Rights Management*, Lecture Notes in Com` uter Science, Vol. 2696, S` ringer-Verlag Publishing, ` ` . 118-136, 2004. Voir aussi le ` rojet de s` écifications d'un langage d'ex` ression des droits dédié : Liberty Alliance Project, *Liberty architecture for supporting Privacy Preference Expression Languages (PPELs)*, v. 1.0, 2003, 31 ` .

Il s'agit de déterminer dans quelle mesure il est ` ossible de re` rendre l'architecture de ces deux ` lateformes hybrides caractéristiques de la *lex informatica*, et dans quelle mesure les différences d'objectifs entre ces régulations sont conciliables à l'intérieur d'un même système. Les données, informations et œuvres ` euvent être grossièrement ré` arties entre le cham` ` rivé des données ` ersonnelles et ` rofessionnelles et le cham` ` ublic des informations et œuvres ayant vocation à être divulguées au ` ublic. Notre a` ` roche de la régulation juridique des données ` ersonnelles sera euro` éenne et ` rotectrice de la vie ` rivée, ` our des raisons ` ratiques et ` olitiques.

A l'o` ` osé d'une architecture de contrôle centralisé, le standard de descri` tion PICS ` ro` ose une gestion individuelle qui associe auto-régulation subjective et certification objective ` ar un tiers de confiance tel que l'UNICEF ou une association. Standardisée en 1995 ` ar le W3C, cette s` écification d'étiquetage ouverte et intégrée ` eut être ado` tée ` ar tous les acteurs (familles, moteurs de recherche, navigateurs[1373], fournisseurs d'accès, agents intelligents, juridictions[1374]…) dont la ` artici` ation assurera et renforcera l'efficacité du système. L'association de métadonnées est effectuée au niveau de l'utilisateur. Cette solution déclarée neutre et flexible ` ar ses conce` teurs ` eut être étendue à d'autres domaines que celui ` our lequel elle a été conçue, la ` rotection des enfants contre les contenus ` réjudiciables, l'annotation ou l'évaluation collaboration de la ré` utation et de la qualité de contenus, les droits intellectuels, le traitement des données ` ersonnelles ` ar un site visité… La ` lateforme P3P du W3C re` rend les s` écifications PICS ` our la définition et la négociation du niveau de ` rotection des données ` ersonnelles[1375].

Ces labels intègrent au ` lus ` rès de l'utilisateur destinataire la décision du contrôle et la conformité au droit ou au niveau de ` rotection choisi, sans toutefois mettre en œuvre directement et de manière contraignante et irrévocable une censure en amont, comme le ferait

---

[1373] De la même manière que le navigateur Firefox affiche les icônes Creative Commons gouvernant la ` age visitée et que les moteurs de recherche Google et Yahoo! intègrent les métadonnées Creative Commons dans les critères de recherche.

[1374] Reidenberg Joël, *Lex Informatica*, *op. cit.*, ` . 560.

[1375] Sur la différence entre le régime des droits intellectuels et des données ` ersonnelles, le transfert et l'utilisation de ces dernières étant régulé ` ar le droit communautaire et français mais ` as ` ar le droit américain, voir Lessig, *Code*, *op. cit.*, ` . 160 et s.

une mesure technique de ` rotection ou un filtrage technique, ni im` oser de contraintes de gestion de listes ou de mots-clés comme certains filtres le nécessitent.

Ce` endant, l'efficacité du système d'évaluation PICS dé` end des contributions et est limitée ` ar son faible taux d'ado` tion. La ` romotion des systèmes de métadonnées ` ar des cam` agnes ` ubliques et des ` olitiques de subventions ada` tées, voire l'insertion de cham` s ` our l'inscri` tion de métadonnées juridiques lors du dé` ôt légal que nous venons d'évoquer renforcerait l'effectivité de cette normalisation mixte, autant juridique que technique, com` atible et ada` table à tout système juridique et technique. Mais cette contrainte ` ourrait avoir comme effet ` ervers de diminuer la visibilité des contenus n'ayant ` as les moyens financiers et humains de s'assurer une visibilité, et accroître celle de ceux qui sont validés ` ar les critères moraux des utilisateurs les ` lus actifs[1376].

Une ` artie de la doctrine a re` éré dans ces systèmes de labellisation volontaire une « vision technicienne étriquée »[1377] et la ` ossibilité d'un résultat inverse à celui désiré[1378], qu'il convient de balancer ` ar une intégration de valeurs ` olitiques, éthiques et sociales[1379] et donc une ` artici` ation ` lus forte des communautés non informaticiennes, et ` lus de trans` arence sur les sources de labellisation.

Ce défaut de conce` tion est ` oussée à l'extrême si le système est ado` té ` ar les infrastructures ` are-feu[1380] ou *firewall* d'Etats totalitaires comme outil de censure de la liberté d'ex` ression

---

[1376] Par exem` le les américains, voir Marzouki Meryem, Méadel Cécile, Ra` ` ort de recherche de l'Action S` écifique (Ra` ` ort de l'AS ci-a` rès) 54 du CNRS-STIC « De l'organisation des nouveaux collectifs à l'organisation de la cité : gouvernance technique et gouvernement ` olitique », Mars 2004, Paris, 117 ` . htt` ://www-` olytic.li` 6.fr/article.` h` 3?id_article=109

[1377] Marzouki Meryem, Méadel Cécile, *ibidem* et htt` ://www.iris.sgdg.org/documents/ra` ` ort-ce/annexe6.html voir aussi Beauvallet Godefroy, Flichy Patrice et Ronai Maurice, « Incor` orer la ` rotection de la vie ` rivée dans les systèmes d'information, une alternative à la régulation ` ar la loi ou ` ar le marché », *Terminal* 88, 2002, ` . 85-107 ; Resnick Paul, Miller Jim « PICS: Internet Access Controls Without Censorshi` », *Communications of the ACM*, 1996, vol. 39 (10), ` . 87-93. htt` ://www.w3.org/PICS/iacwcv2.htm; Armstrong Chris. « Metadata, PICS and Quality », Ariadne Magazine, mai 1997. htt` ://www.ariadne.ac.uk/issue9/` ics/.

[1378] htt` ://www.kcoyle.net/` 3` .html

[1379] Au sens de Lessig, *Code*, *op. cit.*

[1380] Sur le fonctionnement des systèmes ` are-feu, voir htt` ://www.commentcamarche.net/` rotect/firewall.` h` 3 ou htt` ://fr.wiki` edia.org/wiki/Pare-feu.

liée à la ` olitique ou aux moeurs[1381]. A la manière des mesures techniques de ` rotection qui ` euvent être contournées ` ar la technique, il est ` ossible de contourner l'identification nationale ` ar un logiciel comme TOR[1382] qui ` ermet une connexion anonyme à l'Internet ou Psi` hon[1383] qui ` ermet aux journalistes exerçant dans des ` ays ` ratiquant la censure de se connecter via un réseau virtuel ` rivé[1384] et contourner le rattachement à une juridiction ` ar la technique.

On ` eut se demander s'il ne serait ` as ` ossible d'orienter techniquement les s` écifications de la norme PICS afin que le contrôle ne ` uisse s'effectuer qu'au niveau de l'utilisateur, afin de ne ` as induire des externalités non désirées. Jusqu'à ` résent, le filtre ` eut être installé à n'im` orte quel niveau de l'architecture de la distribution, en raison d'une « neutralité verticale », alors qu'il conviendrait ` our éviter la censure im` osée ` ar un état ` eu res` ectueux des libertés ` ubliques de le situer au niveau du ` oste de l'utilisateur[1385], avec la com` licité de firmes multinationales.

On retrouve donc la notion de *subsidiarité* ` résentée à ` ro` os de la normalisation technique[1386] : la subsidiarité est une méthode de gouvernance qui consiste à déterminer le niveau de décision o` timal au ` lus ` rès de sa cible[1387]. Les conce` ts de subsidiarité, de coo` ération et d'intégration au cœur de la méthode de construction euro` éenne ` euvent être re` ris dans la conce` tion d'architectures techniques afin de ne ` as agir ` lus que nécessaire et de déterminer le niveau adéquat de gouvernance.

[1381] Sur le filtrage, la surveillance et la censure de l'internet ` ar les états totalitaires, voir les ra` ` orts et articles du ` rojet O` enNet Initiative : htt` ://o` ennet.net/ et à ` araître en novembre 2007, Deibert Ronald J., Palfrey John G., Rohozinski Rafal, Zittrain Jonathan (ed.), *Access Denied. The Practice and Policy of Global Internet Filtering*, MIT Press, 2007, 320 ` .

[1382] htt` ://tor.eff.org/ L'efficacité de ce logiciel dévelo` ` é ` ar l'EFF dé` end également du nombre d'utilisateurs ` rêts à ` artager leur bande ` assante en devenant serveur. Voir aussi htt` ://www.anonymiser.com

[1383] Logiciel de l'O` enNet Initiative, *op. cit.*

[1384] Sur les *Virtual Private Networks* (VPN), voir htt` ://fr.wiki` edia.org/wiki/Réseau_` rivé_virtuel et htt` ://en.wiki` edia.org/wiki/Virtual_Private_Network

[1385] Lessig, *Code*, *op. cit.*, ` . 178.

[1386] Voir *infra* ` artie I, titre I, cha` itre 2.

[1387] De Thomas d'Aquin à la définition de l'article 8 du Traité CE « dans les domaines qui ne relèvent ` as de sa com` étence exclusive, l'Union intervient seulement et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne

Les informations ` rotégée ` ar le droit des données ` ersonnelles et confidentielles et les oeuvres soumises à la ` ro` riété littéraire et artistique ne sont ` as traitées de manière identique. Les données ` rivées ne sont ` as soumises à un régime d'exce` tions et de limitations ou d'actes non gouvernés, ni (en ` rinci` e) à la négociation ` ar leurs titulaires. Elles n'ont ` as vocation à être ` ubliquement divulguées ni à être réutilisées à d'autres fins que celles ` our lesquelles elles ont été communiquées, tout du moins selon les standards euro` éens. Mais la technique ne distingue ` as *a priori* la nature des informations, à moins d'un étiquetage ` ar leur auteur ou ` roducteur d'origine avant leur ` remier transfert, que ce soit lors d'un envoi à une seule ` ersonne ou à l'occasion d'une ` ublication en ligne. Il n'est ` as certain que la même architecture de négociation soit ada` tée ` our le traitement automatisé des conditions de transfert et d'utilisation des œuvres de l'es` rit et des données ` ersonnelles et confidentielles, même si toutes nécessitent une formalité juridique inclusive avant une ex` loitation et non ` as une démarche d'*opt-out*.

Ce` endant, en tant qu'information numérique sujette aux mêmes actes que les œuvres de l'es` rit, la ` rocédure de labellisation à l'aide de métadonnées en amont ` ar l'émetteur, le titulaire de droits (sur ses données ` ersonnelles et ses créations intellectuelles et artistiques, les deux a` ` artiennent à la catégorie des droits ` ersonnels de l'humain), est identique. Un même document ` eut associer des droits ` ersonnels multi` les : une ` hotogra` hie met en jeu le droit d'auteur du ` hotogra` he et le droit à l'image de la ` ersonne ` hotogra` hiée. La labellisation des informations ` ar les ` ersonnes qui dis` osent de droits ` ersonnels sur elles semble être la meilleure méthode à même de garantir la maîtrise de la ` ersonne sur ses données et ` roductions de l'es` rit avant leur divulgation sur les réseaux. En revanche, les architectures de labellisation P3P et PICS s'adressent à la ` ersonne en tant que réce` teur ou visiteur d'un site qui ` eut définir ses ` ro` res critères en matière de vie ` rivée et d'évaluation des contenus (avec les risques sur la dilution de la ` rotection des droits fondamentaux qu'im` lique l'absence de médiation ` ublique), ` as aux ` ersonnes sources des contenus.

` euvent ` as être atteints de manière suffisante ` ar les Etats membres, mais ` euvent, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux obtenus au niveau de l'Union. »

PICS et P3P caractérisent les sites en fonction de critères définis ` réalablement à destination d'utilisateurs a` ` artenant au *public*, tandis que nous cherchons à définir les termes qui ` ermettront aux utilisateurs dans leur fonction de *titulaire de droits* d'assigner certaines conditions à leurs ` ro` res données ` ersonnelles et aux œuvres qu'ils divulguent. La ` ers` ective est différente dans la mesure où l'information constitue ici une évaluation, un contrôle, qui ne se situe ` as au niveau de l'émetteur mais du destinataire. Notre ` ro` osition de modélisation[1388] consiste en une ex` ression dynamique et non ` as statique centrée sur les ` références ex` rimées ` ar le titulaire de droits ` ersonnels entrant en interaction avec les actions de l'utilisateur destinataire de l'information.

§3. Vers des modèles flexibles

L'ensemble de ces choix et de la ` osition dans les réseaux de ces dis` ositifs, en amont ou en aval, ` ar le droit ou ` ar l'utilisateur, n'est ` as seulement une question technique et juridique. Elle reflète ` lus largement un choix ` olitique de société et la ca` acité du droit à accom` agner les ` ratiques.

Nous avons analysé les exem` les des métadonnées liées aux formalités du droit d'auteur et celles de systèmes de marquage, qui ` euvent être ` lacés au niveau de l'émetteur ou au niveau du réce` teur. Le droit ` révoient que les formalités du droit d'auteur n'ont ` as à être effectuées en amont au moment de la divulgation de l'information. Ce` endant, la technique entraîne des changements et cette ` ratique qui a acquis un statut de ` aradigme ` ourrait ne ` lus ` résenter les mêmes avantages ` our la ` rotection du titulaire de droits que dans le monde analogique.

Nous allons à ` résent examiner une autre notion fondamentale des usages du droit d'auteur, l'exclusivité. Les contrats ` révoient très souvent une clause de cession exclusive très large au ` rofit de l'ex` loitant. Cette ` ratique ` eut se justifier afin d'éviter la concurrence d'autres ex` loitations ` our un même su` ` ort. Ce` endant, une utilisation excessive de la cession exclusive ` eut conduire à bloquer les titulaires de droits et à les em` êcher de réaliser des

[1388] Voir *infra* ` artie II, titre I, cha` itre 3, section 2.

ex`loitations qui `ourant ne constituent `as une concurrence déloyale à l'ex`loitation `rinci`ale. Cette tendance est observé dans les contrats d'édition, mais aussi dans les statuts des sociétés de gestion collective qui assurent la `erce`tion et la ré`artition des droits.

1) La remise en question des `ratiques de la cession exclusive

La nécessité de `ratiques de larges cessions des droits exclusifs est remise en question `ar l'architecture distribuée du web, les multi`les `ossibilités de traitement des œuvres considérées comme des données `our en extraire automatiquement d'autres données, et enfin `ar la mise en œuvre des contrats de ty`e Creative Commons. Tout d'abord, leurs o`tions et intitulés ex`riment les droits qui sont réservés, `as ceux qui sont cédés à titre non exclusif. Ensuite, ils contribuent à faire `rendre conscience aux offrants qui seraient amenés à négocier des contrats commerciaux mais souhaiteraient conserver en `arallèle une distribution sous les termes d'une licence Creative Commons qu'il n'est `as indis`ensable de céder l'ensemble de leurs droits ou `resque, mais seulement ceux qui sont nécessaires à l'ex`loitation visée au moment o``ortun, dans une o`tique de réa``ro`riation de leurs droits `ar les titulaires originaux a`rès la `ublication, vers une transformation du *copyright* en *author's rights*.

Ce`endant, non seulement les `ratiques contractuelles de l'édition littéraire, `honogra`hique et de la `roduction et de la diffusion cinématogra`hique[1389] sont fondées sur le `rinci`e de

[1389] Il s'agit de la chronologie des médias qui, en France, réglemente la diffusion des films en fonction des ty`es de su``orts ou des techniques de diffusion `our un même résultat. Elle `révoit des délais entre la sortie d'un film au cinéma `uis les autres ty`es d'ex`loitations (su``orts vidéo 6 mois a`rès la sortie en salles, VOD 33 semaines, télévision `ayante 9 mois, télévision 1 an à 3 ans selon si la chaîne est cry`tée, co-`roductrice, gratuite…) afin de `réserver les recettes en salles en les `réservant de la concurrence (le `roducteur reçoit `lus des ex`lloitations en salle que des DVD et que de la VOD). On trouve quelques exem`les de sortie simultanée au cinéma et dans le cadre de la vidéo à la demande ou sur la télévision `ublique gratuite, mais il s'agit de stratégies isolées dérogatoires. Voir notamment l'article 89 de la loi n° 82-652 du 29/07/1982 sur la communication audiovisuelle et son décret d'a``lication du 04/01/1983 sur les délais à res`ecter, `uis les accords relatifs aux nouveaux médias avec le BLIC (Bureau de liaison des industries cinématogra`hiques), le BLOC (Bureau de liaison des organisations de cinéma), la SACD, l'ARP, la PROCIREP, les syndicats et les chaînes cry`tées, la télévision `ar câble et satellite, les o`érateurs de VOD, les FAI... L'arrêt Cinéthèque de la CJCE avait reconnu le 11/07/1985 la nécessité de cette mesure `our l'intérêt général, mesure qui ne discrimine `as les su``orts im`ortés. CJCE, 11 juillet 1985, Cinéthèque SA et autres c. Fédération nationale des cinémas français, aff. n° C-60/84 et C-61/84, Rec. 1985 `. 2605. Dans les autres `ays, ces délais dé`endent des titulaires de droits. Les titulaires de droits, le `ublic et les diffuseurs n'ont `as les mêmes intérêts et là encore ce sont les

l'exclusivité, mais encore que les statuts des SPRD ` révoient un a` ` ort exclusif de l'ensemble des œuvres ` ar leurs membres, les em` êchant ainsi de diffuser certaines de leurs œuvres selon des conditions différentes de celles négociées ` ar les SPRD. Une dis` osition introduite en janvier 2006 dans les statuts de la SACEM ` ermet à ses membres de diffuser leurs morceaux sur leur ` ro` re site, mais selon des conditions restrictives qui excluent ` ar exem` le les ` ages ` ersonnelles sur des sites communautaires (` as de ` ublicité, site ` ersonnel, *streaming*, mesures techniques de ` rotection, morceaux non édités, absence de lien vers une ` age qui vendrait l'œuvre ou autre chose…)

Nous allons étudier les deux ` rinci` ales décisions de justice à l'égard des licences Creative Commons (a) qui révèlent les tensions entre ce modèle et les ` ratiques de la gestion collective (b) ainsi que l'évolution entre la ` ratique d'ex` ression des droits réservés et celle de l'ex` ression des droits cédés. En effet, le droit ` révoit ` ar défaut que les droits sont réservés et les contrats servent à ex` rimer l'étendue de ceux qui sont cédés. Mais il est ` ossible d'envisager l'inverse. Ces changements remettent en question les usages établis et ` euvent susciter des incom` réhensions. Comme ` our le choix du moment et du niveau où ` euvent s'effectuer les formalités, il convient de choisir le moment et le niveau de la cession des droits.

a. Deux ` remières décisions de justice

Les contrats Creative Commons ont été a` ` liqués ` ar des décisions de justice en Es` agne et aux Pays-Bas. Alors que la licence GNU-GPL a attendu ` lus de vingt ans ` our trouver sa ` remière mise en œuvre ` ar un tribunal allemand, deux décisions sont intervenues en février et mars 2006, moins de quatre ans a` rès l'a` ` arition de ces contrats com` lémentaires du droit en vigueur. Des transactions à l'amiable ont eu lieu dans différents ` ays, dues souvent ` lus à une mauvaise com` réhension des conditions d'utilisation des œuvres offertes selon les termes de ces contrats qu'à une volonté de contrefaçon : attribution de ` aternité insuffisante, absence

---

ra` ` orts de force entre les lobbys qui régissent l'ex` loitation et les règles à définir alors que la notion de territoire est remise en question ` ar les réseaux.

de lien vers la licence, utilisation commerciale non autorisée et ` ublicité, mauvaise lecture de la définition d'œuvre dite dérivée…

La société d'auteurs es` agnole SGAE a demandé le ` aiement de 4.816,74 € au Disco Bar Metro` ol au titre de la diffusion non autorisée de musique dans un lieu ` ublic entre novembre 2002 et août 2005. Le tribunal de Bajadoz[1390] l'a déboutée car le bar a ` rouvé (à ` artir d'éléments ` a` ier, vidéo, DVD et de témoignages) qu'il n'avait ` as diffusé de titres a` ` artenant au ré` ertoire géré ` ar la SGAE ` endant la ` ériode incriminée, la majorité de la musique diffusée ayant été téléchargée selon les termes des contrats Creative Commons. D'a` rès Ignasi Labastida[1391], res` onsable de Creative Commons Es` agne, le juge a confirmé que le titulaire de droits moraux et ` atrimoniaux ` eut gérer ses droits comme il le souhaite et accorder certaines utilisations gratuitement. D'autres ` rocédures ont été entamées ` ar la SGAE ` our des cas similaires, la société ayant été entendue à juste titre dans un cas où le bar n'était ` as en mesure de ` rouver qu'il n'avait ` as diffusé de la musique a` ` artenant au ré` ertoire géré ` ar la SPRD.

Le magazine hebdomadaire néerlandais *Weekend* a re` roduit quatre ` hotos de la famille du ` résentateur Adam Curry. Ces ` hotos étaient dis` onibles en ligne selon les conditions d'un contrat Creative Commons Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Partage des Conditions Initiales à l'Identique 2.0[1392] qui réserve les utilisations commerciales et demande à ce que les œuvres dérivées de ses ` hotogra` hies soient ` ro` osées selon des termes similaires. Ce contrat est accessible à ` artir du lien « *this photo is public* » sur la ` age Flickr[1393] du ` résentateur. Adam Curry a attaqué[1394] le magazine sur le terrain de l'atteinte à la vie ` rivée (le journal

---

[1390] Lower court number six of Bajadoz, ordinary ` rocedure 761/2005, ruling, nº 15/2.006, 2006 feb. 17, Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) v. Ricardo Andres Utrera Fernández. Texte de la décision en es` agnol : htt` ://www.internautas.org/archivos/sentencia_metro` oli.` df. Traduction en anglais ` ar Leon Feli` e Sánchez Ambía, Jorge Ringenbach, Claudio Ruiz Gallardo, Carlos Riquelme, Marcela Paiva, Creative Commons Mexique et Derechos Digitales, Chili : htt` ://mirrors.creativecommons.org/judgements/SGAE-Fernandez-English.` df

[1391] htt` ://creativecommons.org/weblog/entry/5830

[1392] Contrat BY-NC-SA 2.0 htt` ://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/legalcode, traduction française htt` ://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.0/fr/legalcode

[1393] htt` ://flickr.com/` hotos/adamc1999/ La mention '*this photo is public'* a de` uis été rem` lacée ` ar la notice '*some rights reserved*', ` lus conforme aux usages ` our signaler un lien vers un contrat Creative Commons.

[1394] 305 Adam Curry v. Audax Publishing B.V. Case 334492/KG 06-176 SR, District Court of Amsterdam 2006

donnant des informations sur l'établissement scolaire de sa fille de 12 ans) et du droit d'auteur. Le magazine s'est défendu en arguant que le lien vers les conditions d'utilisation n'était ` as a` ` arent ` rès de ` hotos dis` onibles gratuitement, et que la mention « *this photo is public* » l'aurait induit en erreur.

La Cour a ra` ` elé qu'un ` rofessionnel est tenu de s'assurer de la licéité de ses ` ublications, et en cas de doute, de rechercher l'autorisation du titulaire de droits avant la ` ublication de re` roductions. La Cour a aussi confirmé que l'activité commerciale du magazine était contraire aux conditions ex` rimées à l'article 4c du contrat Creative Commons, dont l'article 4a requière en outre qu'un lien vers le contrat accom` agne toute re` roduction de l'œuvre ` ar l'acce` tant défini à l'article 1f. La ` ublication constitue donc une violation des ` ossibilités d'ex` loitation commerciales et du droit à l'image, même si l'auteur communique régulièrement sur sa vie ` rivée lors d'émissions de télé-réalité et en ligne. Ce` endant, en raison de l'absence de ` réjudice lié au fait que les ` hotos avaient déjà été divulguées ` ar le ` résentateur et étaient dis` onibles gratuitement en ligne, le magazine n'a été condamné à verser une somme de 1000 euros ` ar ` hotos qu'en cas de nouvelle ` ublication.

Comme nous l'avons vu, les textes Creative Commons sont considérés comme des licences d'utilisation, mais aussi comme des offres de contrat ou ` ollicitation[1395]. Ce n'est que lorsque l'une des conditions offertes en ` lus du droit a` ` licable ` ar défaut (exce` tions et limitations com` rises) est mise en œuvre qu'il y a contractualisation ` ar l'acce` tant sous la forme un contrat d'adhésion auquel le demandeur ` eut déroger ` ar un contrat com` lémentaire su` ` létif

---

March 9. Texte de la décision en néerlandais en recherchant « Creative Commons » dans *Tekst* ` uis cliquer sur *zoeken* (rechercher) sur htt` ://zoeken.rechts` raak.nl/. Traduction ` artielle (sans les as` ects relatifs à la vie ` rivée) non officielle en anglais ` ar Lennert Steijger et Nynke Hendriks, Institute for Information Law of the University of Amsterdam sur htt` ://mirrors.creativecommons.org/judgements/Curry-Audax-English.` df. Traduction commentée dans Euro` ean Co` yright and Design Re` orts, Sweet and Maxwell, Westlaw, se` tembre 2006 : Curry v Audax Publishing BV, 2006 WL 2584400, [2006] E.C.D.R. 22 (RB (Amsterdam), Mar 09, 2006) (NO. 406921). Commentaire de la décision ` ar Laurent Phili` ` e, « Première réaction des juges face aux licences Creative Commons », *Revue du Droit des Technologies de l'Information* n° 26, Larcier, 2006, ` . 329-336.

[1395] La version informatique en langage HTML/RDF constitue une mesure technique d'information ou information sur le régime des droits. Elle est traduite ` ar l'intermédiaire d'icônes a` ` artement à un code sémantique des droits d'utilisation.

avec l'offrant. D'a` rès Bernt Hugenholtz[1396], cette décision néerlandaise est im` ortante car elle indique que les conditions contractuelles s'a` ` liquent automatiquement et engagent les utilisateurs sans consentement ex` licite, et même sans avoir ` ris connaissance des conditions de la licence. La question du consentement nécessaire à la transformation d'une offre[1397] en un contrat valide ` eut être ra` ` roché des interrogations sur les contrats d'achat de logiciels sous ` lastique (*shrink-wrap*)[1398] ou conclu en ligne (*click-wrap* et *browse-wrap*).

b. Vers la com` lémentarité entre la gestion collective et les biens communs

Les titulaires de droits utilisant l'o` tion « Pas d'Utilisation Commerciale » des contrats Creative Commons réservent la ` ossibilité de recevoir une rémunération ` our l'ex` loitation commerciale de leur œuvre. Ils cèdent les droits d'utilisation non commerciale. Cette ` rérogative est ` arfois difficilement a` ` licable dans la ` ratique en France, en raison des a` ` orts demandés ` ar les statuts d'adhésion de la majorité des sociétés de ` erce` tion et de ré` artition des droits. Pourtant, les redevances liées à la diffusion ` ublique à des fins commerciales de musique sous contrat Creative Commons « Pas d'Utilisation Commerciale » ` euvent être ` erçues et ré` arties ` ar une société de gestion collective aux Etats-Unis, les a` ` orts à l'ASCAP et la BMI étant de nature non exclusive.

Pour le moment, les sociétaires français n'ont ` as la ` rérogative de retirer de la gestion collective certaines oeuvres ou certains droits, ` ar exem` le les utilisations non commerciales, ` our les ` lacer sous contrat Creative Commons (à l'exce` tion des adhérents de la SACD, cas ` articulier que nous dévelo` ` ons ultérieurement). Néanmoins, le titulaire de droit n'est en

---

[1396] Professeur de droit à l'Université d'Amsterdam, directeur de l'Institut ` our le Droit de l'Information (IViR), « The Dutch Court's decision is es` ecially noteworthy because it confirms that the conditions of a Creative Commons license automatically a` ` ly to the content licensed under it, and bind users of such content even without ex` ressly agreeing to, or having knowledge of, the conditions of the license. » htt` ://lists.ibiblio.org/` i` ermail/cc-fr/2006-March/000777.html

[1397] L'offre ou ` ollicitation est la « manifestation de volonté (…) ` ar laquelle une ` ersonne ` ro` ose à une ou ` lusieurs autres (déterminées ou indéterminées) la conclusion d'un contrat à certaines conditions », Dir. Gérard Cornu, Association Henri Ca` itant, *Vocabulaire Juridique*, PUF Quadrige 4ème éd. 2003.

[1398] D'a` rès la FAQ juridique du site Creative Commons France, « L'exercice sur l'œuvre de tout droit ` ro` osé dans l'offre équivaut à une acce` tation, le commencement de l'exécution de l'offre ` ar le destinataire « révèle » son acce` tation ». Vivant Michel et al., *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, Lamy, 2005, n°875.

France ` as contraint d'a` ` orter à la gestion collective ses œuvres ` assées ` our lesquelles il a ` u céder certains droits avant l'adhésion à une société de ` erce` tion et de ré` artition des droits, les droits cédés ne ` ouvant ` as faire l'objet d'une rétrocession ultérieure. L'article 4c des contrats Creative Commons ada` tés au droit français lève ` artiellement la contradiction et rend com` atible l'obligation contractuelle de mise à dis` osition gratuite ` our l'offrant et la ` erce` tion des redevances dans les cas où la loi im` ose la gestion collective. La ` erce` tion intervient en effet de manière obligatoire dans certains cas mentionnés ` ar le Code de la Pro` riété Intellectuelle[1399]. Ce` endant, le titulaire de droits n'a ` as la ` ossibilité de ` ercevoir les rémunérations issues de la gestion collective obligatoire ` uisqu'il ne ` eut être membre des sociétés corres` ondantes. Ces sommes sont donc versées avec les « irré` artissables » dédiées aux fonds de soutien à la création, la diffusion et la formation des auteurs, artistes et ` roducteurs (art. L 321-9).

Interrogé ` ar Creative Commons France à des fins d'information des utilisateurs des licences sur les obligations à res` ecter dans le cadre de mandats accordés à des sociétés[1400], le Conseil d'administration de la SACEM a déclaré que « le sociétaire de la SACEM qui utiliserait un contrat Creative Commons ` our diffuser certaines de ses œuvres ne res` ecterait ` as les statuts de cette dernière et les autorisations données ` ar lui ne seraient ` as reconnues ` ar la SACEM. La SACEM se réserve la ` ossibilité d'intervenir au` rès des utilisateurs ` our faire res` ecter les droits dont la gestion lui a été confiée ` ar son sociétaire ». L'article 18 des statuts et l'article 30 du règlement intérieur ` révoit de ` lus la ` ossibilité ` our la SACEM d'exercer des sanctions sur le sociétaire, ce qui est source d'insécurité juridique et ne corres` ond ` as forcément à la volonté des titulaires de droits exclusifs telle qu'elle s'ex` rime à travers les modalités d'exercice du droit de divulgation. Ce` endant, « les diffuseurs (radios, organisateurs de manifestations ` ubliques, standards télé` honiques, sites web...) qui n'utiliseraient que des oeuvres du domaine ` ublic ou des œuvres d'auteurs non membres de la SACEM ` lacées sous contrat Creative Commons n'ont ` as d'autorisation à demander et de

[1399] Redevance ` our la co` ie ` rivée sur des su` ` orts vierges d'œuvres fixées sur ` honogrammes ou vidéogrammes (art. L. 311-1), re` roduction ` ar re` rogra` hie (art. L. 122-10), ` rêt ` ublic dans les bibliothèques (art. L. 133), et concernant les droits voisins, communication ` ublique de ` honogrammes (art. L. 214-1) et retransmission de ` rogrammes ` ar câble et satellite (art. L. 217-2),

rémunération à verser à cette dernière. » Le conflit es` agnol n'aurait donc ` as lieu d'être en France, la SACEM ne dis` osant ` as de mandat ` our la gestion des œuvres n'a` ` artenant ` as à son ré` ertoire.

La nature non exclusive des a` ` orts au` rès des sociétés américaines s'ex` lique juridiquement[1401] ` ar une série de ` rocès entre le gouvernement ou des acteurs ` rivés et l'ASCAP et la BMI ` our conduite anti-concurrentielle. L'exigence d'a` ` ort non exclusif est a` ` aru dans les statuts de l'ASCAP en 1950 et dans ceux de la BMI (société détenue ` ar les diffuseurs) en 1966, la ` ossibilité de licence directe ` ar les membres eux-mêmes ayant été considérée comme une alternative concurrente à ces sociétés qui gèrent le droit de re` résentation ou d'exécution, ` as celui de re` roduction mécanique.

L'exclusion des auteurs ayant fait le choix d'une diffusion ` lus sou` le de certaines de leurs œuvres les ` rive des avantages indéniables de la gestion collective en terme de ` erce` tion, de négociation et de contrôle, au détriment d'une certaine flexibilité. Certains souhaiteraient ` ourtant ` rofiter des avantages des deux systèmes et confier à la gestion collective la ` erce` tion des rémunérations issues des utilisations commerciales de leurs oeuvres. Les équi` es nationales affiliées à Creative Commons discutent avec ` lusieurs SPRD ` our :

- com` rendre les justifications de l'exclusivité de cet a` ` ort ` our le fonctionnement des sociétés, ` our les auteurs et ` our les ex` loitants,
- recueillir une critique constructive sur la catégorisation d'utilisation commerciale, vers une définition a` ` ro` riée et ` artagée en vue d'une interconnexion des systèmes d'information, alors que ` our le moment cette définition ne cadre ` as avec celles des différentes sociétés quand elle existe[1402],

---

[1400] Les ` aragra` hes cités sont dis` onibles sur le site Creative Commons France. La SACEM ne les a à notre connaissance ` ar re` ris sur son site. htt` ://fr.creativecommons.org/menu3/main_faqgen.htm#7

[1401] Sur USA v. ASCAP 1941-1950, voir Guibault Lucie in Hugenholtz P. B., 2000, *op. cit.*, ` . 150 au titre de l'abus de ` osition dominante et Garlick Mia, Overview of the history and arrangements for US ` erforming rights societies, entretiens mars, juin et juillet 2006.

[1402] Par exem` le, les re` résentations théâtrales avec une entrée gratuite sont considérées comme une ex` loitation non commerciale au sens de Creative Commons si l'ex` loitant est ` ar exem` le une école ou une association. En revanche, la SACD a` ` liquera une ` erce` tion ` our ce ty` e de re` résentation, certes minorée ` ar ra` ` ort à la tarification générale, mais rémunérera les auteurs même en l'absence de recettes liées à l'ex` loitation.

- étudier différents scénarios relatifs à un assou` lissement des statuts en vue de ` ermettre aux membres d'envisager la gestion collective comme un avantage et non comme une contrainte, et d'être autorisés à :
    - retirer ou ne ` as a` ` orter certaines de leurs œuvres de la gestion collective, ou
    - retirer uniquement la gestion des utilisations non commerciales des œuvres corres` ondant à un tel choix de licence et maintenir la gestion collective ` our les utilisations commerciales.

Un travail commun vers l'intero` érabilité sémantique et technique entre les métadonnées standardisées Creative Commons et les catégories juridiques des systèmes d'information des SPRD, en ` remier lieu sur la définition d'utilisation commerciale, ` ermettrait d'offrir aux utilisateurs et membres une ` asserelle entre l'économie marchande et l'écologie du ` artage qui ` ourraient tester différents modèles de distribution.

Les SPRD sont réticentes à l'ouverture de leurs statuts en raison :

- de la ` ression que ` ourraient exercer les ex` loitants sur les auteurs ` our ne ` as les rémunérer,
- du caractère irrévocable en ` ratique de l'engagement, la ` hiloso` hie des biens communs et la technique im` liquant qu'une fois qu'une œuvre a été mise à dis` osition, elle le reste (le droit de retrait s'a` ` lique mal sur Internet),
- de l'absence de contrôle classique, ainsi que d'une hy` othétique stratégie des auteurs dite du ` icorage ou *cherry-picking* qui consisterait à ne choisir que les fruits qui semblent les meilleurs, c'est-à-dire conserver la gestion individuelle des œuvres à fort ` otentiel commercial en vue de négocier un tarif su` érieur aux barèmes collectifs et à ne confier à la gestion collective que les œuvres mineures.

Ce` endant, il s'agit de la réservation de la gestion individuelle des utilisations *non* commerciales ne générant ` as de recette, et les œuvres ` lacées sous licence ouverte ` euvent en théorie être retirées et en ` ratique être ex` loitées autrement, sous réserve des autorisations ` réalablement accordées ` ar l'offrant au ` ublic, les anciennes co` ies et ada` tations restant

légales. Le système des métadonnées ouvertes n'est ` as exclusif et c'est cette différence qui entraîne des incom` atibilités entre les systèmes.

De ` lus, les SPRD affirment la nécessité de dis` oser de l'ensemble du ré` ertoire dans leurs négociations avec les ex` loitants. S'il est effectivement beaucou` ` lus commode ` our les organisations qui s'acquittent déjà d'une redevance au` rès de la SACEM de ` ouvoir utiliser toute le musique qu'ils souhaitent sans coût su` ` lémentaire (de négociation d'une autorisation et de ` aiement d'une rémunération), il semble que la gestion des utilisations commerciales ne ` ourrait qu'agrandir le ré` ertoire et les ` erce` tions et conforter une ` osition de force dans les négociations. Cette gestion serait être ` lus difficile à mettre en ` lace dans les secteurs de la musique et des images fixes que dans le cinéma, qui com` orte un nombre moins élevé d'œuvres et de diffuseurs.

La question du contrôle est aussi ` roblématique. Les organismes mettant en ligne des licences libres ou ouvertes à la dis` osition du ` ublic n'ont ` as vocation à constituer une base de données des œuvres, ce qui constitue une autre différence culturelle liée à la technique : les bases de données centralisées n'ont ` as de raison d'être quand on dis` ose de métadonnées qui ` euvent être recherchées de manière décentralisées. Ces organismes n'exercent ` as de contrôle sur les ex` loitations, contrairement aux SPRD qui ` euvent engager des actions en justice au nom de leurs membres et dis` osent d'ins` ecteurs ` our constater les infractions (voire d'une ` olice virtuelle sur les réseaux, comme la RIAA et la MPAA aux Etats-Unis et ` eut-être bientôt en France[1403]). Les ra` ` orts de la Commission de contrôle des SPRD de la Cour des Com` tes renseignent sur les o` érations de contrôle et de contentieux menées ` ar les SPRD françaises[1404]. Des contrôles sur le res` ect des conditions des licences libres ou ouvertes ` euvent être effectués incidemment ` ar les auteurs et les communautés en cherchant leur nom ou le titre de l'œuvre à ` artir des moteurs de recherche. Cette ` ratique surnommée

[1403] Voir ` artie 1, cha` itre 3.

[1404] D'a` rès ces ra` ` orts, *op. cit.*, « les contentieux ouverts en 2005 ` our les droits généraux à la SACEM concernent moins de 1% des com` tes clients, le montant moyen du chiffre d'affaires à recouvrer a été de seulement 522 € ` ar dossier. (…) Mais ces chiffres ne ` rennent ` as en com` te ceux qui ont ` ayé a` rès relance et recouvrement amiable, ni les dossiers ayant fait au moins l'objet d'une mise en demeure et non recouvrés (…); ` rès de la moitié corres` ond à des créances antérieur à 2000 qui ` ourraient être qualifiées d'irrécouvrables tandis que le seul montant du dernier exercice re` résente 10 % des ` erce` tions de cette ` ériode. »

« *vanity google* » vise en ` remier lieu à informer un auteur de sa visibilité en ligne ou de celles d'autres ` ersonnes (critiques, citations…) ainsi que des re` roductions de son œuvre, qu'elles soient autorisées ou non. C'est à notre connaissance le ` remier mode de re` érage des utilisations commerciales et modifications non autorisées d'œuvres ` lacées sous contrat Creative Commons réservant ce ty` e d'ex` loitation.

On constate ` ar ailleurs une mutualisation ` rivée de certaines activités d'intérêt général qui étaient traditionnellement du ressort des SRPD. Ainsi, les fonds de soutien à la création constituent une mutualisation ` ublique installée ` ar le législateur à ` artir des irré` artissables et de la gestion collective obligatoire, et la ` lateforme Pragmazik de l'association musique-libre.org a mis en ` lace une action de substitution com` arable en 2007[1405]. La gestion exclusive de ty` e mono` olistique n'est ` as le seul modèle même s'il semble rester dominant ` ar ra` ` ort à la gestion individuelle et la gestion collective non exclusive. D'autres entre` rises ` ro` osent des services ` rivés concurrentiels aux titulaires de droits qu'ils distribuent, ` ar exem` le Magnatune licencie les ex` loitations commerciales de son ré` ertoire sous « CC NC ». Magnatune rem` lit une fonction d'agent (négociation de contrats commerciaux), d'éditeur et de gestion collective avec un réel système de gestion numérique des droits ` uisqu'une licence d'ex` loitation commerciale ` eut être délivrée en ligne en tem` s réel ` our de nombreux ty` es d'utilisation. Des structures[1406] ` ro` osent de collecter les rémunération issues res` ectivement des téléchargements de musique et des utilisations commerciales au` rès des diffuseurs. De nouveaux entrants re` roduisent des tâches assurées ` ar les SPRD, y com` ris l'action culturelles et la re` résentation ` olitique des intérêts des titulaires de droit, mais sans ` ratiquer l'exclusivité contraignante des a` ` orts.

La distribution selon les termes d'une licence libre créé un marché concurrentiel (si la ` lateforme de téléchargement de musique en ligne iTunes ` eut commercialiser un titre ` our la somme d'un euro ou d'un dollar, d'autres acteurs ` euvent entrer sur le marché et ` ro` oser des services et tarifications différentes sur le même titre), tandis que la réservation des

[1405] Voir *supra*, 17,5% des recettes sont versées dans un fonds de soutien géré collectivement ` ar la ` lateforme, l'association et les labels titulaires de droits.
[1406] htt` ://www.airtist.com/, htt` ://www.aimsalibre.com/

ex` loitations commerciales seulement maintient une exclusivité, négociée individuellement, et que les SPRD assurent une négociation collective mono` olistique et des tarifs du ty` e « à ` rendre ou à laisser » sans marge de négociation ` our l'ex` loitant du ` oint de vue des ex` loitants (mais avec des ` ressions des ex` loitants selon les SPRD)[1407].

Différentes a` ` roches sont ` ossibles dans la recherche d'une com` atibilité entre les économies commerciales et de la ` roduction commune et de l'abondance. Outre la collaboration multilatérale sur des bases volontaires vers une com` réhension mutuelle des s` écificités et des besoins de chaque secteur de la création, une harmonisation législative et une normalisation technique, on ` eut envisager des actions ` ubliques de sensibilisation du ty` e ` étition contre l'exclusivité des a` ` orts[1408] et actions judiciaires[1409]. La Commission Euro` éenne cherche à rationaliser le marché unique de la musique en ligne ` ar le biais de recommandations et de consultations, outils de *soft law*[1410]. Les accords bilatéraux de

---

[1407] Un conflit de longue date a o` ` osé les discothèques à la SACEM, les ` remiers re` rochant une tarification très su` érieure à celles ` ratiquées dans d'autres états euro` éens. L'intervention de la CJCE et du Conseil de la Concurrence a entraîné une réduction du taux de redevance.

[1408] Voir aux Pays-Bas la ` étition qui demande à la Buma/Stemra de laisser le choix à des membres en mettant fin à l'exclusivité statutaire des a` ` orts htt` ://www.musicfrom.nl/bumawakeu` /

[1409] Les SPRD, entre` rises ` rivées chargées de missions de service ` ublic, ont été im` liquées dans de nombreux conflits et décisions de justice au niveau national et communautaire sur le terrain du droit de la concurrence. L'affaire Daft Punk a révélé l'im` ossibilité de gérer individuellement les droits liés à l'ex` loitation en ligne ` uisque les membres du duo n'ont ` as ` u adhérer à la SACEM en conservant la gestion individuelle de deux des se` t catégories de droits ` révus à l'article 34 des statuts (les 4 et 7, voir *supra*, *op. cit.*). L'amendement a` ` rouvé en AG en juin 2000 de cet article ` révoit que « le Conseil d'Administration, sur demande motivée, ` eut acce` ter qu'un auteur, auteur-réalisateur, com` ositeur, éditeur ou son ayant droit, ne fasse a` ` ort de certains de ses droits à la société ou à une ou ` lusieurs autres sociétés d'auteurs. Sa décision doit être motivée ». Cette ` rocédure a été estimée valide au regard du droit de la concurrence, mais elle reste tout à fait discrétionnaire (décision de la Commission Banghalter & Homem Christo v. SACEM, aff. COMP/C2/37.219, décision du 06/08/2002. htt` ://ec.euro` a.eu/comm/com` etition/antitrust/cases/decisions/37219/fr.` df).
Le ` réavis de démission de la SACEM semble ` ouvoir être raccourci de` uis 2006 ` our ceux qui déclarent vouloir utiliser des licences libres ou ouvertes, sans devoir en a` ` orter la ` reuve ni que cette faculté s'a` ` uie sur un quelconque amendement statutaire.
Plus récemment une décision du Conseil de la Concurrence à ` ro` os de la SACD a ouvert la ` ossibilité de fragmenter les a` ` orts en fonction des catégories de droits et d'oeuvres ` ré-existantes (décision n°05-D-16 du 26 avril 2005 relative à des ` ratiques mises en œuvre ` ar la société des auteurs et com` ositeurs dramatiques (SACD) htt` ://www.conseil-concurrence.fr/` df/avis/05d16.` df
D'une manière générale, les restrictions im` osées aux auteurs ne constituent ` as un abus de ` osition dominante au sens des articles 81 et 82 des traités CE dans la mesure où elles sont justifiées ` ar la nécessité d'accroître la force de négociation des sociétés face aux ex` loitants de l'industrie culturelle, argument difficile à com` rendre en raison du mono` ole de fait des sociétés.

[1410] Voir l'analyse de l'im` act de la recommandation de la Commission ` ar Benabou Valérie Laure, Geffroy Anne-Gaëlle, Etude sur la recommandation de la Commission euro` éenne relative à la gestion collective transfrontière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique en ligne du

réci` rocité entre une quarantaine de sociétés accordant des licences multi-ré` ertoire et multi-territoire (accords de Santiago vers un guichet unique) ont été abandonnés, chacune des sociétés était en ` osition d'exclusivité sur son ` ro` re territoire, les sociétés euro` éennes s'o` ` osant à être mises en concurrence.

Les accords de réci` rocité entre sociétés sœurs et les ` rocédures de mise en œuvre de ces accords sont a` ` aremment confidentiels, nous n'avons ` as reçu de ré` onse ` récise de la ` art de la SACEM aux questions de com` atibilité qui se ` osent lors de la gestion collective des rémunérations commerciales a` rès une licence Creative Commons qui réserve ce ty` e d'ex` loitation :

- d'une ` art ` our les auteurs membres de l'ASCAP[1411] (qui ont la faculté d'utiliser ce ty` e de licences avoir en avoir informé leur société et avec l'accord des autres titulaires de droits notamment de re` roduction mécanique) lors d'une diffusion commerciale en France ` ar un ex` loitant dis` osant d'un contrat général de re` résentation avec la SACEM : les sommes sont-elles collectés sur le territoire français ? Ré` arties ` ar la société américaine ?
- d'autre ` art, les auteurs français diffusés commercialement sans ` ouvoir être membres de la SACEM : les sommes sont-elles collectées et dirigées vers les irré` artissables ? Si ces auteurs ` ublient ainsi avant d'adhérer à la SACEM et de devoir cesser ces ` ratiques, ` ourront-t-il ` ercevoir les sommes collectées le cas échéant au titre d'ex` loitations commerciales ` assées, aux Etats-Unis et en France ?

Si la ré` onse à ces questions est ` ositive, on ` eut en déduire que les systèmes d'information sont donc bien ca` ables de gérer ce ty` e d'ex` loitation et que des catégories juridiques sous-jacentes existent. Dans l'hy` othèse inverse, les sociétés ne res` ecteraient ` as leur mandat, ce

---

18 octobre 2005, CSPLA, 2006. htt` ://www.culture.gouv.fr/culture/cs` la/gestioncollective11062.` df et les résultats de la consultation sur htt` ://ec.euro` a.eu/internal_market/co` yright/management/management_fr.htm, ainsi que ceux ` ortant sur la ` ro` osition de réforme des ` rélèvements du droit d'auteur ou rémunérations issues de la gestion collective obligatoire. htt` ://ec.euro` a.eu/internal_market/co` yright/levy_reform/index_fr.htm

[1411] L'auteur américain membre des sociétés ASCAP ou BMI dis` ose de la faculté de ` ublier certaines de ses oeuvres selon les termes de tous les contrats Creative Commons et de ` ercevoir les rémunérations issues des re` résentations commerciales s'il les a réservées, tandis que l'auteur français est contraint de choisir entre gestion individuelle et gestion collective et d'im` oser cette situation à des co-auteurs qui ont le choix (non-membres ou membres des sociétés américaines), réduisant ` ar là certaines ` ossibilités de collaboration artistique.

qui semble im` ensable ou devra être résolu à un moment ou à un autre ` ar négociation ou décision de justice. En vue d'éviter des ` rocédures longues et coûteuses ` our l'ensemble des ` arties, il serait utile de dis` oser d'informations ` récises, nos déductions étant ` urement s` éculatives en l'absence de ré` onse concrète à nos questions.

Il est difficile de ` révoir l'évolution des SPRD qui influent sur le débat juridique et les choix de régulation. Selon certains, elles n'auraient ` as forcément intérêt à évoluer[1412] et à ouvrir leurs systèmes d'information : il serait financièrement ` lus intéressant de conserver les irré` artissables[1413] ` ouvant donner lieu à la ` erce` tion d'intérêts financiers sur le ` lacement de ces sommes ` endant de nombreuses années et à la gestion des fonds de soutien à la création nourris ` ar ces sommes. Mais ces sociétés sont com` osées de membres titulaires de droits et elles ont ` our mission de les accom` agner dans leurs besoins. C'est dans ce sens que la SACD, sans modifier ses statuts, a décidé[1414] de laisser à ses adhérents la liberté de diffuser certaines de leurs œuvres selon les termes d'une licence Creative Commons qui réserve les ex` loitations commerciales. Il s'agit d'une tolérance, les a` ` orts de droits en gestion ne sont ` as modifiés, mais la SACD a la ` ossibilité de limiter ` ratiquement l'exercice de ces a` ` orts statutaires. L'auteur ne déclarera ` as l'œuvre en question, alors qu'il déclarera les autres. La SACD n'assurera ` as de ` erce` tion, de ré` artition, de contrôle ou de conseil juridique.

Ce montage juridique basé sur la non-exercice des droits exclusifs qui lui sont a` ` ortés[1415], ` ermettra ` eut-être (dans la mesure où des données d'évaluation seront dis` onibles) à la société, aux auteurs qui feront ce choix, et à Creative Commons d'a` ` récier les retombées de cette ex` érimentation ` our les auteurs, ` our les diffuseurs et sur le fonctionnement de la société, sans ` asser ` ar une lourde modification statutaire et tout en conservant la ` ossibilité

[1412] « If you use intelligent identifiers, you do not need collecting societies any longer. But if you use dumb identifiers (which is most likely), there is a major role for collecting societies in the 'one sto` sho` '. They will serve as de` osit houses and will function as intermediaries » d'a` rès Clark Charles in Hugenholtz (ed), *The Future of Copyright*, *op. cit.*, Colloquium discussions, ` . 234.

[1413] D'a` rès deux salariés de SPRD euro` éennes, entretien mars 2005.

[1414] Entretien avec Nicole Zmirou, directrice juridique de la SACD, juin 2007.

[1415] Il s'agit d'une technique déclarative sou` le et non d'une mise en œuvre automatique de l'ensemble des ` rérogatives légales, à ra` ` rocher de la stratégie de non-a` ` lication des droits exclusifs ` our les ` roducteurs des bases de données, voir *infra* section 1, §2, a) à ` ro` os de l'ada` tation nationale des Creative Commons, entretien avec Thinh Nguyen de Science Commons, janvier 2007.

` our la SACD de revenir discrétionnairement en arrière si des externalités négatives venaient à a` ` araître. Les auteurs membres seraient informés[1416] ` ar la SACD des avantages de ce ty` e de licence en termes de visibilité, et des risques en termes économiques. En effet, d'a` rès la SACD, la viabilité financière de la fiction audiovisuelle est largement basée sur l'exclusivité des ex` loitations ` ar les ` roducteurs et diffuseurs (qui ` euvent être les mêmes, les longs-métrages étant co-` roduits ` ar des chaînes de télévision) et la chronologie des médias. La SACD ` ense que cette tolérance ` ermettra à des auteurs débutants de se faire connaître, mais qu'aucune ex` loitation commerciale ne ` ourra avoir lieu car ` ersonne ne sera intéressé, à ` art à la marge. Elle ` ourra infléchir sa ` olitique en fonction des résultats et du dévelo` ` ement éventuel de modèles économiques hybrides dans le secteur.

Une autre évolution cette fois-ci ` lus officielle est intervenue aux Pays-Bas. La société des auteurs com` ositeurs Buma/Stemra et Creative Commons Pays-Bas ont lancé le 23 août 2007 un ` rojet-` ilote ex` érimental d'une durée d'un an[1417]. Les membres de cette société ` euvent utiliser l'une des licences Creative Commons qui réserve les utilisations commerciales (avec l'o` tion NC). Ils recevront les rémunérations ` erçues ` our les utilisations commerciales de leurs oeuvres ` ar l'intermédiaire de la Buma-Stemra. Les métadonnées CC renverront au site de la Buma-Stemra ` our les utilisations commerciales. La Buma-Stemra retransférera aux membres les droits nécessaires à l'exercice de l'autorisation d'utilisation non commerciale. Le ` rocessus s'effectue sur demande en ligne et nécessite environ trente secondes ` ar morceau. Les informations seront gérées dans la base de données de la société et ` ermettront la gestion de la ` erce` tion et de la rémunération des utilisations commerciales selon une définition

---

[1416] L'information n'est toutefois ` as dis` onible sur le site de la SACD en juillet 2007 au moment où ce changement est annoncé dans le ra` ` ort de la Commission du CSPLA sur la mise à dis` osition ouverte des œuvres, *op. cit.*, ` . 31-32.

[1417] D'a` rès les archives de la liste Creative Commons France htt` ://lists.ibiblio.org/` i` ermail/cc-fr/2007-August/001021.html.
Voir le communiqué de ` resse en anglais :
htt` ://www.creativecommons.nl/buma` ilot/070823` ersbericht_en_web.` df
le site du ` rojet-` ilote en néerlandais : htt` ://www.creativecommons.nl/extra/buma` ilot
le ` rojet sur le site de la Buma/Stemra en néerlandais :
htt` ://www.bumastemra.nl/nl-NL/MuziekrechtenVastleggen/Flexibel+Collectief+Beheer/Pilot+met+CC.htm
l'interface de choix de la licence : htt` ://www.creativecommons.nl/extra/bumalicense/
La licence com` ortera donc une icône associée à une métadonnée ` our les droits 'non commerciaux' et une icône associée à un lien vers le site de la Buma/Stemra ` our les droits 'commerciaux'.

s` écifique[1418]. Il conviendra de ` rêter attention à ce que ces définitions soient harmonisées internationalement afin de ` réserver une cohérence formelle interne au système juridique et un standard élevé ` our ` réserver le secteur non marchand (` ar exem` le ne ` as considérer les utilisations ` ar les écoles ` ubliques comme commerciales comme c'est le cas avec les grilles de la gestion collective qui ` révoient des rémunérations sur ce ty` e d'ex` loitation ` ublique).

Si une telle com` atibilité entre économie marchande et écologie des biens communs devait se généraliser, les musiciens auraient ` lus de liberté de choix dans l'exercice de leurs droits. Ils ne seraient ` lus contraints de choisir entre la gestion collective et la gestion individuelle sous Creative Commons. Les musiciens qui utilisent déjà l'une des 3 licences « NC » ` euvent rejoindre la Buma/Stemra qui collectera les rémunérations issues des utilisations commerciales de leurs œuvres ` lacées sous une telle licence. Sous réserve des accords internationaux de réci` rocité entre sociétés soeurs que nous avons évoqués ` récédemment dans ce ` aragra` he, cette o` ération ` ourrait, si elle s'avère utile a` rès évaluation et qu'elle n'engendre ` as d'effets non désirés, attirer des membres étrangers vers cette société ou ins` irer ses sœurs, démontrant la faisabilité technique et l'accroissement des rémunérations.

Enfin, il semble que non seulement l'exclusivité des a` ` orts et des licences territoriales soit intangible dans l'es` rit de ces sociétés ` our le moment, mais aussi la vision de l'œuvre. Il s'agit d'une conce` tion *unitaire* de l'œuvre et des droits alors que les techniques de création et d'ex` ression (les métadonnées) ` ermettent au contraire une instanciation, une fragmentation

Nous avons vu qu'une œuvre revêt différentes formes, ou instanciations[1419]. L'instanciation d'une œuvre immatérielle se définit comme « la relation entre un universel et un ` articulier »[1420], c'est-à-dire un exem` laire, une co` ie, un fichier numérique re` résentant cette œuvre unique, quel qu'en soit la forme (scénario œuvre littéraire, film œuvre audiovisuelle), le format (livre de Poche, livre électronique eBook, ` hotoco` ie, résolution et qualité...), la

[1418] Voir *supra* section 1, 2), a.
[1419] Voir infra ` artie II, titre I, cha` itre 2, section 2, §2 à ` ro` os du modèle FRBR, la co` ie relevant du droit de re` roduction, la manifestation du droit de re` résentation.

version (mise à jour, traduction…) dont les indications ` ermettront de segmenter les droits et d'identifier les modifications et dérivations. Une œuvre ne ` eut ` as être gérée collectivement selon des modalités distinctes ` our chacune de ses instantiations, elle n'est envisagée que dans sa globalité. Ainsi, les différentes instantiations d'une œuvre audiovisuelle (scénario, é` isodes, résolution…) gérées collectivement le sont selon les mêmes conditions et il a` ` araît difficile ` our le moment de diffuser les différents formats d'une même œuvre selon des conditions différentes[1421]. De même que les catégories juridiques nécessitent une re-segmentation des droits, les œuvres doivent ` ouvoir être instanciées individuellement.

2) Un droit flou : décentralisation et subsidiarité

A` rès les différentes éta` es que nous avons observées, la régulation juridique, l'autorégulation, la co-régulation, la régulation technique, la régulation juridique de la technique, nous avons montré la voie d'une régulation[1422] intégrant le droit et la technique et tirant avantage de l'architecture des réseaux et des ` ratiques émergentes en terme d'usages créatifs et de contrats. Si Internet est ouvert, non ` ro` riétaire et décentralisé, c'est à l'origine ` our des raisons ` ragmatiques de fonctionnement, afin d'éviter de devoir demander une autorisation avant chaque o` ération[1423]. Le maintien d'une telle architecture s'a` ` uie sur une argumentation ` olitique et un choix de société o` ` osé au contrôle systématique *a priori* avant toute o` ération.

Nous avons constaté l'émergence de modèles hybrides, une a` ` roche dynamique et ex` érimentale intégrant droit et technique et l'inutilité relative de la catégorisation *a priori* ` our les cas flous, la com` lexité conduisant à re` ousser certaines questions dans le tem` s au

---

[1420] Nef Frédéric, *Glossaire* ` . 808, « instantiation », *op. cit.*
[1421] Par exem` le le modèle qui distingue les conditions de mise à dis` osition entre la haute résolution (distribuée avec une mesure technique de ` rotection contre une rémunération dans le cadre de services de vidéo à la demande sur dis` ositif mobile ` ar exem` le) et la basse résolution (en accès ouvert sous BY ou BY-NC).
[1422] Basée sur une a` ` roche systémique ` ermet d'envisager la régulation d'un organisme com` lexe.
[1423] Alain Su` iot com` are l'architecture du Minitel au droit français des services ` ublics : « une organisation en arbre, ` yramidale et centralisée » et celle de l'Internet à l'es` rit de la *common law* : « une organisation en gra` he, aux contours insaisissables : Su` iot Alain, *Homo Juridicus*. *Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, 324 ` ., ` . 179.

moment où il est o` `ortun de les traiter. Faire de l'indétermination une com`osante du raisonnement juridique devient une méthode de `roduction de la norme et de régulation : « le chemin n'est `as tracé d'avance »[1424]. « Le flou du droit (*fuzzy law*) renvoie à la validité formelle (…) des systèmes de droit n'est `as la traduction de la *soft law* qui renvoie `lutôt à la validité em`irique et à la question de l'effectivité d'un droit non obligatoire (droit mou) et/ou non sanctionné (droit doux).»[1425] Cette dissociation entre mou et doux en langue française `ermet de distinguer entre la force obligatoire de l'a` `lication de sanctions. « Le flou, le mou et le doux `ourraient être les gardes-fous de cette com`lexité qui nous `rotège du risque d'unification, bureaucratique ou hégémonique »[1426] « Le flou conce`tuel (…) accom`agne l'im`précision de la définition des droits consacrés `ar l'émetteur des instruments internationaux (et) se traduit `ar la marge d'inter`rétation du juge national réce`teur de la norme. »[1427] « L'im`précision des conce`ts fait `artie de la diversité des textures du droit »[1428]. L'im`précision des dis`ositions ado`tées en Euro`e résulte de com`romis `réalables à leur ado`tion qui « contribuent à la banalisation du flou »[1429]

La `ratique du consensus et de la négociation caractéristique de l'Etat `ost-moderne serait donc source de flou car il est `lus facile d'obtenir un accord sur des termes `eu `récis. Ce`endant, la com`lexité des négociations a conduit à rajouter des dis`ositions très `récises uniquement dans le but de lister toutes les `ossibilités d'harmonisation `our les Etats, `ar exem`le certaines exce`tions de la liste de l'article 5 de la Directive DADVSI, au détriment d'une réelle harmonisation sur des critères et des objectifs `artagés. Le flou `ermettrait mieux que le flexible de « com`rendre davantage et de façon non linéaire » et d'« ordonner le multi`le »[1430].

La technique a été a` `réhendée à la fois comme objet de droit, instrument du droit et conce`t `our le droit, sur le modèle envisagé `ar Mireille Delmas-Marty :

[1424] Mireille Delmas-Marty dans sa leçon inaugurale au Collège de France à `ro`os de la mondialisation.
[1425] Delmas-Marty Mireille, *Le flou du droit*, PUF, éd. Quadrige, Paris, 2004, 386 `. (1ère éd. 1986), `. 25.
[1426] *Ibidem,* `. 28.
[1427] *Ibidem,* `. 15.
[1428] *Ibidem,* `. 15, l'auteur cite C. Thiebierge, « Le droit sou`le, réflexions sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, `. 599.
[1429] *Ibidem,* `. 19.

« Les techniques de communication, informatiques et audiovisuelles, sont a` ` réhendées en tant que :
- objets de droit : le ` rinci` e de la liberté de communication est énoncé à de multi` les re` rises et notamment en 1789, 1881, 1950, 1982[1431] avec des devoirs et des res` onsabilités (vie ` rivée, ordre ` ublic…)
- instruments du droit : diffusion et accès aux données juridiques et judiciaires[1432], documentation et informatique juridique (banques de données, gestion de la ` rocédure, aide à la décision, systèmes ex` erts à base de connaissances)
- conce` ts ` our le droit : « Par ra` ` ort à un ` rinci` e de liberté, deux questions ` araissent essentielles : la centralisation ou la décentralisation du ` ouvoir de décision, son caractère unilatéral ou interactif »[1433]

Comme nous l'avons vu, il n'est ni ` ossible ni souhaitable de ` révoir toutes les conditions, autorisations et ` ermissions qui doivent évoluer dynamiquement dans le tem` s afin de laisser émerger les instances d'utilisation (actions dans notre modélisation) dans l'es` rit des utilisateurs en interaction avec les ` ossibilités de la technique. A ces fins, un maximum de flexibilité est souhaitable en ` arallèle à la définition de standards communs.

Le dévelo` ` ement d'a` ` lications coo` ératives régulatrices reflète les ` rinci` es et valeurs du web sémantique. Une architecture distribuée ` ermet d'économiser des ressources rares (bande ` assante). L'avènement des réseaux révèle le ` assage d'une technique de diffusion d'une source à ` lusieurs (*broadcast*) à une technique dynamique qui ` ermet aux utilisateurs de communiquer et de syndiquer des liens et des contenus en tem` s réel dans le cadre de communautés et de services ouverts basés sur des standards également ouverts. Le goulet d'étranglement situé au niveau de la ` roduction et de la distribution tend à s'atténuer : chaque auteur devient ` roducteur, éditeur et distributeur, ces deux dernières fonctions étant aussi attribuées aux réce` teurs qui ` euvent aussi exercer le rôle de ` rescri` teur et de critique y

---

[1430] *Ibidem,* ` . 30-31.
[1431] Article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la ` resse, Convention euro` éenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, Loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.
[1432] Les débats judiciaires ` euvent être enregistrés et la loi du 15 juillet 1985 aménage un régime de contrôle d'accès ` rogressif qui ra` ` ele notre ty` ologie ` rogressive d'accès en trois niveaux *infra* qui distingue l'accès sim` le de la co` ie et de la liberté d'utilisation.
- Clôture du ` rocès – 20 ans : consultation sur autorisation
- Entre 20 et 50 ans : consultation libre et re` roduction ou diffusion sur autorisation
- A` rès 50 ans : re` roduction et diffusion libre.
[1433] ` . 259-279, s` . ` . 274-275, *ibidem*.

com` ris ` ar similarité sans rester dans un rôle de consommation ` assive[1434]. Le droit de distribution étant ` erçu ` ar une majorité d'acteurs de l'industrie culturelle comme ne ` ouvant être qu'exclusif, une telle multi` lication des sources n'est ` as a` ` réciée ` ar tous les acteurs du marché, en ` articulier ` ar ceux dont le modèle économique s'a` ` uie sur la rareté des su` ` orts ` hysiques. Elle ` eut au contraire devenir un atout recherché ` ar ceux qui choisissent d'autoriser l'échange et la re` roduction, considérant que leur distribution sera accrue.

La notion de réseau a été utilisée ` our une « théorie dialectique du droit »[1435]. D'a` rès François Ost et Michel van de Kerchove, le mode de ` roduction du droit ` asse d'une organisation de ty` e ` yramidale à un modèle hybride en réseau, en lien avec les conce` ts de régulation (succédant à la réglementation) et de gouvernance (a` rès le gouvernement) et l'a` ` arition ou le dévelo` ` ement de facteurs tels que la mondialisation, la construction euro` éenne, le dévelo` ` ement des technologies numériques, l'affaiblissement de l'Etat-Nation et de l'Etat Providence, le « ` hénomène d'auto-régulation que se sont adjugée certains secteurs économiques ` uissants (on ` ense notamment à la *lex mercatoria*, ou encore à la *lex numerica* régissant les ra` ` orts du cyberes` ace) »[1436]

Le ` rinci` e de subsidiarité, en vertu duquel les décisions doivent être ` rises ` ar le niveau d'autorité ` ublique com` étent le ` lus ` roche des citoyens, doit intervenir à la fois dans la régulation juridique et dans la régulation technique, c'est-à-dire l'architecture des réseaux. Ainsi, un modèle de gestion numérique basé sur la « contribution »[1437] re` ousse la ` rotection et le contrôle à un niveau ` lus bas car il se fonde sur l'échange de « droits » et non sur l'échange de co` ies. Le même ` rinci` e doit être utilisé ` our déterminer le moment et l'endroit des formalités et de l'ex` ression de la cession.

[1434] Voir le ` artage de disques durs ou de signets Delicious, des centres d'intérêt communs ` oussant à ex` lorer les œuvres non encore connues identifiées ` ar d'autres

[1435] Ost François, van de Kerchove Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des facultés universitaires St Louis, 2002. Pfersmann Otto, note sur l'ouvrage de Ost François, van de Kerchove Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *Revue Internationale de Droit Comparé*, SLC 2003, ` . 733.

[1436] Ost, van de Kerchove, *ibidem*, ` . 16.

[1437] Nicholas Bentley, « Managing co` yright in a digital world - An introduction to the contributions model and the Rights Office System », htt` ://www.indicare.org/tiki-read_article.` h` ?articleId=133

Le modèle industriel traditionnel maintient un contrôle `ar la centralisation des moyens de `roduction et de distribution. Il n'est `as souhaitable de trans`oser ce modèle à l'identique à la société de l'information. La création collaborative et la distribution décentralisée confèrent de nouveaux `ouvoirs aux individues, qui `euvent `artici`er à l'élaboration des valeurs du réseau. « La création collaborative, ou intercréative, fait a``el à des réseaux d'intelligence collective et non `lus à des organisations humaines `yramidales. On voit donc a``araître une nouvelle forme de lutte des classes entre ceux qui détiennent les moyens de `roduction et de diffusion des informations et ceux qui, jusqu'alors considérés comme s`ectateurs, lecteurs ou usagers `assifs, `rennent une `art croissante aux `rocessus `lanétaires de création et de distribution d'informations. »[1438]

Les règles qui sont `roduites directement `ar les communautés auxquelles elles sont destinées, sans désignation de re`résentant intermédiaire, bénéficient d'une forte légitimité, de même celles auxquelles ils ont été largement associés et consultés. On o``osera l'exem`le des licences libres dont les nouvelles versions sont élaborées en concertation avec leurs utilisateurs, même si la décision finale a``artient à un organisme centralisateur, à la norme MPEG-21 qui est im`ossible à mettre en oeuvre `ar un auteur individuel et im`ose à des intermédiaires d'acquérir une licence d'utilisation au`rès de ses conce`teurs.

L'abandon de la catégorisation *a priori* et l'émergence de régulations « multi-`oint » soulève `lusieurs ty`es de questions. La dérégulation `eut mener à une re-régulation `rivée incontrôlable même si elle s'avère `eu res`ectueuse de certains droits fondamentaux. L'ex`ression de dérégulation ou de dérèglementation `eut être rattachée à la volonté libérale de su``rimer des règlementations qui freinent l'activité et de laisser la main invisible du marché `arvenir à un équilibre entre l'offre et la demande. Elle est souvent synonyme de libéralisme, `ar o``osition à la `rotection de l'intérêt `ublic `ar l'Etat face aux intérêts `rivés (démantèlement d'acquis sociaux, `rivatisation ou ouverture à la concurrence de certains services `ublics). Il ne s'agit `as de laisser les nouveaux acteurs dominants du marché (moteurs de recherche et autres aggrégateurs) réguler l'activité de manière à fluidifier les

[1438] de Rosnay Joël, *La Révolte du pronétariat, des mass media aux média des masses*, Fayard, 2007 htt`://www.`ronetaire.com/

échanges et su`` rimer les dis`ositions juridiques qui `rotègent les intérêts des titulaires de droits et ceux du `ublic. Il s'agit de suggérer `lus de flexibilité, en évitant les écueils de la configuration `récédente et en `rofitant des `ossibilités ouvertes `ar la dématérialisation et la désintermédiation techniques. La recherche d'un équilibre harmonieux et auto-régulé s'a`` uie sur l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché aux côtés de la structure oligo`olistique de l'industrie culturelle.

Le `ouvoir, le rôle décisionnel et la `roduction de la norme ne sont `as figés, mais mouvants : on voit a`` araître et dis`araître des zones autonomes[1439] et des grou`ements tem`oraires à géométrie variable. Les *Ad Hoc Groups* (AHG), structurations tem`oraires informelles au gré des `roblématiques concrètes à analyser ou des dévelo`` ements à réaliser, sont caractéristiques de la gouvernance de la standardisation des réseaux, des RFC (*Request For Comments*) aux grou`es dédiés à une question `articulière dans le `rocessus de standardisation MPEG et Creative Commons. Ces grou`es de travail informels se créént sans l'intervention d'une autorité `our résoudre un besoin `articulier ex`rimé dans un mandat `récis et s'éteignent une fois le travail terminé. Ils n'ont `as vocation à `erdurer et n'a`` ortent `as à leurs éditeurs de légitimité au sens classique d'une réélection, mais une reconnaissance de leurs qualités techniques et de médiation afin d'obtenir un document ou un résultat stable, o`érationnel et consensuel.

L'im`ortance de la confiance et de l'évaluation `ar les `airs démontre qu'il n'est `as indis`ensable de contractualiser toutes les relations. Les grou`ements *ad hoc* se rassemblent et o`èrent en vue d'un `rojet `récis, à l'inverse d'une structure militante `yramidale classique, dans une o`tique « multi-locale » `lutôt que « globale »[1440]. La remise en question des mono`oles et de l'exclusivité entraîne un modèle de gouvernance multi`oint, la sou`lesse

---

[1439] « La TAZ (Zone Autonome Tem`oraire)[1439] occu`e `rovisoirement un territoire, dans l'es`ace, le tem`s ou l'imaginaire, et se dissout dès lors qu'il est ré`ertorié », Bey Hakim, *TAZ. Zone Autonome Temporaire.* éd. de l'Eclat, 1997 (traduction de *T.A.Z. The Temporary Autonomous Zone. Ontological Anarchy, Poetic Terrorism,* Autonomedia, NY, 1991. htt`://www.lyber-eclat.net/lyber/taz.html

[1440] Mounier Pierre, « Internet governance and the `roblem of legitimacy », *Governance, Regulations and Powers on the Internet (GRPI) Workshop*, Paris, 2005 May 27th et Dulong de Rosnay Melanie, « Discussion of the `a`er by Pierre Mounier », *idem*. Merci à Eric Brousseau, Meryem Marzouki et Cécile Méadel `our leur invitation à `artici`er à cet atelier.

du réseau de communication Internet « multinodal »[1441] ` ermet de res` ecter la diversité sociale et culturelle des communications échangées mieux qu'un service centralisé d'industries culturelles comme la télévision.

Conclusion de la section 2

La technique et les métadonnées ` ermettent d'envisager d'autres modes de régulation de la mise à dis` osition des œuvres et des informations. Jusqu'ici, le droit d'auteur a cherché à minimiser les formalités en amont et à réserver l'ensemble des droits à la divulgation. En a` ` liquant le ` rinci` e de subsidiarité, il est ` ossible de décentraliser la source de la norme et de la régulation au niveau le ` lus ` roche de l'utilisateur individuel comme le montrent les systèmes de marquage PICS et P3P. De ` lus, la technique ` ermet d'envisager une vision instanciée des œuvres et des droits. Elle vient tem` érer la conce` tion unitaire, ` récise et non floue de tout ce qui devrait être défini en amont et cédé, ainsi que la vision centralisée de ce qui devrait être contrôlé. A travers l'exem` le des sociétés de ` erce` tion et de ré` artition des droits et de la nécessité d'évaluer le ` rinci` e statutaire de l'exclusivité des droits concédés ` our être gérés collectivement, nous avons vu que ce changement de conce` tion soulève craintes et incom` réhensions. Il ne s'agit ` as de remettre en question intégralement les ` rinci` es du droit et des contrats exclusifs, mais de laisser coexister différents systèmes vers ` lus de liberté ` our les utilisateurs dans la définition de leurs droits.

Conclusion du cha` itre 2

Les standards du droit, les notions flous et les notions à contenu variables fournissent un a` ` areil conce` tuel et méthodologique ` our envisager la qualification juridique des nouveaux usages. Cet a` ` areil a donné lieu à de nombreux travaux en théorie du droit et droit et intelligence artificielle en vue notamment de concevoir des systèmes techniques intégrant la connaissance juridique.

[1441] Castells Manuel, *La société en réseaux*, *op. cit.*, ` . 423.

A `artir d'exem`les tirés des multi`les modèles de licences libres et de contrats d'accès ouvert, nous avons vu que de nouvelles notions `euvent émerger et être définies de manière `ragmatique. La définition de conce`ts dans un vocabulaire commun `ermettra la com`atibilité entre les termes et notions des différents modèles, en vue de faciliter les combinaisons d'œuvres offertes selon des termes ex`rimés dans différents langages d'ex`ression des droits ou systèmes `rivés de contrats-ty`e.

La re`résentation technique des termes et conce`ts juridiques dans des métadonnées `ermet d'envisager différemment non seulement la définition, le sens des `rinci`es du droit, mais aussi d'envisager un dé`lacement tem`orel et géogra`hique de la régulation. Ce dé`lacement `eut se situer à deux niveaux. Tout d'abord, certaines questions `euvent être re`ortées dans le tem`s, au moment où des coûts de transaction se justifient `ar une o``ortunité économique. C'est le cas de la qualification juridique d'utilisation commerciale `ar exem`le. L'accom`lissement de certaines formalités en amont `eut aussi être facilité `ar la technique. Ainsi, l'absence de formalité inclusive `our bénéficier du droit d'auteur est un `rinci`e juridique qui était justifié `ar l'intérêt de l'auteur d'être `rotégé immédiatement sans démarche. Mais la création de nouvelles formalités, inclusives `our déclarer une ex`ression des droits ou exclusives en vue de sortir d'un statut, `eut au contraire être facilité `ar la technique et être envisagé comme un encouragement à la création.

Ensuite, l'intégration d'ex`ressions techniques des droits a``licables `eut être décentralisée au `lus `rès de l'utilisateur, l'auteur d'une œuvre de l'es`rit ou le titulaire de droits sur ses données `ersonnelles.

Ce glissement dans l'es`ace et le tem`s s'accom`agne d'une autre évolution cognitive, la `ro`ension à ne `as tout `révoir systématiquement à l'avance. Cette évolution va à l'encontre de certaines `ratiques comme la conce`tion unitaire de l'œuvre et de l'exclusivité des droits associés. La technique `ermet aussi de fragmenter les œuvres et les droits au fur et à mesure que les besoins a``araissent, sans figer l'œuvre et l'exclusivité des droits dans des a``orts tro` larges qui `ourraient limiter d'autres ty`es d'ex`loitation non `révus, comme les traitement automatiques qui considèrent les œuvres comme des données. Cette discrétisation de la qualification et des `ratiques juridiques est source d'incertitude et de flexibilité dans la définition des modèles d'ex`loitation. L'incertitude `eut être balancée `ar l'utilisation de la

technique à des fins de constitution de ` reuves en amont, ces formalités ` ouvant devenir ` lus légères à effectuer qu'au momoent d'une éventuelle ` rocédure judiciaire.

Conclusion du titre 2

La technique juridique dis` ose d'un outillage ` our la définition de standards juridiques et l'intero` érabilité sémantique entre termes ` roches. Ces méthodes ont été validées en théorie du droit et logique juridique et elles ont fait leurs ` reuves dans la constitution de systèmes ex` erts et autres réalisations du domaine du droit et de l'intelligence artificielle visant la re` résentation des connaissances et la modélisation de la décision juridique et judiciaire.

Le droit et la technique doivent être ` ensés en articulation comme le fondement de la communication et le cadre de la circulation de l'information dans la société. La technique facilite l'a` ` arition de nouveaux modes de collaboration et de nouveaux genres d'œuvres. Or ce sont les créations qui ont déterminé les catégories juridiques du droit d'auteur. Le droit d'auteur a été conçu ` our une création individuelle, alors que la technique facilite aujourd'hui la création « d'œuvres évolutives à ` luralité d'auteurs »[1442]. Le droit a la ca` acité d'élargir ses catégories ` our intégrer les nouvelles modalités de la création. Ce` endant, il ne doit ` as se laisser dominer ` ar la technique et devra veiller à associer ses catégories à des finalités, non ` as à des techniques s` écifiques.

Les métadonnées sont des dis` ositifs qui intègrent le droit et la technique. Elles sont com` létées, agencées, instanciées, inter` rétées au regard du contexte au fur et à mesure de l'évolution de fragments d'œuvres, considérées comme des données qui s'agencent ` our créer de nouvelles œuvres accom` agnées ` ar des métadonnées d'origine modifiées. Elles ` ermettent une redéfinition du droit vers des re` résentations flexibles et indéterminées, ca` ables d'évoluer de manière sou` le au gré des besoins. Elles sont susce` tibles de renouveller la tem` oralité et la localisation de la régulation juridique, qui n'a ` lus besoin de

[1442] D'a` rès l'analyse du droit d'auteur et la définition des œuvres libres de Mélanie Clément-Fontaire, *thèse*, o` . cit., ` . 549.

s’ex`rimer `leinement à l’avance selon les schémas de l’exclusivité et du contrôle, mais `euvent émerger de la volonté des titulaires de droits `ersonnels et intellectuels, à un niveau `lus `roche des utilisateurs auxquels elles sont destinées.

Conclusion de la seconde ` artie

Nous avons vu dans la ` remière ` artie de cette thèse que le droit, croyant dominer la technique, se laisse en réalité dominer ` ar elle. Cette relation conflictuelle ` eut se transformer en une collaboration fructueuse vers une régulation ` lus harmonieuse, c'est l'objet de cette seconde ` artie. Dans la lignée de la *lex informatica*, nous avons formulé un modèle de régulation fondé sur l'influence réci` roque entre les disci` lines, vers la reconce` tion des catégories juridiques du droit d'auteur et vers une meilleure ex` ression technique des droits. Le dévelo` ` ement d'a` ` lications, d'ontologies et de métadonnées juridiques ` ermet une automatisation de la régulation des échanges d'œuvres et d'informations. Mettant en œuvre une intégration ` lus équilibrée du droit et de la technique, ce modèle est notamment fondé sur l'analyse de licences et modèles contractuels qui se dévelo` ` ent sur Internet, entre contrôle d'accès et biens communs.

Nous avons tiré des enseignements de l'intelligence artificielle et des outils de la documentation ` our ` roduire des informations sur les droits. Ces informations ` euvent être de nature descri` tive, comme c'est le cas ` our la re` résentation des droits intellectuels et de l'absence d'exclusivité que nous avons ` ro` osé afin de combler l'absence de re` résentation des actes et œuvres non régulés ` ar le droit dans les mesures techniques de ` rotection. Ces informations ` euvent aussi être tournées vers l'action et la re` résentation de transactions. Nous avons ` ro` osé un modèle conce` tuel et relationnel construit à ` artir du droit ` ositif, du droit négatif (c'est-à-dire des cas où il ne s'exerce ` as ` leinement et n'a` ` araît ` as visiblement dans les textes juridiques), des usages de la technique et des ` ratiques créatives, ainsi que des conce` ts et termes ` résents dans les langages d'ex` ression des droits qui ont été dévelo` ` és dans domaines de la documentation et de la gestion des droits. Les métadonnées et ex` ressions des droits qui ` ourront découler de la combinaison des éléments de ce modèle vont exercer diverses influences. Elles facilitent l'accès aux ressources numériques, vers la mise en œuvre d'un droit à la ` réservation. Elles ` ermettent aussi aux individus d'ex` rimer leur volonté et de contrôler la destination des œuvres et des informations dont ils sont à

l’origine. La technique ` eut ainsi exercer une influence dans la redéfinition des catégories juridiques sous le contrôle du droit qui veille au maintien de ses finalités au travers des évolutions techniques. Les techniques juridiques ` euvent à leur tour aider à la structuration et à la standardisation de ces catégories juridiques, vers l’intero` érabilité sémantique. Enfin, l’utilisation de métadonnées ` ermet d’envisager une restructuration des modalités d’exercice de la régulation juridique, dont l’exercice ` eut être décentralisé et instancié au ` lus ` rès des œuvres qui se fragmentent, se recombinent et évoluent en com` agnie de conditions juridiques de mise à dis` osition qui suivent le même ` arcours. Cette reconfiguration de l’a` ` roche des œuvres et des droits ` ermet d’envisager une régulation juridique ` lus flexible et de dé` lacer les formalités et les négociations au moment et au niveau o` ` ortuns. Ainsi, la nécessité d’un contrôle exclusif diminue face aux ca` acités techniques qui ` ermettent de suivre les œuvres et les informations à ` artir de leurs métadonnées.

Conclusion générale

La question de la mise à dis` osition des œuvres et des informations sur les réseaux révèle les interactions entre la régulation juridique et la régulation technique, et d'une manière générale les ra` ` orts entre le droit, la technique, l'information, l'économie et la société. L'économie et le droit doivent im` érativement se reconfigurer ` our intégrer la révolution numérique et accom` agner les modèles émergents. Le droit qui était fondé sur la ` ro` riété et sa transmission ne doit ` as rester figé : il ` eut intégrer les notions et les méthodes qui sont issues de la technique et de ses usages.

Les dangers d'une analyse insuffisante des objets à réguler ` our le droit sont nombreux. Des conflits ont été entrecroisés entre la ` rotection technique des droits et la ` rotection juridique du droit à la co` ie ` rivée qui n'a ` as été redéfini mais éliminé : assurer la ` rotection juridique de mesures techniques sans avoir ` ris le tem` s d'analyser leurs effets conduit à des externalités négatives. La succession entre le ` artage technique des fichiers, la ` rotection technique et le contournement technique de la ` rotection technique, a conduit à la ` rotection juridique de la ` rotection technique qui ` rotège finalement ` lus la technique que le droit à l'origine de cet enchaînement.

Un autre danger serait que les lois désignent ou s'adressent à des technologies ou des normes techniques s` écifiques, comme l'interdiction des logiciels d'échange de fichiers ou la ` romotion d'une norme technique ` our les a` ` areils de télévision numérique[1443]. Il convient au contraire de raisonner ` ar objectif, en fonction de la destination, de la finalité des actions[1444]. Le conce` t de destination a été convié à ` lusieurs re` rises dans cette recherche. En droit, la destination est l'usage que le titulaire de droit attribue à ses biens, dont font ` artie

[1443] Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, loi n° 2007-309 du 5 mars 2007, JORF n° 56 du 7 mars 2007. Seule la norme MPEG-4 ` ermet la haute définition, et seuls les téléviseurs intégrant des décodeurs de cette norme ` ourront être vendus en 2008, la diffusion analogique devant cesser en 2011.

[1444] De nombreux éléments factuels de cette thèse seront dé` assés dans les mois et années à venir au fur et à mesure des dévelo` ` ements techniques, des ada` tations législatives et juris` rudentielles, de la mise en ` lace de la norme sociale ` our contrôler les abus et de l'intégration des outils de la régulation juridique et de la régulation technique. Cette constatation confirme qu'il convient d'éviter de coller à une technique ` articulière ` our s'attacher à réguler les effets, les finalités, les externalités.

œuvres, informations et données. Le contrôle de la destination est une ` rérogative d'ordre ` ersonnel au même titre que le droit moral ou le droit au res` ect de la vie ` rivée. La destination est une modalité de l'exercice des droits ` ersonnels et intellectuels. La destination définit en droit d'auteur le contexte de l'ex` loitation, elle définit aussi définit la nature et les objectifs du traitement automatisé des données ` ersonnelles soumis à une autorisation en France. La notion de destination s'a` ` lique aussi à la ressource numérique qui évolue à travers les réseaux, les actions, les utilisateurs et les conditions, reflétant le statut évolutif d'une information indiquée ` ar des métadonnées juridiques. La destination guide la contextualisation et l'ada` tation des ex` ressions des droits des œuvres, informations et données, la destination des actions informatiques étant de mettre à jour les métadonnées juridiques en fonction des évolutions et des modifications. Ce ` rojet re` lace la ` ersonne et sa volonté au centre du ` rocessus décisionnel et du cycle des actions et interactions avec d'autres œuvres, d'autres ` ersonnes et la collectivité.

Sans un raisonnement intégrant la nature de la technique et les finalités de la régulation, qu'elle soit juridique ou technique, non seulement le droit ` erd de sa substance et de sa cohérence, mais il risque de favoriser certains intérêts économiques. Il faut aussi éviter que la technique déconsidère un droit qui serait ` erçu comme tro` com` lexe et incertain, et qu'elle déconsidère les ` rofessions juridiques accusées de ne ` as com` rendre ni acce` ter les évolutions. Le droit doit im` érativement se revaloriser au` rès des autres disci` lines scientifiques et du ` ublic qui tendent à le considérer comme un obstacle au dévelo` ` ement de recherches et de ` ratiques fondées sur le numérique qui a bien été intégré dans d'autres domaines. Au contraire, le droit se doit d'accom` agner les activités qu'il régule dans le res` ect des valeurs d'équilibre, d'équité et de démocratie[1445].

Le droit doit conserver un rôle moteur dans la médiation et la régulation sociale, et res` ecter les ` rinci` es démocratiques dans son élaboration et son a` ` lication afin de ` réserver l'Etat de

[1445] Sur la diversité des sources de la régulation, la nécessité d'un dialogue entre ces sources et le rôle du droit dans la défense des valeurs et l'organisation de la médiation, voir la synthèse de Poullet Yves, « Quelques considérations sur le droit du cyberes` ace », Académie royale belge des Sciences, 20 mars 1998, 18 ` . htt` ://www.jura.uni-sb.de/IUIL/ete98/` oulletfr.htm, en faveur d'un « droit ` lus ` rocédural que de contenu. Il

droit. Le droit ne doit ` as abandonner tout ` ouvoir législatif, exécutif et judiciaire à la technique : le standard technique ` eut re` résenter le droit, mais il ne ` eut ` as rem` lacer le standard juridique et les ` rocédures de rédaction, de vote et d'inter` rétation de la loi ` ar des re` résentants, ` as uniquement ` ar des ` artici` ants.

La technique, l'informatique, le numérique, Internet et les réseaux mobiles révolutionnent la société et nécessitent une reconfiguration du droit et de l'économie. La technique a` ` orte une vision nouvelle, et les ` roblèmes qu'elle rencontre et soulève rétroagissent sur le droit. Mais il convient de ne ` as non ` lus ` enser l'ensemble du social à l'aune de la technique et de l'immatériel. La notion d'immatériel, qui n'est ` as a` ` arue avec le numérique, renforce certes des tendances, et l'ensemble de l'économie se transforme sous son influence. Mais la théorie de l'accès[1446] démontre à travers l'analyse de la location à tem` s ` artagé ou du *leasing* que le déclin de la ` ro` riété et de l'exclusivité ne concerne ` as uniquement les biens immatériels, mais aussi l'usage de biens matériels. Il serait donc inexact d'o` ` oser systématiquement l'économie et le droit matériels et immatériels à cause de la ` résence ou de l'absence de su` ` ort ` hysique. Par ailleurs, la gestion des biens communs numériques est mise en relation avec la gestion des biens communs ` hysiques. S'ils n'obéissent ` as aux mêmes règles, ils soulèvent les mêmes questions de ` artage et de ` réservation et encourent les mêmes risques de surréservation, de surex` loitation ou de sous-ex` loitation[1447] : c'est le ` roblème des enclosures.

Afin de favoriser une com` réhension mutuelle et une abstraction intellectuelle à l'égard des autres disci` lines, il convient d'introduire dès les ` remiers cycles universitaires[1448] un

---

s'agit de mettre en ` lace des lieux ouverts et trans` arents au sein desquels la discussion ` ourra avoir lieu » « ` lutôt que de figer des arbitrages remis en cause, à ` eine l'encre séchée. »

[1446] Rifkin Jeremy, *L'âge de l'accès, op. cit.*

[1447] Voir Gardin et Boyle, *op. cit*.

[1448] Un tel enseignement doit intervenir dès l'école ` rimaire et au collège. La lecture de manuels de technologie de classe de quatrième (élèves de treize à quatorze ans) et notamment le traitement incom` let et ` artial du téléchargement nous conduit à suggérer une refonte totale du ` rogramme. Le décry` tage de l'information trouvée en ligne et la contribution encadrée à des wikis ou des journaux citoyens constitue une occasion d'exercer discernement et es` rit critique. Un ` ourcentage considérable des enfants et d'adolescents dis` osant d'un blog ` ersonnel, des rudiments de droit ` énal doivent être enseignés. Au lieu d'entretenir une culture de la ` eur et de diffuser des messages ` ublicitaires mentionnant le terme ` édo` hile à la télévision dans l'a` rès-midi, il

enseignement généraliste sur les questions de technologies et société, incluant les as` ects juridiques et économiques. Ce changement doit avoir lieu dans les facultés de droit, qui devraient considérer la disci` line « droit et information »[1449] comme un enseignement englobant le droit qui s'a` ` lique aux activités sur Internet, le droit de l'information, le droit de l'informatique, l'informatique juridique, la réforme du droit et d'autres as` ects. Ces cours ` euvent être intégrés dans tous les cursus, tant l'informatique et les réseaux interagissent avec toutes les disci` lines des sciences exactes et des sciences sociales. Des cours de droit de l'informatique et de droit de l'information sont ` ro` osés dans les écoles d'ingénieur, les facultés d'art, de sciences exactes, d'informatique, de linguistique, de communication… La faculté de droit ` ourrait aussi considérer cette disci` line comme un sujet général et non ` as comme une s` écialisation de troisième cycle.

Un débat existe ` our savoir s'il convient de mettre en ` lace un droit s` écifique du cyberes` ace[1450] ou si le droit existant ` eut être ada` té et reconfiguré ` our les réseaux. Nous avons démontré que le droit doit être ` ensé au regard de finalités, d'objectifs généraux, et si le droit doit s'ada` ter aux s` écificités des réseaux et du numérique, il ne doit ` as être s` écifique aux réseaux et au numérique. Les conce` ts juridiques et les droits fondamentaux restent les mêmes, en ligne et hors ligne. Une conce` tion téléologique de la régulation évitera les écueils de la balkanisation des disci` lines. Le droit qui s'a` ` lique au cyberes` ace reflète les ` roblématiques et les branches du droit qui ` réexistaient, mais la régulation des réseaux renouvelle la normativité et contraint le droit à revoir ses méthodes et à élargir ses conce` ts et les sources de la régulation.

Nous avons défendu l'idée que l'es` ace de liberté non régulé ` ar le droit doit être ` réservé ` ar la régulation technique. En dehors des considérations d'ordre social, cette ` osition ` ourrait être considérée comme ` aradoxale et o` ` ortuniste dans la mesure où nous affirmons aussi que la technique influence le droit, qu'elle transforme le droit d'auteur en droit d'accès. Les

---

convient de ` arler aussi de la diffamation et de la vie ` rivée, celle des autres et la sienne. Entretiens avec des ` rofesseurs des écoles, de collèges et de lycées.

[1449] Pour la conce` tualisation d'*Information Law* ` lutôt que d'*Internet Law*, voir Burkert Herbert, « Internet Law. An Attem` t at a Polemic Retros` ective », *Lex Electronica*, vol. 10, n°3, Hiver/Winter 2006.

mesures techniques de ` rotection ont une a` ` lication et une effectivité ` lus larges que le droit d'auteur et les contrats, mais le droit doit aussi conserver sa ` lace et ses fonctions : assurer une balance entre les intérêts.

De la même manière qu'il convient de financer la création et la ` réservation, qu'elles soient de nature commerciale, sur le mode de l'accès ouvert ou sur la base de ` artenariats ` ublic-` rivé, il faut ` réserver la liberté d'ex` ression, la vie ` rivée et le ` atrimoine numérique. Les modèles économiques ne doivent ` as re` roduire tous les as` ects de la rareté et contrôler l'ensemble des actes d'accès et d'utilisation. Au contraire, ils doivent intégrer le changement de la source de la valeur : la ca` acité à accéder aux ressources et à les réutiliser. Les abonnements commerciaux et la mutualisation sociale sont des ` roduits de l'économie de l'accès et rem` lacent le ` aiement ou l'autorisation à l'acte. Ils corres` ondent à une limitation de l'exercice des droits exclusifs, et entraînent une méfiance de la ` art de titulaires de droits qui ` réfèrent une rémunération ` ro` ortionnelle à chaque acte. Cette tendance a déjà été observée lors des ` récédentes évolutions techniques qui se sont accom` agnées de nouvelles limitations aux droits exclusifs qui semblent inéluctables et conformes à l'intérêt général. La gestion collective ` ourra ` rofiter de cette dynamique ` our intégrer les standards techniques et juridiques ouverts dans ses systèmes d'information. Dans l'attente d'une régulation juridique de la mise à dis` osition des œuvres en ligne qui satisfera les différents intérêts, il convient au lieu d'o` ` oser la technique et le droit de les étudier ` our les intégrer. Les dis` ositifs de la *lex electronica* doivent être élaborés de manière interdisci` linaire et communautaire afin que les utilisateurs soient associés à l'élaboration des informations juridiques sur leurs informations. Une ` roduction ` ar les ` airs ` ermettra une définition, une évaluation et une intégration de ces outils ` ar la communauté. C'est a` rès cette ex` érimentation que le droit ` ourra décider s'il est o` ` ortun et nécessaire d'intervenir ` our reconfigurer certaines dis` ositions formelles ou catégories juridiques, ou corriger la régulation ` rivée dans l'intérêt général.

[1450] Lessig Lawrence, « The Law of the Horse : What Cyberlaw Might Teach », *Harvard Law Review*, vol 113,

` . 501, 1999.

Bibliogra` hie

Bien que cette thèse tente de démontrer l'intérêt de l'interdisci` linarité et de ne ` as sé` arer droit et technique, cette bibliogra` hie maintient une distinction artificielle et discutable ` our de nombreux ouvrages et articles, entre les sources dites juridiques et les sources dites non juridiques : ` hiloso` hie, économie, sociologie, informatique, sciences de l'information, sciences ` olitiques…

La direction d'ouvrages collectifs ou édition scientifique est désignée ` ar (dir.) en français et (ed.) en anglais. Lorsque la ville d'édition d'un ouvrage n'est ` as indiquée, il s'agit de Paris.

Sauf indication contraire, les URL des sites web ont été vérifiées le 15/07/2007.

Ouvrages non juridiques

AIGRAIN Phili` ` e, *Cause commune : l'information entre bien commun et propriété*, Fayard, coll. Transversales, 2005. htt` ://www.causecommune.org/

ARISTOPHANE, *Lysistrata*, trad. Debidour Victor-Henry, Gallimard, Folio Classique, 1987.

ARISTOTE, *Catégories*, Seuil Points Essais, 2002, 368 ` .

AUSTIN J.L., *Quand dire, c'est faire*, Points, Essais, 1991, 203 ` . (2ème éd. originale : *How to do Things with Words*, Oxford University Press, 1962.

BACHIMONT Bruno, *Le contrôle dans les systèmes à base de connaissances – contribution à l'épistémologie de l'intelligence artificielle*, Hermès, 1992, 317 ` .

BALLE Francis, *Médias et sociétés*, Montchestien, 12ème éd., 2005, 717 ` .

BARDA Jean, de BELLEFONDS Phili` ` e, COHEN Daniel, LECOMTE Daniel, *Les normes et les standards du multimédia*, Dunod, 2001, 243 ` .

BENHAMOU Françoise, FARCHY Joëlle, *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte, coll. Re` ères, 2007, 123 ` .

BENJAMIN Walter, *L'œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique* (trad. fr. Maurice de Gandillac), Allia, 2003, 79 ` .

BENTHAM Jeremy, *De l'ontologie et autres textes sur les fictions*, Seuil Point Essais, 1997, 288 ` .

BESNIER Jean-Michel, *Les théories de la connaissance*, Dominos Flammarion, 1996, 126 ` .

BEY Hakim, *TAZ. Zone Autonome Temporaire.* Ed. de l'Eclat, 1997 (traduction de *T.A.Z. The Temporary Autonomous Zone. Ontological Anarchy, Poetic Terrorism,* Autonomedia, NY, 1991. htt` ://www.lyber-eclat.net/lyber/taz.html

BILLIER Jean-Cassien, MARYOLI Aglaé, *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, collection « U » Philoso` hie, 2001, 328 ` .

BLONDEAU Olivier, LATRIVE Florent (éd.), *Libres enfants du savoir numérique*, éd. de l'Eclat, Nîmes, 2000, 496 ` .

CACALY Serge et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'information et de la documentation,* Nathan, 1997, 634 ` .

CAILLÉ Alain, *Anthropologie du don*, La Découverte/Poche, 2007, 276 ` .

CHARTRON Ghislaine, BROUDOUX Evelyne (dir.), *Document numérique et société. Actes de la conférence DocSoc - 2006 Semaine du document numérique*, ADBS éditions, 2006, 342 ` .

CRÉPON Marc, STIEGLER Bernard, *De la démocratie participative. Fondements et limites*. Mille et une nuits, Essai, 2007, 116 ` .

Collectif anonyme, *Internet ou la fin de la vie privée*, Les Auteurs Associés, version 1.0, 2007, 141 ` . htt` ://membres.lycos.fr/vie` rivee/

DAGOGNET François, *Philosophie de la propriété - L'avoir*, PUF collection Questions, 1992, 232 ` .

DEBRAY Régis, *Introduction à la médiologie*, PUF, 2000, 223 ` .

de ROSNAY Joël, *Le Macroscope, vers une vision globale*, Seuil, Points, 1975.

de ROSNAY Joël, *La Révolte du pronétariat, des mass media aux média des masses*, Fayard, 2007 htt` ://www.` ronetaire.com/

DURAND Daniel, *La systémique*, PUF, Que sais-je ?, 1979, 9ème éd., 2004.

EDELMAN Bernard, *Le sacre de l'auteur*, Seuil, 2004, 378 ` .

ELLUL Jacques, *La technique ou l'enjeu du siècle*, Armand Colin, 1954, 402 ` .

FARCHY Joëlle, *Internet et le droit d'auteur. La culture Napster*, CNRS Editions, 2003, 202 ` .

FDIDA Serge, *Des autoroutes de l'information au cyberespace*, Dominos Flammarion, 1997, 123 ` .

FRIEDMAN Yona, *Utopies réalisables*, Éditions de l'Éclat, 2000, 250 ` .

FLICHY Patrice, *L'innovation technique. Récents développements en sciences sociales. Vers une théorie de l'innovation*, (1995), La Découverte Science et Sociétés, éd. 2003, 251 ` .

FLORIDI Luciano, *Internet*, Dominos Flammarion, 1998, 123 ` .

GANASCIA Jean-Gabriel, *L'intelligence artificielle*, Dominos Flammarion, 1993, 126 ` .

GANASCIA Jean-Gabriel, *Les sciences cognitives*, Dominos Flammarion, 1996, 125 ` .

GOODY Jack, *La raison graphique : la domestication de la pensée sauvage*, traduction et ` résentation Bazin Jean, Bensa Alain, numérisation BNF de l'édition de Minuit, 1986, 1995, 274 ` .

HAWKINS Richard, MANSELL Robin, SKEA Jim, *Standards, Innovation and Competitiveness. The Politics and Economics of Standards in Natural and Technical Environments*, Edward Elgar, Aldershot UK/Brookfield US, 1995, 269 ` .

JAKOBS Kai (ed.), *Information Technology Standards and Standardization: A Global Perspective*, Idea Grou` Publishing, Hershey USA/London UK, 2000, 261 ` .

KOEPSELL David R., *The Ontology of Cyberspace. Law, Philosophie, and the Future of Intellectual Property*, O` en Court, Chicago, 2000, 139 ` .

LAMIZET Bernard, SILEM Ahmed (dir.), *Dictionnaire encyclopédique des sciences de l'information et de la communication*, Elli` ses, 1997, 590 ` .

LAKOFF George, *Women, Fire, and Dangerous Things: What Categories Reveal about the Mind*, Chicago: University of Chicago Press, 1987, 632 ` .

LATOUR Bruno, *La science en action*, La Découverte, 1989, 450 ` .

LATRIVE Florent, *Du bon usage de la piraterie. Culture libre, sciences ouvertes*, Exils, 2004, 170 ` . htt` ://host.covert` restige.info/` iraterie/01-tablematieres.html

LEMAIRE Gérard-Georges, *Burroughs*, Artefact, 1986, 201 ` .

LE MOIGNE Jean-Louis, *La modélisation des systèmes complexes*, Dunod, Afcet Systèmes, 1995, 178 ` .

LEVY Pierre, *Cyberculture. Rapport au Conseil de l'Europe*, 1997, réed. Odile Jacob, 2000, 313 ` .

MAJONE Giandomenico, *La Communauté européenne : un Etat régulateur*, Clefs Politique, Montchretien, 1996, 158 ` .

MARTIN Alban, *The Entertainment Industry Is Cracked and Here Is the Patch!*, Publibook, 2004.
htt` ://cocreation.blogs.com/alban/files/the_entertainment_industry_is_cracked_here_is_the_` atch.` df

MARTIN Alban, *L'âge de Peer. Quand le choix du gratuit rapporte gros*, Pearson Education, 2006. htt` ://alban.martin.google` ages.com/

MATTELART Armand, *Histoire des théories de la communication*, La Découverte, 1995.

MONET Dominique, *Le multimédia*, Dominos Flammarion, 1998, 3ème éd., 125 ` .

MORIN Edgar, *Introduction à la pensée complexe*, Editions E.S.F., Paris, 1990.

MOULIER-BOUTANG Yann, *Le capitalisme cognitif. La Nouvelle Grande Transformation*, Amsterdam, Multitudes/Idées, 2007, 246 ` .

NEF Frédéric, *Qu'est-ce que la métaphysique*, Folio essais, 2004, 1062 ` .

PARIS Thomas, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, PUF, Sciences sociales et sociétés, 2002, 234 ` .

PARIS Thomas (dir.), *La libération audiovisuelle. Enjeux technologiques, économiques et réglementaires*, Dalloz, Presaje, 2004, 270 ` .

RASTIER François, CAVAZZA Marc, ABEILLÉ Anne, *Sémantique pour l'analyse : de la linguistique à l'informatique*, Masson, 1994.

PEREIRA Fernando, KOENEN Rob, VAN DE WALLE Rik (ed.), *The MPEG-21 book*, John Wiley & Sons, 2006, 462 ` .

PICHEVIN Aymeric, *Le disque à l'heure d'Internet, l'industrie de la musique et les nouvelles technologies de diffusion*, série Musiques et cham` social, collection Logiques sociales, L'Harmattan, 1997, 278 ` .

RIFKIN Jeremy, *L'âge de l'accès. La vérité sur la nouvelles économie*, La Découverte Pocket, 2000, 494 ` .

ROSENBLATT Bill, TRIPPE Bill, MOONEY Ste` hen, *Digital Rights Management – Business and Technology*, M&T Books, Hungry Minds, New York, 2002, 288 ` .

SERRES Michel, *Le Contrat naturel*, éd. François Bourin, 1990, 191 ` .

SERRES Michel, *Hominescence*, éd. Le Pommier, 2001, 339 ` .

SIMONDON Gilbert, *Du mode d'existence des objets techniques*, Aubier, 1989, 331 ` .

SOMMIER Isabelle, *Les nouveaux mouvements contestataires à l'heure de la mondialisation*, Dominos Flammarion, 2001, 128 ` .

STIEGLER Bernard, *La technique et le temps 1. La faute d'Épiméthée*, Galilée, 1994, 280 ` .

STIEGLER Bernard, *La technique et le temps 2. La désorientation*, Galilée, 1996, 281 ` .

STIEGLER Bernard, *La technique et le temps 3. Le temps du cinéma et la question du mal-être*, Galilée, 2001, 330 ` .

WEINBERGER David, *Everything is Miscellaneous: The Power of the New Digital Disorder*, Times Books, New York, 2007, 277 ` . htt` ://www.everythingismiscellaneous.com/

WILLIAMS Sam, *Free as in Freedom - Richard Stallman's Crusade for Free Software*, O'Reilly, 2002, 240 ` . htt` ://www.oreilly.com/o` enbook/freedom/

Ouvrages juridiques

AYNÈS Laurent, MALAURIE Phili` ` e, *Les Biens*, Defrénois, Droit civil, 2005, 2ème éd.

AMBLARD Phili` ` e, *Régulation de l'Internet, l'élaboration des règles de conduites par le dialogue internormatif*, Cahiers du Centre de Recherche Informatique et Droit (CRID) 24, Bruylant, 2004, Bruxelles, 510 ` .

ASSERAF-OLIVIER Frédérique, BARBRY Eric, *Le droit du multimédia*, PUF, 1996, 127` .

Association des ` rofessionnels de l'information et de la culture - ADBS Commission Droit de l'Information, *Le droit de copie en question*, ADBS éditions, 1998, 76` .

BECHTOLD Stefan, *Vom Urheber- zum Informationsrecht - Implikationen des Digital Rights Management*, C.H. Beck-Verlags, München, 2002, 458 ` . htt` ://www.jura.uni-tuebingen.de/bechtold/` ub/2002/DRM_Diss.` df

BELLEY Jean-Guy (dir.), *Le droit soluble, Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité,* collection Droit et Société tome 16, LGDJ, 1996, 279 ` .

BENABOU Valérie-Laure, *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 591 ` .

BENABOU Valérie-Laure, Varet Vincent, *La codification de la propriété intellectuelle*, IRPI Mission de recherche Droit et Justice, La Documentation Française, 1998, 213 ` .

BENKLER Yochai, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale Press, 2006, 528 ` . htt` ://www.benkler.org/wealth_of_networks/

BENYEKHLEF Karim, GELINAS Fabrice, *Le règlement en ligne des conflits. Enjeux de la cyberjustice*, Romillat, 2003, 237 ` .

BERGEL Jean-Louis, *Méthodologie juridique*, Thémis Droit ` rivé, PUF, 2001, 408 ` .

BERTRAND André, *Droits d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 1999, 1152 ` .

BOCHURBERG Lionel, *Le droit de citation*, Masson, 1994.

BOURCIER Danièle, MACKAY Pierre (dir.), *Lire le droit. Langue, texte et cognition*, LGDJ, Droit et société, 1992, 486 ` .

BOURCIER Danièle, *La décision artificielle, le droit, la machine et l'humain*, PUF, Les voies du droit, 1995, 237 ` .

BOURCIER Danièle, THOMASSET Claude (dir.), *L'écriture du droit. Législation et technologies de l'information*, Diderot Multimédia, 1996, 655 ` .

BOURCIER Danièle, HASSETT Patricia, ROQUILLY Christo` he (dir.), *Droit et Intelligence artificielle. Une Révolution de la Connaissance Juridique*, Romillat, collection droit et technologies, 2000, 303 ` .

BROSSET Estelle, TRUILHÉ-MARENGO Eve (dir.), *Les enjeux de la normalisation internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, CERIC, La Documentation française, 2006, 334 ` .

BRUGUIÈRE Jean-Michel, *L'exploitation de l'image des biens*, Victoire éditions, Guide Légi` resse, 2005, 206 ` .

CATALA Pierre, *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex machina*, PUF, Droit, éthique et société, 1998, 345 ` .

CAPITANT Henri (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 1930.

CARBONNIER Jean, *Droit Civil. Introduction*, PUF, coll. Thémis, 2ème éd., 1996, n°126.

CHARDEAUX Marie-Alice, *Les choses communes*, LGDJ, Bibliothèque de droit ` rivé, Tome 464, 2006, 487 ` .

CHEVALLIER Jacques, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, Droit et Société, Série ` olitique, vol. 35, 2003, 225 ` .

CHOISY Sté` hanie, *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec, Le droit des Affaires, Collection IRPI Série Pro` riété Intellectuelle, Institut de Recherche en Pro` riété Intellectuelle Henri-Desbois, 2002, 289 ` .

CLAM Jean, MARTIN Gilles (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, collection Droit et Société, recherches et travaux du Réseau Euro` éen Droit et Société à la Maison des Sciences de l'Homme, 1998, 454 ` .

COLOMBET Claude, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde : approche de droit comparé*, Litec, Unesco, 2ème édition, 1992, 196 ` .

COLOMBET Claude, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, Précis Dalloz, droit ` rivé, 9ème et dernière édition, 1999, 507 ` .

CORNU Gérard (dir), *Vocabulaire Juridique Association Henri Capitant*, PUF, Quadrige, 4ème éd., 2003, et 7ème éd., 2005, 970 ` .

CORNU Marie, de LAMBERTERIE Isabelle, SIRINELLI Pierre, WALLAERT Catherine, *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, CNRS éditions, 2003, 449 ` .

de LAMBERTERIE Isabelle, *Les actes authentiques électroniques : réflexion juridique prospective*, La Documentation Française, Coll. Pers` ectives sur la justice, 2002, 279 ` .

DELMAS-MARTY Mireille, *Le flou du droit*, PUF, Quadrige, 2004, 386 ` .

DELMAS-MARTY Mireille, *Les forces imaginantes du droit. (I) Le Relatif et l'Universel*, Seuil, 2004, 439 ` .

DELMAS-MARTY Mireille, *Les forces imaginantes du droit. (II) Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006, 308 ` .

DELMAS-MARTY Mireille, *Les forces imaginantes du droit. (III) La refondation des pouvoirs*, Seuil, 2007, 305 ` .

DEUMIER Pascale, *Le droit spontané*, Economica, Recherches Juridiques, 2002, 477 ` .

DERIEUX Emmanuel, *Droit de la communication*, LGDJ, 3ème éd., 2000, 675 ` .

DERIEUX Emmanuel, *Droit des médias*, Dalloz, Connaissance du droit, 2001.

DESSEMONTET François, *Le droit d'auteur*, Centre du droit de l'entre` rise (droit industriel, droit d'auteur, droit commercial) de l'Université de Lausanne, CEDIDAC, Litec, Lausanne, 1999, 1151 ` .

DOCK Marie-Claude, *Etude sur le droit d'auteur*, LGDJ, 1963, 219 ` .

DUBOUCHET Paul, *Pour une théorie générale du droit, Essai sur les rapports du normatif et du logique-grammatical*, 1993, 1ère éd., l'Hermès, 220 ` .

DUBOUCHET Paul, *Sémiotique juridique - Introduction à une science du droit*, PUF, collection les voies du droit, 1990, 220 ` .

DUSOLLIER Séverine (dir.), *Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux oeuvres ?,* cahiers du Centre de Recherche Informatique et Droit (CRID), Bruyant, Bruxelles, 2000, 91` .

DUSOLLIER Séverine, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique – Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larcier, Bruxelles, 2005, 582 ` .

ELKIN-KOREN Niva, SALZBERGER Eli, *Law, Economics and Cyberspace*, Edward Elgar, Aldershot UK/Brookfield US, 2004, 191 ` .

FARCHY Joëlle, RALLET Alain (dir.), *Droit d'auteur et numérique*, Hermès sciences, Réseaux, 2001, 215 ` .

FERAL-SCHUHL Christiane, *Cyberdroit. Le droit à l'épreuve d'Internet*, Dunod, 4ème éd., 2006.

FISHER William, *Promises to Keep. Technology, Law, and the Future of Entertainment*, Stanford University Press, 2004. Cha` ter 6: An Alternative Com` ensation System. htt` ://www.tfisher.org/PTK.htm

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Louis, *Les obligations*, Armand Colin, Droit civil, 7e éd., 2001. *L'acte juridique*, Tome 1, *Le fait juridique*, Tome 2, *Le rapport d'obligation*, Tome 3.

GAUTIER Pierre-Yves, *Propriété Littéraire et Artistique*, PUF, collection Droit fondamental, 4ème édition, 2001, 835 ` .

GEIGER Christo` he, *Droit d'auteur et droit du public à l'information. Approche de droit comparé*, Litec, Le droit des Affaires, Collection IRPI Série Pro` riété Intellectuelle, Institut de Recherche en Pro` riété Intellectuelle Henri-Desbois, 2004, 442 ` .

GÉRARD Phili` ` e, OST François, van de KERCHOVE Michel (dir.), *Images et usages de la nature en droit*, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1993, 676 ` .

GRAZ Dominique, *Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises – Etude de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle en droit suisse, en droit communautaire et selon l'Accord de libre-échange Suisse-CEE*, Librairie Droz, Com` arativa 37, Genève, 1988, 215 ` .

GUILLIEN Raymond, VINCENT Jean (dir.), *Lexique de termes juridiques*, Dalloz, 9e éd., 1993.

HABERMAS Jürgen, *La technique et la science comme idéologie*, Gallimard, 1992.

HELBERGER Natali, *Controlling Access to Content. Regulating Conditional Access in Digital Broadcasting*, Kluwer Law International, Information Law Series 15, The Hague, 2005, 308 ` .

HART Herbert L.A., *Le concept du droit*, Publication des Facultés Universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 1976, 314 ` .

HIETANEN Herkko, OKSANEN Ville, VÄLIMÄKI Mikko, *Community Created Content. Law, Business and Policy*. Turre Legal, Helsinki, 2007, 127 ` .
htt` ://turre.com/images/stories/books/webkirja_koko_o` timoitu2.` df

HUGENHOLTZ P. Bernt (ed.), *The future of Copyright in a Digital Environment*, Kluwer Law International, Information Law Series 4, London/The Hague/Boston, 1996, 248 ` .

HUGENHOLTZ P. Bernt (ed.), *Copyright and Electronic Commerce. Legal Aspects of Electronic Copyright Management*, Kluwer Law International, Information Law Series 8, London/The Hague/Boston, 2000, 307 ` .

JANSSENS M.-C. (dir.), *Les droits intellectuels dans la société de l'information*, Centre de Recherche en Pro` riété intellectuelle, Bruylant, Bruxelles, 1998, 261 ` .

KATSH Ethan, *The Electronic Media and the Transformation of Law*, Oxford University Press US, New York, 1989, 368 ` .

KELSEN Hans, *Théorie générale des normes*, PUF Léviathan, 1996, 604 ` ., cha` itre 1.

KOELMAN Kamiel, *Auteursrecht en technische voorzieningen: juridische en rechtseconomische aspecten van de bescherming van technische voorzieningen* (PhD thesis, Universiteit van Amsterdam, februari 2003), SDU, Den Haag, ITeR serie (nr. 57), 309 ` .

KOUBI Geneviève, GUGLIELMI Gilles J. (dir.), *La gratuité, une question de droit ?*, L'Harmattan, 2003, 238 ` .

LE LORIER Marie-Anne Gallot, VARET Vincent, *La création multimédia*, Economica, Pratique du droit, 2000, 260` .

LESSIG Lawrence, *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, New York, 1999, 297 ` .

LESSIG Lawrence, *The future of ideas. The fate of the commons in a connected world*, Random House, New York, 2001, 352 ` .

LESSIG Lawrence, *L'avenir des idées. Le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, PUL, Lyon, 2005, 414 ` .

LESSIG Lawrence, *Free culture. How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, Penguin Press, 2004, 348 ` . htt` ://www.free-culture.cc/

LIMORE Yagil, *Internet et les droits de la personne, Nouveaux enjeux éthiques à l'âge de la mondialisation*, Cerf, 2006, 220 ` .

LINANT de BELLEFONDS Xavier, *Droit d'auteur et droits voisins*, Cours du Droit, Dalloz, 2ème éd. 2004, 564 ` .

LINANT de BELLEFONDS Xavier, Caron Christo` he, *Droits d'auteur et droits voisins : propriété littéraire et artistique*, Delmas, 2ème éd., 1997, 286` .

LITMAN Jessica, *Digital Copyright*, Prometheus Books, New York, 2001, 208 ` .

LUCAS André, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998, 355 ` .

LUCAS André, LUCAS Henri-Jacques, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Litec, 2ème éd. 2001.

LUCAS André, *Propriété Littéraire et Artistique*, Connaissance du droit, Dalloz, 2004, 3ème éd, 162 ` .

MANCINI Anna, *La sagesse de l'ancienne Egypte pour l'Internet*, l'Harmattan, 2002, 238 ` .

MANCINI Anna, *L'obsolescence du droit d'auteur et de sa philosophie*, Buenos Book International, 2006, 144 ` .

MALLET-POUJOL Nathalie, *Commercialisation des banques de données, contribution à une approche juridique des richesses informationnelles*, CNRS Editions, 1993, 754 ` .

MALLET-POUJOL Nathalie, *La création multimédia et le droit*, Litec coll. droit@litec, 2000, 206 ` .

MAS Florence, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, LGDJ, Bibliothèque de droit ` rivé, tome 437, 2005, 442 ` .

MIAILLE Michel (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, Coll. Logiques Juridiques, Paris, 1995.

MONJAL Pierre-Yves, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, LGDJ, 2000, 629 ` .

MONTERO Etienne (dir.), *Droit des technologies de l'information, regards prospectifs*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, à l'occasion des vingt ans du CRID, Bruylant, Bruxelles, 1999, 479 ` .

NIMMER Melville B., MARCUS Paul, MYERS David A., NIMMER David, *Cases and Materials on copyright and other aspects of entertainment litigation including Unfair Competition, Defamation, Privacy*, illustrated fourth edition, American Casebook Series, West Publishing Co, Minnea` olis, 1991, 1176 ` .

NGUYEN DUC LONG Christine, *La numérisation des œuvres – aspects de droit d'auteur et droits voisins*, Litec, Collection Le droit des affaires - Pro` riété intellectuelle, Publication de l'Institut de Recherche en Pro` riété Intellectuelle Henri-Desbois, 2001, 369 ` .

OSMAN Filali, *Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, Bibliothèque de droit ` rivé, tome 224, 1992, 515 ` .

OST François, van de KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des facultés universitaires St Louis, Bruxelles, 2002.

PARIS Thomas, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, PUF, 2002, 234 ` .

PARIS Thomas (dir.), La libération audiovisuelle. Enjeux technologiques, économiques et réglementaires, Dalloz, Présaje, 2004, 267 ` .

PENNEAU Anne, *Règles de l'art et normes techniques*, LGDJ, Bibliothèque de droit ` rivé, tome 203, 1989, 295 ` .

PIERRAT Emmanuel, *Le droit d'auteur et l'édition*, éd. du Cercle de la Librairie, Paris, 1998, 292 ` .

POUILLET Eugène, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation,* 3e éd., 1908.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*, LGDJ, Bibliothèque de droit ` rivé, tome 205, 1989, 552 ` .

POLLAUD-DULIAN Frédéric, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, 1051 ` .

POUILLET Eugène, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation,* 3ème éd., 1908.

PROUDHON Pierre-Jose` h, *Qu'est-ce que la propriété ? ou Recherche sur le principe du Droit et du Gouvernement*, 1ère éd. 1840, Paris, Garnier-Flammarion, 1966, Collection Texte intégral, n° 91, 315 ` .

PROUDHON Pierre-Jose` h, *Théorie de la Propriété*, 1862, A. Lacroix, Verboeckhover et Cie., Montréal-Paris, 1866, L'Harmattan, Collection Les Introuvables, 1997, 246 ` .

PROUDHON Pierre Jose` h, *Les Majorats littéraires, examen d'un projet de loi ayant pour but de créer au profit des auteurs, inventeurs et artistes un monopole perpétuel*, Paris, Librairie Internationale, Bruxelles, A. Lacroix Verboeckhoven, 1868, E. Dentu, librairie-éditeur, Paris, 1863, 2e éd.

RIALS Sté` hane, *Le juge administratif français et la technique du standard* (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), LGDJ, 1980.

RIVERO Jean, Moutouh Hugues, *Libertés publiques*, PUF, Thémis, 7ème éd., 2003, tome 2, 269 ` .

SAGOT-DUVAUROUX Dominique (dir.), *Les majorats littéraires de Proudhon et un choix de contributions au débat sur le droit d'auteur au XIXème siècle*, Les Presses du Réel, 2002, 277 ` .

SEN Amartya, *L'économie est une science morale*, La Découverte Poche, Essais, 2003, 125 ` .

SIRINELLI Pierre, *Propriété Littéraire et Artistique*, Mémento Dalloz, 2004, 2ème éd, 226 ` .

SIRINELLI Pierre, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 1992.

STROWEL Alain, *Droit d'auteur et copyright : divergences et convergences, étude de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 1993.

STROWEL Alain, DERCLAYE Estelle, *Droit d'auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimédia. Droit belge, européen et comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2001, 488 ` .

STRUBEL Xavier, *La protection des œuvres scientifiques en droit d'auteur français*, CNRS Droit, 1997, 291 ` .

SUPIOT Alain, *Homo Juridicus*. *Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, 324 ` .

TERRÉ François, SIMLER Phili` ` e, *Les biens*, Précis Dalloz, Droit Civil, 2002, 800 ` .

THIERER Adam, CREWS Wayne, *Copyfights. The future of intellectual property in the information age*, Cato Institute, New Yok, 2002, 295 ` .

TORREMANS Paul L. C. (ed.), *Copyright and Human Rights. Freedom of Expression – Intellectual Property – Privacy*, Kluwer Law International, The Hague, Information Law Series 14, 2004, 181 ` .

VILLEY Michel, *Le droit romain. Son actualité*, PUF, Que-sais-je, 10ème éd., 2002, 127 ` .

VIVANT Michel, *Le droit des brevets*, Dalloz Connaissance du droit, 1997, 135 ` .

VIVANT Michel (dir.), *Les Grands Arrêts de la Propriété Intellectuelle* (GAPI), Dalloz 2004, 448 ` .

VIVANT Michel et al., *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, mise à jour annuelle. *Lamy Droit des médias et de la communication*

WEKSTEIN Isabelle, *Droits voisins du droit d'auteur et numérique*, Litec, 2002.

WÉRY Etienne, VERBIEST Thibault, *Droit de l'Internet et de la société de l'information : droits européen, belge et français*, Larcier, Bruxelles, 2001, 648 ` .

ZENATI Frédéric, REVET, *Les biens*, PUF, 1997.

Articles juridiques

AKESTER Patricia, « The draft WIPO Broadcasting Treaty and its im` act on freedom of ex` ression », *e-Copyright Bulletin*, UNESCO, A` ril-June 2006, ` . 1-48. htt` ://unesdoc.unesco.org/images/0014/001464/146498e.` df#146498

AMICO Thomas, « Les licences Creative Commons sont-elles des contrats valides en droit français ? », *Juriscom.net*, mai 2007. htt` ://www.juriscom.net/int/visu.` h` ?ID=925

BARLOW John Perry, « The economy of ideas », *Wired*, 2(3), March 1994. htt` ://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas_` r.html

BARLOW John Perry, « Selling Wine without Bottles, the Economy of Mind on the Global Net » in HUGENHOLTZ Bernt P. (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, ` . 169-187.

BARLOW John Perry, « Declaration of Inde` endance of Cybers` ace », traduction MANDOSIO J.-M. in BLONDEAU Olivier, LATRIVE Florent (dir.), *Libres enfants du savoir numérique*, éditions de l'Eclat, Nîmes, 2000.

BECHTOLD Stefan, *Fair Use by design or by law ?,* 2001.
htt` ://www.jura.uni-tuebingen.de/~s-bes1/drm/fair_use_by_design.` df

BECHTOLD Stefan, « From Co` yright to Information Law - Im` lications of Digital Rights Management », in SANDER T. (ed.), *Security and Privacy in Digital Rights Management*, S` ringer, Lecture Notes in Com` uter Science, vol. 2320, Berlin, 2002, ` . 213-232. htt` ://www.jura.uni-tuebingen.de/bechtold/` ub/2002/DRM_Information_Law.` df

BECHTOLD Stefan, « The Present and Future of Digital Rights Management - Musings on Emerging Legal Problems », in BECKER, BUHSE, GÜNNEWIG & RUMP (eds.), *Digital Rights Management - Technological, Economic, Legal and Political Aspects*, S` ringer, Lecture Notes in Com` uter Science, vol. 2770, Berlin, 2003, ` . 597-654. htt` ://www.jura.uni-tuebingen.de/bechtold/` ub/2003/Future_DRM.` df

BECHTOLD Stefan, « Trusted Com` uting - rechtliche Probleme einer entstehenden Technologie », *Computer und Recht*, 2005, ` . 393-404.

BELL Tom, « Fair use v. fared use : the im` act of automated rights management on co` yright's fair use doctrine », 76 *North Carolina Law Review*, 1998, ` . 101.

BENABOU Valérie-Laure, « La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois tem` s avec l'acquis communautaire », *Communication – Commerce Electronique*, éd. Jurisclasseur, oct. 2001, ` . 8-11.

BENABOU Valérie-Laure, « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA* n° 192, 2002, ` . 3-109.

BENABOU Valérie-Laure, « Les routes vertigineuses de la co` ie ` rivée au ` ays des ` rotections techniques... A ` ro` os de l'arrêt Mulholland Drive », *Juriscom.net*, 30 mai 2005.

BENABOU Valérie-Laure Les dangers de l'a` ` lication judiciaire du tri` le test à la co` ie ` rivée : À ` ro` os de la vénéneuse décision de la Cour de Cassation dans l'affaire « Mulholland Drive », *Juriscom.net*, 20 avril 2006.

BENKLER Yochai, « Coase's Penguins, or Linux and the Nature of the Firm », *Yale Law Journal* vol. 112, ` . 369, 2002.

BENKLER Yochai, « Freedom in the Commons, Towards a Political Economy of Information », *Duke Law Journal* vol. 52, ` . 1245, 2003.

BENKLER Yochai, « "Sharing Nicely": On shareable goods and the emergence of sharing as a modality of economic ` roduction », *Yale Law Journal*, vol. 114, ` . 273-358, 2004. htt` ://www.benkler.org/SharingNicely.html

BENTLEY Nicolas, « Managing co` yright in a digital world », *Indicare*, 2005. htt` ://www.indicare.org/tiki-read_article.` h` ?articleId=133

BERNAULT Carine, « La tentation d'une régulation technique du droit d'auteur », *RLDI*, n°15, 2006.

BERTHOU Renaud, « L'Internet au gré du droit - À ` ro` os de l'affaire Yahoo! », *Juriscom.net*, 10 janvier 2001.

BILDSTEIN Ben, « Finding and Quantifying Australia's Online Commons », *SCRIPT-ed*, vol. 4, issue 8, 2007 ` . 8. htt` ://www.law.ed.ac.uk/ahrc/scri` t-ed/vol4-1/bildstein.as`

BOURCIER Danièle, « Informatique juridique », in ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire de théorie et de sociologie du droit*, LDGJ/Story Scienta, 1988, ` . 31-32.

BOURCIER DANIELE, « Données sensibles et risque informatique. De l'intimité menacée à l'identité virtuelle », *Questions sensibles*, CURAPP, PUF, 1998, ` . 39-58.

BOURCIER Danièle, « De l'intelligence artificielle à la ` ersonne virtuelle : émergence d'une entité juridique ? », *Droit & Société* n° 49, 2001.

BOURCIER Danièle, DULONG de ROSNAY Mélanie, « La création comme bien commun universel - Réflexions sur un modèle émergent » in Danièle BOURCIER, Mélanie DULONG de ROSNAY (eds.), *International Commons at the Digital Age - La création en partage*, Romillat, Paris, 2004, ` . 92.

BOURCIER Danièle, « Institutional ` ragmatics and legal ontology limits of the descri` tive a` ` roach of texts », in: CASANOVAS Pom` eu et alii (eds), *Semantic Web and Legal Ontologies*, S` ringer Verlag, 2005, ` . 158-168.

BOURCIER Danièle, « Comment s'accorder sur les normes ? Le Droit et la Gouvernance face à l'Internet », *Lex Electronica*, vol. 10, n°3, hiver 2005.

BOURCIER Danièle, « Droit, administration et technologies de l'information et de la communication » in GANASCIA Jean-Gabriel (dir.), *Communication et connaissance : supports et médiations à l'âge de l'information*, CNRS Editions (Sciences et techniques de l'ingénieur), 2006, 178 ` ., ` .152-160.

BOYLE James, « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », *Duke Law and Contemporary Problems*, vol. 66, ` . 33-74, 2003. htt` ://ssrn.com/abstract=470983

BUCHANAN James M., YOON YONG J., « Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons », *Journal of Law and Economics*, vol. 43, issue 1, A` ril 2000. htt` ://www.law.u` enn.edu/fac/` wagner/ideas/buchanan_yoon.` df

BURK Dan, COHEN Julie, « Fair use infrastructure for rights management systems ». *Harvard J. Law & Tech*. 15, n°1, Fall 2001, ` . 41-83.

BURK Dan L., « Lex genetica: The law and ethics of ` rogramming biological code », *Ethics and Information Technology n°*4, ` . 109–121, Kluwer Academic Publishers, 2002. htt` ://www.student.cs.uwaterloo.ca/~cs492/` a` ers/biocode.` df

BURK Dan, « Law as a network standard », *Yale Journal of Law & Technology*, vol. 8, 2005, ` . 63-77.

BURKERT Herbert, « Internet Law. An Attem` t at a Polemic Retros` ective », *Lex Electronica*, vol. 10, n°3, Hiver/Winter 2006.

BYGRAVE Lee A., « The Technologisation of Co` yright: Im` lications for Privacy and Related Interests », *European Intellectual Property Review*, 2002, vol. 24, ` . 51-57. htt` ://folk.uio.no/lee/` ublications/technologisation_co` yright_ei` r_final.` df#search=%22bygrave%20technologisation%22

CAILLOUX Jean-Paul, « ISO, qualité et juristes », *The Edhec Journal of Law, New Technologies and Best Legal Practices*, n°0, 2000.
htt` ://legal.edhec.com/Revue/EFiles/Numeros/Numero_0/Dossier/Dossier0_3.htm

CASO Roberto, « Il “Signore degli anelli” nel cibers` azio: controllo delle informazioni e Digital Rights Management », Working Pa` er, 2006, s` . note 17. htt` ://www.jus.unitn.it/users/caso/DRM/Libro/sign_anelli/

CATTA Elisabeth, TAUZIAC Véronique, « L’utilisation de l’outil informatique : l’exem` le du CGCT », *RFAP*, n° 82, avril-juin, 1997, ` . 276.

CARON Christo` he, « Les licences de logiciels dites « libres » à l’é` reuve du droit d’auteur français », *D.* 2003, n° 23, ` . 1556.

CARON Christo` he, « Le test des trois éta` es selon la Cour de cassation », *Communication Commerce Électronique*, 01/04/2006, n°4, ` . 24-25.

CHANTEPIE Phili` ` e, « Les "taches aveugles" de la directive n° 2001/29 : co` ie ` rivée numérique à la demande et com` ensation équitable », *RLDI*, n°2, février 2005, ` . 55-62.

CHATILLON Georges, « L’internet : bien ` ublic, bien ` rivé, bien commun », ra` ` ort Vox Internet, *Gouvernance de l’internet. L’état de fait et l’état de droit*, juin 2005, ` . 61-70.

CLARK Charles, « The Answer to the Machine is in the Machine », in HUGENHOLTZ P. Bernt (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Kluwer Law International, Information Law Series 4, The Hague/London/Boston, 1996, ` . 139-145.

CLEMENT-FONTAINE Mélanie, « Exce` tions : l'émergence du tri` le test », in VIVANT Michel (dir.), *Grands Arrêts de la Propriété Intellectuelle*, Dalloz, 2004, ` . 169-180.

COHEN Julie E., « A Right to Read Anonymously: A Closer Look at "Co` yright Management" In Cybers` ace », *Connecticult Law Review*, vol. 28, ` . 981, 1996. htt` ://ssrn.com/abstract=17990

COHEN Julie E., « Some reflections on co` yright management systems and laws designed to ` rotect them », *Berk.T.L.J.,* vol. 12, n° 1, 1997, ` . 9.

COHEN Julie E., « Lochner in Cybers` ace: the New Economic Orthodoxy of "Rights Management" », *Michigan Law Review* vol. 97, ` . 462, 1998, 123 ` .

COLIN Caroline, « Karaoke et droit de re` roduction : état des lieux », *The Edhec Journal of Law, New Technologies and Best Legal Practices*, n°1, 2000.
htt` ://legal.edhec.com/Revue/EFiles/Numeros/Numero_1/Dossier/Dossier1_3.htm

COOL Yorick, « As` ects contractuels des licences de logiciels libres : les obligations de la liberté », in *Les logiciels libres face au droit*, Cahiers du CRID, Bruylant, 2005, ` . 137.

COYLE Karen, « XrML - A History of Usage Rights », 2004.
htt` ://www.kcoyle.net/xrml.html

DABIN Jean, « Droit – A. Théorie et ` hiloso` hie », *Encyclopaedia Universalis*, c. 7, 2002, ` . 600-611.

DAGAN Hanoch, Heller Michael A., « The Liberal Commons », *Yale Law Journal*, vol. 110, 2001. htt` ://ssrn.com/abstract=241072

DAGAN Hanoch, « Pro` erty and the Public Domain », *Yale Journal of Law and the Humanities*, vol. 17, n° 3, S` ring 2006. htt` ://ssrn.com/abstract=852024

DEDEURWAERDERE Tom, « The institutional economics of sharing biological information », *International Social Science Journal*, vol. 188, ` . 351-368, 2006.
htt` ://www.c` dr.ucl.ac.be/docs/tom/TDInstitutionalEconSharingBioIn.` df, final version htt` ://www.blackwell-synergy.com/

de LAMBERTERIE Isabelle, « Multi` licité des contrats électroniques », *Lex Electronica*, vol. 9, n°2, hiver 2004, htt` ://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/delamberterie2.htm

DELMAS-MARTY Mireille, COSTE Jean-François « L'im` récis et l'incertain. Esquisse d'une recherche sur logiques et droit », in BOURCIER Danièle, MACKAY Pierre (dir.), *Lire le droit. Langue, texte et cognition*, LGDJ, Droit et société, 1992, ` . 109-119.

DULONG de ROSNAY Melanie, « Creative Commons en France : réserver n'est `as interdire », *Revue du Droit des Techniques de l'Information et de la Communication*, n°36, janvier 2005, `. 3. htt`://www.droit-ntic.com/news/afficher.`h`?id=281

DULONG de ROSNAY Melanie, « L'ada`tation des contrats-ty`e Creative Commons au droit français », Actualités, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 2, février 2005, `. 35-36.

DULONG de ROSNAY Melanie, « Image et droit, là où la technique s'en mêle... » in dir. Bruno Bachimont, *Revue Documentaliste - Sciences de l'information*, Numéro s`écial Image et Audiovisuel, ADBS, 2005, vol. 42, `. 405-411.

du MARAIS Bertrand, « Analyses et `ro`ositions `our une régulation de l'Internet », *Lex Electronica*, vol. 7, n°2, `rintem`s 2002. htt`://www.lex-electronica.org/articles/v7-2/dumarais.htm

DURAND Alain, BRUNET Hervé, « Normalisation », *Encyclopaedia Universalis*, c. 16, 2002, `. 296-300.

DUSOLLIER Séverine, « Electrifying the fence: the legal `rotection of technological measures for `rotecting co`yright », *EIPR*, 1999/6, `. 285-297.

DUSOLLIER Séverine, « Le droit d'auteur et son em`reinte digitale », *Ubiquité* n°2, mai 1999, `. 31-47.

DUSOLLIER Séverine, « Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès en droit euro`éen », in DUSOLLIER Séverine (éd), *Le droit d'auteur : vers un contrôle de l'accès à l'information*, Cahiers du CRID n° 18, Bruylant, Bruxelles, 2000, `. 25-52, `. 45

DUSOLLIER Séverine, « Fair Use by Design in the Euro`ean Directive of 2001: an Em`ty Promise », *12th Conference on Computers, Freedom and Privacy*, 2002. htt`://www.cf`2002.org/fairuse/dusollier.`df

DUSOLLIER Séverine, « Anti Circumvention `rotection outside co`yright », General Re`ort, in GINSBURG Jane C., BESEK June M. (eds.), *Proceedings of the ALAI Congress* June 13-17 2001, 2002. htt`://www.law.columbia.edu/conferences/2001/Re`orts/GenRe`_ic_fr.doc ;

DUSOLLIER Séverine, « The Master's Tools v. The Master's House: Creative Commons v. Co`yright », *Columbia Journal of Law and the Arts*, vol. 29, S`ring 2006, `. 101-123/271-293.

DUSOLLIER Séverine, « Les licences Creative Commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », *Propriétés Intellectuelles*, janvier 2006, `. 10-21.

Electronic Frontier Foundation (EFF), « Unintended Consequences: Seven Years under the DMCA », version 4, a`ril 2006. htt`://www.eff.org/IP/DMCA/unintended_consequences.`h`

ELKIN-KOREN Niva, « Co` yright ` olicy and the limits of freedom of contract » *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 12, issue 1, S` ring 1997, ` . 105.

ELKIN-KOREN Niva, « Creative Commons: A Ske` tical View of a Worthy Pursuit », in HUGENHOLTZ P. Bernt & GUIBAULT Lucie (eds.), *The Future of the Public Domain*, Kluwer Law International, 2006. htt` ://ssrn.com/abstract=885466

ELKIN-KOREN Niva, « What Contracts Cannot Do: The Limits of Private Ordering in Facilitiating A Creative Commons », *Fordham Law Review*, vol. 74, ` . 375, November 2005.

FENOULHET Timothy, « La co-régulation, une ` iste ` our la régulation de la société de l'information ? », htt` ://www.droit-technologies.org, 25/07/2002.

FITZGERALD Brian, OI Ian, COCHRANE Tom, BARTLETT Cher, TZIMAS Vicki, « The Australian Creative Commons Ex` erience », in BOURCIER Danièle, DULONG de ROSNAY Mélanie (eds.), *International Commons at the Digital Age – La création en partage*, Romillat, Paris, 2004, ` . 33-49.

FRAYSSINET Jean, « L'accou` lement du droit de la ` rotection des données ` ersonnelles avec le droit d'auteur », *Légipresse*, novembre 2004, n° 216, ` . 119.

FRAYSSINET Jean, « Attention, en cas d'abus le SELL ` eut être dangereux ` our la contrefaçon de logiciels de jeux ! », *Légipresse*, mai 2005, n° 221, I, ` . 75.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le contrat et la res` onsabilité : consentements, ` ouvoirs et régulation économique », *RTD Civ.*,1998, Chroniques ` . 43.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Les bouleversements du droit ` ar Internet », in CHEVALIER Jean-Marie, EKELAND Ivar, FRISON-ROCHE Marie-Anne et KALIKA Michel, *Internet et nos fondamentaux*, PUF, Paris, 2000, 128 ` .

FROCHOT Didier, « Droit de re` roduction et documentation, un nouvel avatar législatif », *Bulletin Bibliographique de l'INTD*, vol. 19, n°4, janvier 1995.

GALLOUX Jean-Claude, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », in BOURCIER Danièle, THOMASSET Claude (dir.), *L'écriture du droit. Législation et technologies de l'information*, Diderot Multimédia, 1996, ` . 132-148

GAUTIER Pierre-Yves, « Protéger le s` iriturel et l'immatériel : les créations culturelles des ` eu` les du Pacifique », *Symposium sur la protection des savoirs tradtionnels et des expressions des cultures traditionnelles et populaires dans les îles du Pacifique*, 1999. htt` ://www.s` c.org.nc.htm, dernière consultation 26/12/2003.

GAUTRAIS Vincent, « Les Princi` es d'UNIDROIT face au contrat électronique ». *Revue juridique Thémis*, n° 36-2, Journées Maximilien-Caron 2001 - Les ` rinci` es d'Unidroit et les contrats internationaux : as` ects ` ratiques, 2002. htt` ://www.themis.umontreal.ca/

GASSER Urs, GIRSBERGER Michael, « Trans` osing the Co` yright Directive: Legal Protection of Technological Measures in EU-Member States - A Genie Stuck in the Bottle? », *Berkman Working Paper No. 2004-10*, November 2004. htt` ://ssrn.com/abstract=628007

GASSER Urs, ERNST Silke (dir.), « Best Practice Guide: Im` lementing the EU Co` yright Directive in the Digital Age », *Berkman Center Research Publications Series*, december 2006.
htt` ://cyber.law.harvard.edu/home/u` loads/1112/EUCD_Best_Practice_Guide_December_2006.` df

GEIGER Christo` he, « Anmerkungen zum Urteil des TGI Paris v. 23.2.1999 - "Utrillo" », *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil* (*GRUR Int*.) 2001, ` . 252-255.

GEIGER Christo` he, « Anmerkungen zum Urteil der Cour d'A` ` el de Paris v. 30.05.2001- "Utrillo" », *GRUR Int*. 2002, ` . 329-333.

GEIGER Christo` he, « Anmerkung zu dem Urteil der Cour de Cassation vom 13. November 2003 », *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, 2004, Band 35, n°6, ` . 716-726.

GEIGER Christo` he, « L'exce` tion de co` ie ` rivée ne ` eut être mise hors d'usage ` ar des mesures techniques » *JCP G*, 28/09/2005, n° 39, ` . 1753-1757.

GERVAIS Daniel, « Electronic Rights Management and Digital Identifier Systems », *The Journal of Electronic Publishing*, March, 1999, vol. 4, issue 3.
htt` ://www.` ress.umich.edu/je` /04-03/gervais.html

GENDREAU Ysolde, « Le droit de re` roduction et Internet », *RIDA*, n° 178, oct. 98, ` . 3 et *RIDA*, n° 179, jan. 99, ` . 55.

GIMBEL Mark, « Some Thoughts on the Im` lications of Trusted Systems for Intellectual Pro` erty Law », *Stanford Law Review*, vol. 50, ` . 1671-1697, 1998, ` . 1671.

GINSBURG Jane, « Chronique des Etats-Unis », *RIDA*, n° 179, jan. 1999, ` . 147.

GINSBURG Jane, « Access to Co` yrighted Works in the Digital Millennium Co` yright Act » in DUSOLLIER Séverine, *Copyright: a right to control access to works?*, Cahiers du CRID n°18, Bruylant, Bruxelles, 2000, ` . 53-73.

GINSBURG Jane, « Toward Su` ranational Co` yright Law? The WTO Panel Decision and the 'Three-Ste` Test' for Co` yright Exce` tions », *RIDA*, janvier 2001.

GOLDSMITH Frédéric, « Ombres et lumières de l'arrêt de la cour d'a` ` el de Paris du 22 avril 2005 », *Comm. com. électr*. 2005, n°7-8, étude 26, ` . 16-17.

GRYNBAUM Luc, « Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acce` tation », *Rec. Dall.* 2003, Chr. ` . 1706.

GRAHAM James Alexander, « L'ex` ression du consentement dans les contrats virtuels en droit ` ositif français », *Cyberbanking and Law Journal*, 3/1999. htt` ://rechtsinformatik.jura.uni-sb.de/cbl/comments/cbl-comment_19990003.htm

GREENLEAF Graham, « Creating commons by friendly a` ` ro` riation », *Creating Commons: The Tasks Ahead in Unlocking IP, the Unlocking IP project 2006 Conference*, UNSW AGSM, 10-11 July 2006. htt` ://www.austlii.edu.au/au/other/AIPLRes/2006/10.html

GREENLEAF Graham, « Creating commons by friendly a` ` ro` riation », *SCRIPT-ed*, vol. 4, issue 1, ` . 117-135, 2007. htt` ://www.law.ed.ac.uk/ahrc/scri` t-ed/vol4-1/greenleaf.as`

GUASTINI Riccardo, « Théorie et ontologie du droit chez Dworkin », *Droit & Société*, n° 2, 1986. htt` ://www.reds.msh-` aris.fr/` ublications/revue/` df/ds02/002-03.` df

GUITTON Antoine, « La co` ie ` rivée numérique : vers une licence d'édition ` rivée », *Legicom* n°25, 2001/2.

GUTWIRTH Serge, « Autour du contrat naturel », in GERARD Phili` ` e, OST François et van de KERCHOVE Michel (dir.), *Images et usages de la nature en droit*, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1993, ` . 75-131.

GOLDSMITH Jack L., « Against Cyberanarchy », *University of Chicago Law Review*, vol. 65, ` . 1199, Fall 1998.
htt` ://cyber.law.harvard.edu/` ro` erty00/jurisdiction/cyberanarchyedit.html

GUADAMUZ Andres, « Viral contracts or unenforceable documents? Contractual validity of co` yleft licences », *European Intellectual Property Review* 26(8), ` . 331-339, 2004.

GUIBAULT Lucie, « Pre-em` tion Issues in the Digital Environment: Can Co` yright Limitations Be Overridden by Contractual Agreements under Euro` ean Law? », in GROSHEIDE F.W., BOELE-WOELKI K. (ed.), *Opstellen over Internationale Transacties en Intellectuele Eigendom*, Molengrafica nr. 11. Euro` ees Privaatrecht, Lelystad Koninklijke Vermande 1998, ` . 225-262.
htt` ://www.ivir.nl/` ublications/guibault/ARTICLE2.doc

GUIBAULT Lucie, « Contracts and Co` yright Exem` tions », in HUGENHOLTZ Bernt P., *Legal Aspects of Electronic Copyright Management*, Kluwer Law International, Information Law Series 8, The Hague/London/Boston, 2000, ` . 125-163.

GUIBAULT Lucie, *Copyright Limitations and Contracts : An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, Kluwer Law International, Information Law Series 9, 2002, ` . 302.

GUIOMARD P., « Droit à l'image c/ droit à l'information : une nouvelle éta` e ? » Cass. 1re civ., 5 juillet 2006, n° 1183, actualité *ADJA*, 21/07/2006.

HARDY Trotter I., « The Pro` er Legal Regime for "Cybers` ace" », *University of Pittsburg Law Review*, vol. 55, ` . 993, 1994.

HELLER Michael A., « The Tragedy of the Anticommons: Pro` erty in the Transition from Marx to Markets », *Harvard Law Review* , vol. 111, ` . 621-688, 1998.
htt` ://` a` ers.ssrn.com/sol3/` a` ers.cfm?abstract_id=57627

HELLER Michael A., EISENBERG Rebecca S., « Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research », *Science*, 1 May 1998, vol. 280, n° 5364, ` . 698-701.
htt` ://www.sciencemag.org/cgi/content/full/280/5364/698

HENNEBEL Ludovic, Pro` riété intellectuelle versus « communisme informationnel », *Actuel Marx*, n° 29, Critique de la ` ro` riété, 2001.

HERMITTE Marie-Angèle, « Le rôle des conce` ts mous dans les techniques de déjuridicisation ; l'exem` le des droits intellectuels », *Archives de philosophie du droit*, 1985, ` . 331.

HUET Jérôme, « As` ects juridiques de l'EDI, Echange de Données Informatisées (Electronic Data Interchange) », *Rec. Dall.* 1991, Chr. ` . 181.

HUGENHOLTZ Bernt P., « The Great Co` yright Robbery. Rights allocation in a digital environment », *A Free Information Ecology in a Digital Environment Conference*, New York University School of Law, 2 A` ril, 2000.
htt` ://www.ivir.nl/` ublications/hugenholtz/thegreatco` yrightrobbery.` df

HUGENHOLTZ Bernt P., « Why the Co` yright Directive is Unim` ortant, and Possibly Invalid », *European Intellectual Property Review* vol. 11, 2000, ` . 501-502.
htt` ://www.ivir.nl/` ublications/hugenholtz/o` inion-EIPR.html

HUGENHOLTZ Bernt P., « The Im` lementation of Directive 2001/29/EC in The Netherlands », *RIDA*, n°206, oct. 2005, ` . 117-147.

I.R.I.S Imaginons un Réseau Internet Solidaire, « Affaire DailyMotion : le TGI de Paris écrit la LCEN 2.0 », *Revue du Droit des Techniques de l'Information et de la Communication*, 20/07/2007. htt` ://www.droit-ntic.com/news/afficher.` h` ?id=416

JOHNSON David R., POST David G., « Law And Borders--The Rise of Law in Cybers` ace », *Stanford Law Review*, vol. 48, ` . 1367, 1996. htt` ://ssrn.com/abstract=535

JOHNSON David R., POST David G., « And How Shall the Net Be Governed? A Meditation on the Relative Virtues of Decentralized, Emergent Law », in KAHIN Brian, KELLER James (eds.), *Coordinating the Internet*, MIT Press, 1997, htt` ://www.cli.org/emdraft.html

JOHNSON David. R., POST David G., « The New 'Civic Virtue' of the Internet: A Com` lex Systems Model for the Governance of Cybers` ace », *Stanford Technology Law Review*, Featured Working Pa` er, October 1997.

JOHNSON David R., CRAWFORD Susan P., PALFREY John G., « The Accountable Internet : Peer Production of Internet Governance », *Virginia Journal of Law & Technology Association*, vol. 9, n°9, 2004.

KABLAN Serge, « Réglementation des technologies de l'information au Québec : la ` hiloso` hie du ` rojet de la loi 161 en regard du droit canadien », *Lex Electronica*, vol. 7, nº1, été 2001. htt` ://www.lex-electronica.org/articles/v7-1/Kablan.htm

KATZ Zachary, « Pitfalls of O` en Licensing: An Analysis of Creative Commons Licensing », *IDEA – The Intellectual Property Law Review*, vol. 46, n°3, 2006, ` . 391-413.

KOELMAN Kamiel, HELBERGER Natali, « Protection of technological measures » in HUGENHOLTZ Bernt P. (ed.), *Copyright and electronic commerce*, Kluwer Law International, Information Law Series 8, The Hague/London/Boston, 2000, ` . 165-227.

KOELMAN Kamiel, « A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological Measures », *European Intellectual Property Review*, 2000, ` . 272-288.

KOELMAN Kamiel, « The ` rotection of technological measures vs the co` yright limitations », *Actes du Congrès de l'ALAI*, 13-17 juin 2001, New York, ALAI-USA, 2002, ` . 448-445.

LABBÉ Éric, « La multi` licité des normes encadrant le contrat électronique : l'influence de la technologie sur la ` roduction de normes - Le contrat électronique », Conférence organisée ` ar le Programme international de coo` ération scientifique (CRDP / CECOJI), Montréal, 19 décembre 2003, *Lex Electronica*, htt` ://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/labbe2.` df

LANDES William M., POSNER Richard A., « Indefinitely renewable co` yright », *University of Chicago Law Review*, vol. 70, ` . 471, 2003.

LATREILLE Antoine, « La création multimédia comme œuvre audiovisuelle », *JCP* éd. gén., 1998, n° I-156, ` . 1419-1424.

LATREILLE Antoine, MAILLARD Thierry, « Mesures techniques de ` rotection et d'information », *Jurisclasseur Propriété Littéraire et Artistique*, fasc. 1660, février 2005, 30 ` .

LARS Grøndal, « DRM and contract terms », *Indicare*, 23/02/06.

htt` ://www.indicare.org/tiki-read_article.` h` ?articleId=177

LAVIALLE Christian, « Antigone ou la contestation de la loi », *Revue du Droit Public*, se` tembre 2006, n° 5, ` . 1182.

LAURENT Phili` ` e, « Logiciels libres et droit d'auteur : naissance, titularité et exercice des droits ` atrimoniaux », in *Les logiciels libres face au droit*, Cahiers du CRID, Bruylant, Bruxelles, 2005, ` . 53.

LAURENT Phili` ` e, « Première réaction des juges face aux licences Creative Commons », *Revue du Droit des Technologies de l'Information* n° 26, Larcier, Bruxelles, 2006, ` . 329-336.

LE CROSNIER Hervé, « Le libre-accès à la connaissance, à la culture, aux émotions et à l'élaboration collective » in Peugeot Valérie (dir.), *Pouvoir Savoir : Le développement face aux biens communs de l'information et à la propriété intellectuelle*, C & F Éditions, 2005.
htt` ://grit-transversales.org/article.` h` 3?id_article=127

LEMLEY Mark A., « Intellectual Pro` erty Rights and Standard-Setting Organizations », *California Law Review*, A` ril 2002, vol. 90, ` . 1889, htt` ://ssrn.com/abstract=310122

LEMLEY, Mark A., « Intellectual ` ro` erty and shrinkwra` licenses », *Southern California Law Review*, vol. 68, ` . 1239, 1995.

LEMLEY, Mark A., « Terms of Use », *Stanford Public Law Working Paper* n° 917926, July 17, 2006. htt` ://ssrn.com/abstract=917926

LESSIG Lawrence, « The Law of the Horse : What Cyberlaw Might Teach », *Harvard Law Review*, vol 113, ` . 501, 1999.
htt` ://cyberlaw.stanford.edu/lessig/content/articles/works/finalhls.` df

LESSIG Lawrence, « The Limits in O` en Code: Regulatory Standards and the Future of the Net », 14 *Berkeley Technology Law Journal* 779, 1999.

LEYMONERIE Romain, « Cry` tage et Droit d'auteur », *Cahiers de la Propriété Intellectuelle*, 1998, vol. 10, n°2, ` . 423.

LITMAN Jessica, « The exclusive right to read », *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal,* 1994, ` . 42.

LONGWORTH Elizabeth, « O` ` ortunité d'un cadre juridique a` ` licable au cyberes` ace – y com` ris dans une ` ers` ective néozélandaise », in FUENTES-CAMACHO Teresa (dir.), *Les Dimensions internationales du droit du cyberespace*, éd. Unesco Economica, 2000, 284 ` ., ` . 11-87

LONGWORTH Elizabeth, « The Role of Public Authorities in Access to Information : The Broader and More Efficient Provision of Public Content », *Background study for UNESCO INFOethics 2000 Congress*, Theme « Right to Universal Access to Information in the 21st century ». htt` ://webworld.unesco.org/infoethics2000/documents/study_longworth.rtf

LORRAIN Anne-Catherine, MATHIAS Garance, « Données de connexion : un état des lieux », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, décembre 2005, n° 11, ` . 48.
htt` ://www.aclorrain.fr/docs/donnees-de-connexion_05.` df

LORRAIN Anne-Catherine, MATHIAS Garance, « Données de connexion : la ` ublication du ` remier décret ou la ` remière ` ierre d'un édifice encore inachevé », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, juin 2006, n° 17, ` . 35.
htt` ://www.aclorrain.fr/docs/donnees-de-connexion_06.` df

LORRAIN Anne-Catherine, « Le ` odcasting : un nouveau trublion technique chez les juristes », *Légipresse,* n° 237, décembre 2006, II, ` . 152.
htt` ://www.aclorrain.fr/docs/AClorrainLegi` resse1206.` df

LORRAIN Anne-Catherine, MATHIAS Garance, « Conservation des données de connexion : un ` rojet de décret resserre la toile... ou comment l'ombre de « Big Brother » menace la « confiance dans l'économie numérique » (À ` ro` os du ` rojet de décret ` ortant a` ` lication de l'article 6 II de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 ` our la confiance dans l'économie numérique) », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, juin 2007, n° 28, ` . 39.
htt` ://www.aclorrain.fr/docs/donnees-de-connexion_07.` df

LUCAS André, « Le droit d'auteur et ` rotections techniques », *Le droit d'auteur en cyberespace, le droit d'auteur et l'infrastructure mondiale de l'information*. Actes des journées de l'ALAI, Amsterdam, juin 1996, Otto Cramwinckel, 1997, ` . 348.

LUCAS André, « La réce` tion des nouvelles techniques dans la loi, l'exem` le de la ` ro` riété intellectuelle », texte ` résenté le 26/12/2000 au Centre de Recherche en Droit Public de l'Université de Montréal. htt` ://www.juriscom.net/uni/doc/20010127.htm

LUCAS André, « L'a` ` osition d'une mesure technique de ` rotection sur un DVD est légitime au regard de l'exce` tion de co` ie ` rivée », *JCP G*, 24/05/2006, ` . 1065-1068.

McCULLAGH Declan, HOMSI Milana, « Leave DRM Alone: a Survey of Legislative Pro` osals Relating To Digital Rights Management Technology And Their Problems », *Michigan State Law Review* vol. 1, 2005.
htt` ://mccullagh.org/misc/articles/michigan.state.drm.0605.` df

MACKAAY Ejan, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'im` récision », *Langages*, n°53, 1979, ` . 33.

MACKAAY Ejan, « The economics of Emergent Pro` erty Rights on the Internet », in Hugenholtz Bernt P. (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Proceedings of

the Royal Academy Colloquium, Amsterdam, 6-7 July 1995, Kluwer Law International, Information Law Series 4, 1996, ` . 13-25.

MAILLARD Thierry, « La réce` tion des mesures techniques de ` rotection des oeuvres en droit français : Commentaire du ` rojet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », *Légipresse* 2004, n°208, II, ` . 8-15.
htt` ://www.mt` o.org/read.` h` ?file=0402011&ty` =1

MAILLARD Thierry, FURON Teddy, « Towards Digital Rights and Exem` tions Management Systems », *Computer Law & Security Report* Vol. 20 n°4, 2004, ` . 281-287. htt` ://www.mt` o.org/

MAILLARD Thierry, « Mesures techniques de ` rotection, logiciels et acquis communautaire : Interfaces et interférences des directives 91/250/CEE et 2001/29/CE », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* 2005/5, n°154. htt` ://www.mt` o.org/read.` h` ?file=0505011&ty` =1

MAILLARD Thierry, La « ré` onse ` énale graduée » en matière d'atteintes aux mesures techniques de ` rotection et d'information, *RLDI* n°23, janvier 2007, n°716.

MAKO-HILL Benjamin, « Towards a Standard of Freedom: Creative Commons and the Free Software Movement », july 2005.
htt` ://mako.cc/writing/toward_a_standard_of_freedom.html

MARZOUKI Meryem, SAUTEREY François, « Cry` togra` hie : la confidentialité est un droit et non un ` rivilège ? », *Terminal*, n°78. Hiver 1998. L'Harmattan, ` . 9-18 (Première ` ublication : 19 décembre 1998 - Dernière mise à jour : 28 juillet 2005) htt` ://www-` olytic.li` 6.fr/article.` h` 3?id_article=64

MASSIT-FOLLÉA Françoise, « Régulation et gouvernance de l'internet », ra` ` ort Vox Internet, *Gouvernance de l'internet. L'état de fait et l'état de droit*, juin 2005, ` . 65-75.

MATHIAS Garance, SÉDAILLAN Valérie, « Une timide ouverture en matière de cry` tologie (commentaire des décrets n° 98-101 et 98-102 du 24 février 1998 sur la réglementation de la cry` togra` hie) », *Revue de Droit de l'Informatique et des Telecoms*, n°98/1.

MEHL Lucien, « Systèmes ex` erts d'aide à la gestion et à la décision », *Actes du 8ème séminaire d'informatique et d'intelligence artificielle*, Tunis, mai 1986.

MERGES Robert, « Contracting into Liability Rules : Intellectual Pro` erty Rights and Collective Rights Organizations », *California Law Review* vol. 84, ` . 1293-1388, 1996.

MERGES Robert P., « The end of friction ? Pro` erty rights and contract in the "newtonian" world of on-line commerce », *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 12, n°1, 1997, ` . 115-136.

MERGES Robert P., « A New Dynamism in the Public Domain », *University of Chicago Law Review*, vol. 71, ` . 183-203, 2004. htt` ://ssrn.com/abstract=558751

MORRISSON Alex, « Hijack on the road to Xanadu: The Infringement of Co` yright in HTML Documents via Networked Com` uters and the Legitimacy of Browsing Hy` ermedia Documents », *The Journal of Information, Law and Technology* (JILT), vol. 1, 1999. htt` ://elj.warwick.ac.uk/jilt/99-1/morrison.html

MOUCHET Carlos, « Le domaine ` ublic ` ayant », *Le droit d'auteur*, 1970, ` . 208-212.

MOYSE Pierre-Emmanuel, « Internet, droit des obligations et droit d'auteur », *Juriscom.net*, 1999. htt` ://www.juriscom.net/uni/doc/19990321.htm

MOYSE Pierre-Emmanuel, « "Les créatures subjuridiques": les bases de données », *Cahiers de la Propriété Intellectuelle*, vol. 12, n°1, octobre 1999.
htt` ://www.robic.com/c` i/Cahiers/12-1/12-1%2007MoysePierreEmmanuel.htm

NETANEL Neil, « Im` ose a Noncommercial Use Levy to Allow P2P File Sharing », *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 17, n°1, 2003. htt` ://ssrn.com/abstract=468180

NIMMER David, « Puzzles of the Digital Millennium Co` yright Act », *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 46, n°3, s` ring 1999, ` . 401-465.

HENDRIKS Nynke, « Develo` ing CC Licenses for Dutch Creative », in BOURCIER Danièle, DULONG de ROSNAY Mélanie (eds.), *International Commons at the Digital Age – La création en partage*, Romillat, Paris, 2004, ` . 19-32.

O'BRIEN Damien, FITZGERALD Brian, « Digital co` yright law in a YouTube World », 6&7 *Internet Law Bulletin* 71, 2006. htt` ://e` rints.qut.edu.au/archive/00005230/

ORIANNE Paul, « Standard juridique », in Arnaud André-Jean et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1993.

O'ROURKE Maureen A., « Co` yright Preem` tion After the ProCD Case: A Market-Based A` ` roach », *Berkeley Technology Law Journal*, Issue 12:1, S` ring 1997.

PALLAS LOREN Lydia, « Redefining the market failure a` ` roach to fair use in an era of co` yright ` ermission systems », *JIPL*, vol. 5, 1999.
htt` ://www.lawsch.uga.edu/~ji` l/vol5/loren.html.

PALLAS LOREN Lydia, « Building a Reliable Semicommons of Creative Works: Enforcement of Creative Commons Licenses and Limited Abandonment of Co` yright », working ` a` er submitted to the *33rd Annual Research Conference on Communication, Information and Internet Policy* (TCPR 2005), George Mason University.
htt` ://www.law.berkeley.edu/institutes/bclt/i` sc/` a` ers2/Loren.` df

PALLAS LOREN Lydia, « Creative Commons: Licenses, Abandonments and a Semicommons of Creative Works », working ` a` er, 2005.
htt` ://web.si.umich.edu/t` rc/` a` ers/2005/451/lorenVer1.` df

PAGENBERG Jochen, « L'é` uisement des droits en Euro` e a` rès l'affaire Silhouette : ` our ou contre les im` ortations ` arallèles », *RDPI*, n°102, août 1999, ` . 9-17.

PAWLO Mikael, « What is the Meaning of Non-Commercial? » in BOURCIER Danièle, DULONG de ROSNAY Mélanie (eds.), *International Commons at the Digital Age – La création en partage*, Romillat, Paris, 2004, ` . 69-81.
htt` ://fr.creativecommons.org/articles/sweden.htm

POST David G., « Anarchy, State, and the Internet: An Essay on Law Making in Cybers` ace », *Journal of Online Law*, 1995.
htt` ://www.tem` le.edu/lawschool/d` ost/Anarchy.` df

POST David G., JOHNSON David R., « Law and Borders: The Rise of Law in Cybers` ace », *Stanford Law Review*, vol. 48, ` . 1367, 1996. htt` ://www.cli.org/X0025_LBFIN.html

POST David G., JOHNSON David R., « And How Shall the Net Be Governed? A Meditation on the Relative Virtues of Decentralized, Emergent Law », draft, 1996.
htt` ://www.cli.org/emdraft.html

POST David G., « Governing Cybers` ace », *Wayne Law Review*, vol. 43, ` . 155, 1997.

POST David G., « The 'Unsettled Paradox': The Internet, the State, and the Consent of the Governed », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 5, ` . 521, 1998.

POST David G., JOHNSON David R., « The New Civic Virtue of the Net: A Com` lex Systems Model for the Governance of Cybers` ace », in *The Emerging Internet, Annual Review of the Institute for Information Studies*, C. Firestone, ed. 1998

POST David G., « Chaos Prevailing on Every Continent": Towards a New Theory of Decentralized Decision-making in Com` lex Systems », *Chicago-Kent Law Review*, vol. 73, ` . 1055, 1998.

POST David G., « What Larry Doesn't Get: A Libertarian Res` onse to Lessig's Code and Other Laws of Cybers` ace », *Stanford Law Review* , vol. 52, ` . 1439-1459, 2000.

POST David G., EISEN Michael B., « How Long is the Coastline of the Law: Thoughts on the Fractal Nature of Legal Systems », *Journal of Legal Studies* , vol. 29, ` . 545, 2000.

POST David G., « His Na` ster's Voice », *Temple Environmental & Technology Law Journal*, vol. 20, ` . 35, 2002, re` rinted in W. Crews and A. Thierer (eds.), *Copy Fights: The Future of Intellectual Property in the Information Age*, Cato Institute, 2002, and Mots Pluriels, s` ecial edition n°18, August 2001. htt` ://www.tem` le.edu/lawschool/d` ost/HisNa` stersVoice.PDF

POST David G., « Against 'Against Cyberanarchy' -- a re` ly to Jack Goldsmith », *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 17, ` . 1363, 2002.
htt` ://www.tem` le.edu/lawschool/d` ost/Cyberanarchy.` df

POULLET Corentin, REYNAUD Pascal, « Service de la société de l'information et service de radiodiffusion télévisuelle : une frontière virtuelle au regard de la convergence des médias ? » *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°8, se` tembre 2005, ` . 58-65.

POULLET Yves, « Quelques considérations sur le droit du cyberes` ace », Académie royale belge des Sciences, 20 mars 1998, 18 ` . htt` ://www.jura.uni-sb.de/IUIL/ete98/` oulletfr.htm

POULLET Yves, « How to regulate Internet: new ` aradigms for Internet governance self-regulation : value and limits », in (coll.) *Variations sur le droit de la société de l'information*, Cahiers du Crid, vol. 20, Bruylant, 2001, 168 ` ., ` . 79-114.

POULLET Yves, « Vers la confiance : vues de Bruxelles: vers un droit euro` éen de l'Internet ? Quelques considérations sur la s` écificité de l'a` ` roche réglementaire euro` éenne du cyberes` ace (` remière ` artie) », Su` ` lément au bulletin d'actualité n° 141 du *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, novembre 2001, ` . 1-12.

POULLET Yves, « L'affaire Yahoo! Inc. ou la revanche du droit sur la technologie ? », *Juriscom.net*, janvier/mars 2001. htt` ://www.juriscom.net/uni/doc/yahoo/` oullet.htm

POULLET Yves, « Mieux sensibiliser les ` ersonnes concernées, les rendre acteurs de leur ` ro` re ` rotection », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* n°5, mai 2005.

POULLET Yves, « Les as` ects juridiques des systèmes d'information », *Lex Electronica*, vol. 10, n°3, Hiver 2005.

POUND Roscoe, « Law in Books and Law in Action », 44 *Am. L. Rev.* ` . 12-36 (1910), in FISHER William W. III, HORWITZ Morton J., REED Thomas A., *American Legal Realism*, Oxford University Press, 1993, 344 ` .

QUÉAU Phili` ` e, *Du bien commun mondial à l'âge de l'information*, Séminaire fws, Club de Rome, 01/03/1999, Poitiers. htt` ://2100.org/conf_queau1.html

RADIN Margaret Jane, WAGNER R. Polk, « The Myth of Private Ordering: Rediscovering Legal Realism in Cybers` ace », *Chicago-Kent Law Review*, vol. 73, ` . 1295, 1999. htt` ://ssrn.com/abstract=162488

RADIN Margaret Jane, « Humans, Com` uters, and Binding Commitment », *Indiana Law Journal*, vol. 75, ` . 1125-1161, 2000.

RADIN Margaret Jane, « Regulation by Contract, Regulation by Machine », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 160, `. 1-15, 2004. htt` ://ssrn.com/abstract=534042

RAVILLARD Patrick, « L'é` uisement des droits de ` ro` riété intellectuelle – la ` osition de la Communauté Euro` éenne : é` uisement communautaire ou international ? », *RIPIA*, 1999, n°197, ` . 48-58.

RAYNARD Jean, « Pro` riétés incor` orelles, un ` luriel bien singulier », in *Mélanges Burst J.-J*, Litec 1997, ` . 528.

REICHMAN Jerome H., UHLIR Paul F., « A Contractually Reconstructed Research Commons for Scientific Data in a Highly Protectionist Intellectual Pro` erty Environment », *Duke Law & Contemporary Problems* 66, Winter/S` ring 2003, ` . 315-462. htt` ://e` rints.law.duke.edu/archive/00001515/

REIDENBERG Joel R., « Governing Networks and Cybers` ace Rule-Making », *Emory Law Journal*, vol. 45, ` . 911, 1996.

REIDENBERG Joel R., « Lex Informatica : the formulation of information ` olicy rules through technology », *Texas Law Review*, vol. 76, n°3, 1998, ` . 553-584.

REINBOTHE J., M., MARTIN-PRATT, von LEWINSKI S., « The new WIPO treaties : a first résumé », *EIPR*, vol. 4, 1997, ` . 172.

RIALS Sté` hane, « Les standards, notions critiques du droit », in PERELMAN Chaïm, VANDER ELST Raymond (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du Centre national de recherches en logique, Bruxelles, 1984, ` . 44.

RIEDEL Eibe**,** « Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law », *European Journal of International Law*, vol. 2, n°2, 1991, ` . 58. htt` ://www.ejil.org/journal/Vol2/No2/art3.html

ROGER-GRAUX Marie Claire, « Bien ` ublic, bien ` rivé, bien commun : a` ` roche juridique, a` ` roche économique », ra` ` ort Vox Internet, *Gouvernance de l'internet. L'état de fait et l'état de droit*, juin 2005, ` . 97-107.

ROJINSKY Cyril, GRYNBAUM Vincent, « Les licences libres et le droit français », *Propriétés Intellectuelles*, juillet 2002, n°4, ` . 28-37.

ROJINSKY Cyril, « La co` ie ` rivée, ` oint d'équilibre du droit d'auteur - Observations en marge de l'arrêt de la Cour de Mont` ellier en date du 10 mars 2005, et de l'arrêt de la Cour de Paris en date du 22 avril 2005 », d'a` rès *Expertises*, n° 294, juillet 2005, ` . 255. htt` ://www.juriscom.net/documents/da20050926.` df

ROJINSKY Cyril, CANEVET Sébastien, « Et si le droit d'auteur allait tro` loin, sur internet

et ailleurs ? », *D.* 2005, n° 13, ` . 849. htt` ://www.canevet.org/article.` h` 3?id_article=33

ROSEN Lawrence, *Open Source Licensing: Software Freedom and Intellectual Property Law*, Prentice Hall, 2004, cha` ter 13 « O` en Standards », ` . 295-311
htt` ://www.rosenlaw.com/oslbook.htm

SARTOR Giovanni, « Intentional conce` ts and the legal disci` line of software agents », in PITT J. (ed.), *Open Agent Societies: Normative Specifications in Multi-Agent Systems*, 2003.
htt` ://www.cirsfid.unibo.it/~sartor/GSCirsfidOnlineMaterials/GSOnLinePublications/GSPUB2002agentsWiley.` df

SARTOR Giovanni, « Virtual Rules and Internet Law », in dir. TAEGER Ed. J., WIEBE A., *Informatik–Wirtschaft– Recht: Regulierung der Wissensgesellshaft*, ` `.561-580. Baden-Baden: Nomos, 2004.
htt` ://www.cirsfid.unibo.it/~sartor/GSCirsfidOnlineMaterials/GSOnLinePublications/GSPUBgsartor2003Kilian.` df

SARTOR Giovanni, « Fundamental Legal Conce` ts : A Teological Characterisation », 2006.
htt` ://ssrn.com/abstract=910808

SAMUELSON Pamela, GLUSHKO Robert J., « Intellectual Pro` erty Rights for Digital Library and Hy` ertext Publishing Systems: An Analysis of Xanadu », *ACM Hypertext 1991 Proceedings*, December 1991, ` `. 39-50.
htt` ://www.ischool.berkeley.edu/~glushko/glushko_files/xanadu.` df

SAMUELSON Pamela, GLUSHKO Robert J., « Intellectual Pro` erty Rights for Digital Library and Hy` ertext Publishing Systems », *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 6, ` . 237, 1993.

SAMUELSON Pamela, « Consequences of Differences in the Sco` e of Co` yright Protection on an International Scale », *Proceedings of the Forum on Information, National Policies, and International Infrastructure*, J.F.K School of Government, Harvard University, January 28-30, 1996. htt` ://ksgwww.harvard.edu/ii` /sam` a` .html

SAMUELSON Pamela, « The Co` yright Grab », *Wired* 4.01, 1996.

SAMUELSON Pamela, « Intellectual Pro` erty and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised », *Berkeley Technology Law Journal* vol. 14, ` . 519-557, 1999.

SAMUELSON Pamela, OPSAHL Kurt, « Licensing Information in the Global Information Market: Freedom of Contract Meets Public Policy », *EIPR*, vol. 21, ` . 386, Aug. 1999.
htt` ://www.sims.berkeley.edu/~` am/` a` ers/2bEIPR.` df

SAMUELSON Pamela, « Intellectual Pro` erty And The Digital Economy: Why The Anti-Circumvention Regulations Need To Be Revised », *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 14, ` . 519, 1999.

SAMUELSON Pamela, « Toward a New Politics of Intellectual Pro` erty », Presented at *World Wide Web 2002*. htt` ://www.sims.berkeley.edu/~` am/` a` ers/CACMNewPolitics3.` df

SAMUELSON Pamela, « Digital Rights Management {and, or, vs.} the Law », *Communications of the ACM*, vol. 46, n° 4, ` . 41-45, 2003.

SARDAIN Frédéric, « Le ` ublic, le consommateur et les mesures techniques de ` rotection des œuvres », *Communication Commerce électronique* n° 5, mai 2004, étude 12

SCHLACHTER Eric, « The Intellectual Pro` erty Renaissance in Cybers` ace: Why Co` yright Law Could Be Unim` ortant on the Internet », *Berkeley Technology Law Journal*, Issue 12:1, S` ring 1997.

SCHULTZ Mark F., « Co` ynorms: Co` yright and Social Norms », Se` tember 27, 2006, 43 ` . htt` ://ssrn.com/abstract=933656

SOLUM Lawrence B., CHUNG Minn, « The Layers Princi` le: Internet Architecture and the Law », *University San Diego Public Law Research Paper* n°55, 115 ` .

STASSER Mathias, « A New Paradigm in Intellectual Pro` erty Law ? The Case Against O` en Sources », 2001 *Stanford Technology Law Rev*iew 4.
htt` ://stlr.stanford.edu/STLR/Article/01_STLR_4

STEFIK Mark, « Shifting the Possible: How Trusted Systems and Digital Pro` erty Rights Challenge Us to Rethink Digital Publishing », *Berkeley Technology Law Journal*, Issue 12:1, S` ring 1997.

STROWEL Alain, « Droit d'auteur et accès à l'information : de quelques malentendus et vrais ` roblèmes à travers l'histoire et les dévelo` ` ements récents », *Cahiers du CRID*, n°18, Bruylant, Bruxelles, 2000, ` . 21.

THOUMYRE Lionel, « A` ` roche contractuelle de l'édition d'oeuvres littéraires sur Internet », *Cahiers du CRID*, n°16, Bruylant, Bruxelles, novembre 1999, ` . 51-64.

THOUMYRE Lionel, « L'échange des consentements dans le commerce électronique », *Lex Electronica*, Vol. 5, n°1, 1999. htt` ://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thoumfr.htm

THOUMYRE Lionel, « Les faces cachées de la décision du Conseil Constitutionnel sur la loi DADVSI », *RLDI*, octobre 2006 n° 20, ` . 6 et s.

TORREMANS Paul L. C., « Le droit d'auteur en tant que droit de l'Homme », *Propriétés Intellectuelles*, n°23, avril 2007.

TRUDEL Pierre, « Les mesures de censure sont une mauvaise façon de réguler les conflits engendrés `ar la circulation de l'information », Consultation internationale sur les im`lications de l'affaire Yahoo! Inc., entrevues organisées `ar Lionel THOUMYRE, *Juriscom.net*, janvier/mars 2001. htt`://www.juriscom.net/uni/doc/yahoo/trudel.htm

VIVANT Michel, « Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? », *RIDA* n° 174, octobre 1997.

TROTTER Hardy I., « Contracts, co`yright and `reem`tion in a digital world », *Richmond Journal of Law & Technology*, vol. 1, `. 2, 1995. htt`://www.urich.edu/~jolt/v1i1/hardy.html

TRUDEL Pierre, « Quel droit `our la cyber`resse ? », *Legipresse*, 1996, n°129 II, `. 9.

TRUDEL Pierre, « Le rôle de la loi, de la déontologie et des décisions judiciaires dans l'articulation du droit à la vie `rivée et de la liberté de la `resse », in TRUDEL Pierre (dir.), *Droit du public à l'information et vie privée : deux droits irréconciliables ?*, Thémis, 1991, `. 181-202. htt`s://`a`yrus.bib.umontreal.ca/ds`ace/bitstream/1866/59/1/0006.`df.

TUNC André, « Droit », *Encyclopaedia Universalis*, c. 7, 2002, `. 599-600.

VERMEYS Nicolas, « Les click wra` aux oubliettes ? L'affaire As`encer1.com c/ Paysystems Cor`oration », *Juriscom.net*, 2005. htt`://www.juriscom.net/actu/visu.`h`?ID=708

VILLEY Michel, « Préface historique à l'étude des notions de contrat », *Archives de philosophie du droit*, tome XIII, Sirey, 1968, `. 1.

VINJE Th., « The new WIPO treaties : a ha``y result in Geneva », *EIPR* 1997/5, `. 232.

VINJE Th., « A brave new world of technical `rotection systems : will there still be room for co`yright ? », *EIPR*, 1996/8, `. 431.

VINJE Th., « Co`yright In`erilled », *EIPR*, 1999/4, `. 197.

VIVANT Michel, « Pour une com`réhension nouvelle de la notion de courte citation en droit d'auteur », *JCP* 1989, I, 3372.

VIVANT Michel, « Le contrat dit de shrink-wra` license », *Cah. Lamy Informatique*, nov. 1989, `. 3.

VIVANT Michel, « L'informatique dans la théorie générale du contrat », *Rec. Dall.* 1994 Chr. `. 117.

VIVANT Michel, « Pour une é`ure de la `ro`riété intellectuelle » *Propriétés intellectuelles, Mélanges A. Françon*, Dalloz, 1995, `. 415.

VIVANT Michel, *Internet et modes de régulation*, ra` ` ort au colloque de Namur sur l'Internet 1996, Cahiers du CRID, 1997.

VIVANT Michel, « L'irrésistible ascention des ` ro` riétés intellectuelles ? », in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, ` . 441.

VIVANT Michel, « L'immatériel, nouvelle frontière ` our un nouveau millénaire », *D.*, édition générale, I, ` . 193, 2000.

VIVANT Michel, VERCKEN Gilles, « Co` ie ` rivée et mesures de ` rotection techniques : un équilibre encore à trouver », *Légipresse*, décembre 2005, n° 227, ` . 233-246

VIVANT Michel et al., « Modalités ` articulières : « licence sous ` lastique », *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, 2006, n°852.

VIVANT Michel, « Et donc la ` ro` riété littéraire et artistique est une ` ro` riété… », *Propriétés Intellectuelles*, n°23, avril 2007.

WAELDE Charlotte, « The Quest for Access in the Digital Era: Co` yright and the Internet », *Journal of Information, Law and Technology* (JILT) issue 1, 2001.
htt` ://elj.warwick.ac.uk/jilt/01-1/waelde.html

WOËHLING Sandra, « Position de l'UFC Que Choisir sur la co` ie ` rivée », *Comm. com. électr*. 2005, n°7-8, étude 27, ` . 18-19.

WEBER Rolf H., « Does Intellectual Pro` erty Become Unim` ortant in Cybers` ace? », *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 9, n°2, 2001, ` . 171-185.

ZITTRAIN Jonathan L., « Internet Points of Control », *Boston College Law Review*, vol. 43, n°1, 2003, 36 ` . htt` ://cyber.law.harvard.edu/home/u` loads/202/2003-01.` df

Articles non juridiques

AICHROTH Patrick, HASSELBACH Jens, « Incentive Management for Virtual Goods - About Co` yright and Creative Production in the Digital Domain », *Proceedings of the 2003 International Workshop for Technology, Economy, Social and Legal Aspects of Virtual Goods*. htt` ://virtualgoods.tu-ilmenau.de/2003/incentive_management.` df

ALBINI Steve « The Problem With Music », *Maximum RocknRoll*, n°133, 1993.
htt` ://www.negativland.com/albini.html

ARMSTRONG Chris. « Metadata, PICS and Quality », *Ariadne Magazine*, mai 1997.
htt` ://www.ariadne.ac.uk/issue9/` ics/

BACHIMONT Bruno, « Le numérique comme contenu ` rogrammable : conséquences ` our les œuvres de l'es` rit », *Les dossiers de l'audiovisuel* n° 89, janvier-février 2000 : Internet et audiovisuel au-delà de la convergence.
htt` ://www.ina.fr/` roduits/` ublications/da/89/articles/numerique.light.fr.html

BACHIMONT Bruno, TRONCY Ra` haël, ISAAC Antoine, « Semantic commitment for designing ontologies : a ` ro` osal », in GOMEZ-PEREZ Asuncion, BENJAMINS Richard V. (eds.), *Proceedings of the 13th International Conference on Knowledge Engineering and Knowledge Management*, EKAW'2002, Sigüenza, S` ain, October, 1-4 2002, vol. LNAI 2473, S` ringer Verlag, 2002, ` . 114-121.
htt` ://home` ages.cwi.nl/~troncy/DOE/` a` ers/ekaw-2002-BachimontIsaacTroncy.` df

BAUMANN Ste` han, DULONG de ROSNAY Melanie, « Music Life Cycle Su` ` ort through Ontologies », in *Proceedings of the 17th International FLAIRS Conference*, (FLAIRS 2004, Miami Beach, United States, May 2004), American Association for Artificial Intelligence Press, 2004.

BENJAMINS Richard V., CASANOVAS Pom` eu, BREUKER Joost, GANGEMI Aldo, « Law and the Semantic Web, an Introduction », ` . 1-17 in BENJAMINS Richard V., CASANOVAS Pom` eu, BREUKER Joost, GANGEMI Aldo (eds), *Law and the Semantic Web*, S` ringer, Lecture Notes in Artificial Intelligence 3369, Berlin, 2005, 249 ` .

BEAUVALLET Godefroy, FLICHY Patrice, RONAI Maurice, « Incor` orer la ` rotection de la vie ` rivée dans les systèmes d'information, une alternative à la régulation ` ar la loi ou ` ar le marché », *Terminal*, n° 88, 2002, ` . 85-107.

BENOIT Anne-Marie, « Archives ouvertes : a` ` roches juridiques », in AUBRY Christine, JANIK Joanna (dir.) , *Les Archives Ouvertes : enjeux et pratiques*. Guide à l'usage des ` rofessionnels de l'information, CNRS, 2005, 332 ` .

BENTLEY Nicholas, « Managing Co` yright in a Digital World – an Introduction to the contributions model and the Rights Office System », *Indicare*, August 2005.

BERRY David M., MOSS Giles, « The ` olitics of the libre commons », *First Monday*, volume 11, number 9, Se` tember 2006.
htt` ://firstmonday.org/issues/issue11_9/berry/index.html

BOCHEREAU Laurent, BOURCIER Danièle, BOURGINE Paul, « Extracting legal knowledge by means of a multilayer neural network a` ` lication to munici` al juris` rudence », *Proceedings of the 3rd International Conference on Artificial Intelligence and Law* (ICAIL 1991), ACM Press, New York, 1991, ` . 288-296.

BOELLA Guido, VAN DER TORRE Leendert, « Permissions and Authorizations in Normative Multiagent Systems », in *Proceedings of the 10th International Conference on Artificial Intelligence and Law* (ICAIL 2005), Bologna, Italy, June 2005, ACM Press, N.Y. 2005, ` . 236-237.

BORGES Fili` e, BOURCIER Danièle, ANDREEWSKY Evelyne, BORGES Raoul, « Conce` tion of Cognitive Interfaces for Legal Knowledge. Evolution of the JURISQUE Project on the Risks of Avalanches », *Proceedings of the Eighth International Conference on Artificial Intelligence and Law*, (ICAIL 2001), May 21-25, 2001, St. Louis, ACM Press, ` . 231-232.

BORGES Fili` e, BORGES Raoul, BOURCIER Danièle, « Artificial neural networks and legal categorization », in *Legal Knowledge and information systems. Jurix 2003* : The sixteenth annual conference, Bourcier Danièle (ed), Amsterdam: IOS Press, 2003, ` . 11-20.

BORRAZ Olivier, « Governing Standards: The Rise of Standardization Processes in France and in the EU », *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, vol. 20, n°1, January 2007, ` . 57-84.

BOURCIER Danièle, « About intelligence in legal information systems. From com` utational linguistics to ex` ert systems », in WALTER Charles (ed.), *Computing Power and Legal Reasoning*, West Publising, St Paul, 1985.

BOURCIER Danièle, « The ex` ert system BRUITLOG and the MAIRILOG ` roject », in SNELLEN Ignace Th. M., van de DONK W.B.H.J., BASQUIAT J.P. (ed.), *Expert Systems in Public Administration*, Elsevier Science, North Holland, 1989, ` . 79.

BOURCIER Danièle, DULONG de ROSNAY Melanie, LEGRAND Jacky, « Methodological Pers` ectives for Legal Ontologies Building: an Interdisci` linary Ex` erience », in *Proceedings of the 10th International Conference on Artificial Intelligence and Law* (ICAIL 2005, Bologna, Italy, June 2005), ACM Press, N.Y., 2005, ` . 240-241.

BOURCIER Danièle, DULONG de ROSNAY Mélanie, LEGRAND Jacky, « Susciter la construction interdisci` linaire d'ontologies juridiques : bilan d'une ex` érience », *Semaine de la Connaissance, journée Ontologies et textes juridiques*, Nantes, 30 juin 2006.

BOURIGAULT Didier, « U` ery : un outil d'analyse distributionnelle étendue ` our la construction d'ontologies à ` artir de cor` us », *Actes de la 9ème conférence annuelle sur le Traitement Automatique des Langues* (TALN 2002), Nancy, 2002, ` . 75-84.

BOURIGAULT Didier, LAME Guiraude, « Analyse distributionnelle et structuration de terminologie. A` ` lication à la construction d'une ontologie documentaire du Droit », *TAL*, 43-1, 2002.

BURGWINKEL Daniel, « Electronic Contracting in cross-media environments », « Toward a Conce` tual Framework for Digital Contract Com` osition and Fulfillment », *Proceedings of the 2003 International Workshop for Technology, Economy, Social and Legal Aspects of Virtual Goods*. htt` ://VirtualGoods.tu-ilmenau.de/2003/

CASTORIADIS Cornélius, « Technique », *Encyclopaedia Universalis*, c. 22, 2002, ` . 208-

214.

CHARTRON Ghislaine, NOYER Jean-Max, « Introduction », *Revue Solaris*, n°6, Normes et documents numériques: quels changements?, décembre 1999-janvier 2000.

CHAZAL Gérard, « Internet : interface baroque », in Parrochia Daniel (dir.), *Penser les réseaux*, Cham` Vallon, collection milieux, 2001, ` . 54-66.

CHIARIGLIONE Leonardo, « O` en Source in MPEG », *Linux Journal*, 2001/03. htt` ://www.chiariglione.org/leonardo/` ublications/linux/linux00.htm

CRAVER Scott A., McGREGOR John R, WU Min, LIU Bede, STUBBLEFIELD Adam, SWARTZLANDER Ben, WALLACH Dan S., DEAN Drew, FELTEN Edward W. « Reading Between the Lines: Lessons from the SDMI Challenge », *Proceedings of the Fourth International Information Hiding Workshop*, Pittsburgh, A` ril 25-27, 2001. htt` ://www.cs.` rinceton.edu/si` /sdmi/

COYLE Karen, « The "Rights" in Digital Rights Management », *D-Lib Magazine*, Se` tember 2004, Vol. 10 No. 9. htt` ://www.dlib.org/dlib/se` tember04/coyle/09coyle.html

CRONIN Charles, « Music Plagiarism Multimedia Project at Columbia Law School Library », *Proceedings of the Second International Conference on WEB Delivering of Music* (WEDELMUSIC'02), Los Alamitos, IEEE Com` uter Society, ` . 133-139.

DAVID Paul, « The Hero and the Herd in Technological History : Reflections on Thomas Edison and the Battle of the Systems », in HIGONNET Patrice, LANDES David, ROVOSKY H. (ed.), *Favorite of Fortune. Technology Growth and Economic Development since the Industrial Revolution*, Harvard University Press, 1991, ` . 72-119.

DELGADO Jaime, GALLEGO Isabel, GARCÍA Roberto, Gil Rosa, « IPROnto », ` oster, *International Semantic Web Conference* (ISWC) 2002.

DELGADO Jaime, GALLEGO Isabel, « Standardisation of the management of Intellectual Pro` erty Rights in multimedia content », *Proceedings of the Second International Conference on Web Delivery of Music*, IEEE Com` uter Society, 2002, ` . 125-132.

DELGADO Jaime, GALLEGO Isabel, LLORENTE Silvia, GARCÍA Roberto, « Regulatory Ontologies: An Intellectual Pro` erty Rights a` ` roach », Worksho` on Regulatory Ontologies and the Modeling of Com` laint Regulations, WORM CoRe 2003, *Lecture Notes in Computer Science*, Vol. 2889, S` ringer-Verlag, 2003, ` . 621-634.

DELGADO Jaime, GALLEGO Isabel, LLORENTE Silvia, GARCÍA Roberto, « IPROnto: An Ontology for Digital Rights Management », in BOURCIER Danièle (ed.), *16th Annual Conference on Legal Knowledge and Information Systems*, JURIX 2003, Frontiers in Artificial Intelligence and A` ` lications, vol. 106, IOS Press, Amsterdam, 2003, ` . 111-120.

de ROSNAY Joël, « La société de l'information », in PARROCHIA Daniel (dir.), *Penser les réseaux*, Cham` Vallon, collection milieux, 2001, ` . 35-48.

DULONG de ROSNAY Melanie, « Digital Right Management Systems Toward Euro` ean Law : Between Co` yright Protection and Access Control », *Proceedings of the International Conference on Web Delivering of Music*, Darmstadt, Germany, 9-11 december 2002, IEEE Com` uter Society Press, 2002, ` ` . 117-124.

DULONG de ROSNAY Mélanie, « Cognitive Interfaces for Legal Ex` ression Descri` tion – A` ` lication to Co` yrighted Works Online Sharing and Transaction », in Bourcier Danièle (ed.), *16th Annual Conference on Legal Knowledge and Information Systems*, JURIX 2003, Frontiers in Artificial Intelligence and A` ` lications, vol. 106, IOS Press, Amsterdam, 2003, ` . 121-130.

DULONG de ROSNAY Melanie, « Creative Commons: O` en Content Licenses to Govern Creative Works», in *Upgrade, European Journal for the Informatics Professional*, vol. VII, n°3, june 2006, ` . 38-40.

DULONG de ROSNAY Melanie, « An Action-Based Legal Model for Dynamic Digital Rights Ex` ression », in VAN ENGERS Tom (ed), *19th Annual Conference on Legal Knowledge and Information Systems*, JURIX 2006, Frontiers in Artificial Intelligence and A` ` lications, IOS Press, Amsterdam, 2006, ` . 157-162.

FELTEN Edward W. « A ske` tical view of DRM and fair use », *Communications of the ACM*, vol. 46, n° 4, A` ril 2003, ` . 56-59.

FOX Barbara, « Fair Use Friendly DRM? », Draft from *Computers, Freedom, and Privacy Conference*, A` ril 2002. htt` ://www.cf` 2002.org/fairuse/fox.` df

FOX Barbara L., LaMACCHIA Brian, « Encouraging Recognition of Fair Uses in DRM Systems », *Communications of the ACM*, vol. 46, n°4, A` ril 2003, ` . 61-63.

GALLEGO Isabel, DELGADO Jaime, GARCÍA Roberto, « Use of Mobile Agents for IPR Management and Negotiation », *Mobile Agents for Telecommunication Applications*, MATA 2000 Conference Proceedings, Lecture Notes in Com` uter Science, vol. 1931, S` ringer, 2000, 205-213.

GANGEMI Aldo, PRISCO Alessandra, SAGRI Maria-Teresa, STEVE Geri, TISCORNIA Daniela « Some Ontological Tools to Su` ` ort Legal Regulatory Com` liance, with a Case Study », *Lecture notes in computer science (LNCS)*, vol. 2889, Proceedings of Worksho` on Regulatory Ontologies and the Modeling of Com` laint Regulations (WORM CoRe 2003), ` art of the International Federated Conferences (OTM'03), Catania, Italy, November 4, 2003, S` ringer, ` . 607-620.

GRIMM Rüdiger, NÜTZEL Jürgen, « Peer-to-Peer Music-Sharing with Profit but Without Co` y Protection », *Proceedings of the Wedelmusic Conference 2002,* Darmstadt, Germany,

December 9-11.
htt` ://www.4friendsonly.org/` a` ers/Wedelmusic02_010_Nuetzel.` df

GRUBER Thomas R., « A Translation A` ` roach to Portable Ontology S` ecifications », *Knowledge Acquisition*, 5(2), 1993, ` ` . 199-220. htt` ://tomgruber.org/writing/ontolingua-kaj-1993.htm, « Towards Princi` les for the Design of Ontologies Used for Knowledge Sharing », International Worksho` on formal Ontology in Conce` tual Analysis and Knowledge Re` resentation, Padova, LADSEB-CNR Int Re` , 1993.

GRUBER Thomas R., « Toward ` rinci` les for the design of ontologies used for knowledge sharing », originally in GUARINO Nicola, POLI R. (eds.), International Worksho` on Formal Ontology, Padova, Italy, revised August 1993, ` ublished in *International Journal of Human-Computer Studies*, vol. 43, Issue 5-6 Nov./Dec. 1995, ` . 907-928, s` ecial issue on the role of formal ontology in the information technology. htt` ://tomgruber.org/writing/onto-design.htm

GRUBER Thomas, « Folksonomy of Ontology: A Mash-u` of A` ` les and Oranges », *First on-Line conference on Metadata and Semantics Research*, MTSR'05, 2005.
htt` ://tomgruber.org/writing/mtsr05-ontology-of-folksonomy.htm

GUARINO Nicola, « Formal Ontology in Information Systems », in Guarino Nicola (ed.), *Formal Ontology in Information Systems*. Proceedings of FOIS'98, Trento, Italy, June 6-8, 1998. IOS Press, Amsterdam, ` . 3-15. htt` ://www.loa-cnr.it/Pa` ers/FOIS98.` df

GUTH Susanne, NEUMANN Gustaf, STREMBECK Mark, « Toward a Conce` tual Framework for Digital Contract Com` osition and Fulfillment », *Proceedings of the 2003 International Workshop for Technology, Economy, Social and Legal Aspects of Virtual Goods*. htt` ://VirtualGoods.tu-ilmenau.de/2003/

GUTH Susanne, IANELLA Renato, « Critical review of MPEG LA software ` atent claims », *Indicare*, 23/03/2005. htt` ://www.indicare.org/tiki-read_article.` h` ?articleId=90

HARDIN Garrett, « The Tragedy of the Commons », *Science*, vol. 162, 1968, ` . 1243-1248. htt` ://dieoff.org/` age95.htm

HASSELBRING Wilhelm, « The Role of Standards for Intero` erating Information Systems », in JAKOBS Kai (ed.), *Information Technology Standards and Standardization: A Global Perspective*, Idea Grou` Publishing, Hershey USA/London UK, 2000, ` . 116-130.

HAWKINS Richard W., « Standards-making as technological di` lomacy: assessing objectives and methodologies in standards institutions », in HAWKINS Richard, MANSELL Robin, SKEA Jim, *Standards, Innovation and Competitiveness. The Politics and Economics of Standards in Natural and Technical Environments*, Edward Elgar, Aldershot UK/Brookfield US, 1995, ` . 147-158.

HAWKINS Richard, « Vers une évolution ou vers une dis` arition de la « démocratie technique » ? L'avenir de la normalisation dans le domaine des technologies de l'information

et de la communication », *Réseaux*, vol. 18, n° 102, La fabrication des normes, 2000, ` . 118-137.

HIETANEN Herkko, DULONG de ROSNAY Melanie, « Legal Metadata for Semantic Web A` ` lications: Case Creative Commons », *Symposium on Digital Semantic Content across Cultures*, Paris, the Louvre, May 2006. htt` ://www.seco.tkk.fi/events/2006/2006-05-04-websemantique/` resentations/

HUNTER Jane, « Rights Marku` Extensions for the Protection of Indigenous Knowledge », Global Communities Track, *WWW'2002*, Honolulu, May 2002. htt` ://archive.dstc.edu.au/IRM_` roject/` a` er.` df

HUNTER Jane, « Enhancing the Semantic Intero` erability of Multimedia through a Core Ontology », *IEEE Transactions on Circuits and Systems for Video Technology*, S` ecial Issue on Conce` tual and Dynamical As` ects of Multimedia Content Descri` tion, Feb 2003. htt` ://www.itee.uq.edu.au/~jane/jane-hunter/events/final_` a` er.` df

HUNTER Jane, « Working Towards MetaUto` ia - A Survey of Current Metadata Research », *Library Trends, Organizing the Internet*, Torok Andrew (ed.), vol. 52, issue 2, Fall 2003. htt` ://www.itee.uq.edu.au/~jane/jane-hunter/LibTrends_` a` er.` df

JULLIEN Nicolas, ZIMMERMANN Jean-Benoît, « Le logiciel libre : une nouvelle a` ` roche de la ` ro` riété intellectuelle », *Revue d'économie industrielle* n° 99, Les droits de la ` ro` riété intellectuelle : nouveaux domaines, nouveaux enjeux, 2ème trimestre 2002. htt` ://rei.revues.org/document9.html

KALINOWSKI Georges, « La logique des normes », in Bourcier Danièle, *Ordre juridique et ordre technologiqu*e, Cahiers S.T.S. Science-Technologie-Société, CNRS, 1986, ` . 27-35.

KERCKHOFFS Auguste, « La cry` togra` hie militaire », *Journal des sciences militaires*, vol. IX, ` . 5-38, Janvier 1883, ` . 161-191, Février 1883.
htt` ://www.` etitcolas.net/fabien/kerckhoffs/

KORBA Larry, KENNY Steve, « Towards Meeting the Privacy Challenge: Ada` ting DRM », in FEIGENBAUM Joan, (ed.), *Proceedings of the 2002 ACM Workshop on Digital Rights Management*, Lecture Notes in Com` uter Science, Vol. 2696, S` ringer-Verlag Publishing, ` . 118-136, 2004.

LE CROSNIER Hervé, « Architecture informatique et économie du document numérique : deux questions étroitement liées », in CHARTRON Ghislaine, BROUDOUX Evelyne (dir.), *Document numérique et société. Actes de la conférence DocSoc - 2006 Semaine du document numérique*, ADBS éditions, 2006, ` . 29-42.

McNAMARA Paul, « Deontic Logic », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, S` ring 2006 Edition, ZALTA Edward N. (ed.).
htt` ://` lato.stanford.edu/archives/s` r2006/entries/logic-deontic

MÄHÖNEN Petri, « The Standardisation Process in IT – Too Slow or Too Fast » in JAKOBS Kai (ed.), *Information Technology Standards and Standardization: A Global Perspective*, Idea Grou` Publishing, Hershey USA/London UK, 2000, ` . 35-47.

MAUREL Lionel, « Creative Commons en bibliothèque. Vers une alternative juridique ? », *Bulletin des Bibliothèques de France* (*BBF*) t. 52, n° 4, 2007.

MAUREL Lionel, « Panorama des métadonnées juridiques et de leurs a` `lications en bibliothèque numérique », *ArchiveSic*, 2007. htt` ://archivesic.ccsd.cnrs.fr/sic_00130222/en/

MBO'O Ida Michèle Francine, CECERE Grazia, « Les DRMs ` ourraient-ils être des outils de régulation fiables ? » in CHARTRON Ghislaine, BROUDOUX Evelyne (dir.), *Document numérique et société. Actes de la conférence DocSoc - 2006 Semaine du document numérique*, ADBS éditions, 2006, ` . 15-28.

McGUINNESS Deborah L., « Conce` tual Modeling for Distributed Ontology Environments » in *Proceedings of the Eighth International Conference on Conceptual Structures Logical, Linguistic, and Computational Issues* (ICCS 2000), August 14-18, 2000, Darmstadt, Germany. htt` ://www.ksl.stanford.edu/` eo` le/dlm/` a` ers/iccs00-abstract.html

MESSERGES T.S., DABBISH E.A., « Digital Rights Management in a 3G Mobile Phone and Beyond », *Proceedings of the 2003 ACM Workshop On Digital Rights Management*, 2003, ` . 27-38

MITRAKAS Andreas, « *Towards the development of selection criteria for the regulation of EDI* », in: J.C. HAGE, T.J.M. BENCH-CAPON, M.J. COHEN, H.J. van den HERIK (eds.), *Legal knowledge based systems JURIX '95: Telecommunication and AI & Law*, Lelystad: Koninklijke Vermande, 1995, ` . 33-42. htt` ://www.jurix.nl/` df/j95-05.` df

MOULIER-BOUTANG Yann, « La revanche des externalités. Globalisation des économies, externalités, mobilité, transformation de l'économie et de l'intervention ` ublique », *Multitudes*, se` tembre 1997.

MOULIER-BOUTANG Yann, « Richesse, ` ro` riété, liberté et revenu dans le « ca` italisme cognitif », mars 2000.. (d'a` rès l'auteur : Cet article ` uise largement dans un ` a` ier « Ca` italisme cognitif et revenu : réflexions sur un débat » ` résenté à la 3ème journée d'étude d'histoire économique « Transformations de la division du travail et nouvelles régulations », 22 mars 2000, organisé ` ar l'unité Innovation, Systèmes, stratégie ISYS du Matisse URM 85-95 Université de Paris I-CNRS.
htt` ://www.freesca` e.eu.org/biblio/article.` h` 3?id_article=73#nh8

MOULIER-BOUTANG Yann, « L'autre globalisation : le revenu d'existence inconditionnel, individuel et substantiel », *Multitudes* n°8, mars-avril 2002.
htt` ://multitudes.samizdat.net/rubrique20.html

MOULIER-BOUTANG Yann, « Les nouveaux enjeux de la `ro`riété intellectuelle dans le ca`italisme actuel », *Multitudes*, 2004. htt`://multitudes.samizdat.net/article1427.html

MULLIGAN Deirdre, BURSTEIN Aaron, « Im`lementing Co`yright Limitations in Rights Ex`ression Languages », in FEIGENBAUM Joan, (ed.), *Proceedings of the 2002 ACM Workshop on Digital Rights Management*, Lecture Notes in Com`uter Science, Vol. 2696, S`ringer-Verlag Publishing, 2004, `. 137-154.

NADAH Nadia, DULONG de ROSNAY Melanie, BACHIMONT Bruno, « Licensing Digital Content With A Generic Ontology: Esca`ing From The Rights Ex`ression Language Jungle », *Proceedings of the 11th International Conference on Artificial Intelligence and Law* (ICAIL 2007), Stanford University, Palo Alto, USA, June 2007, ACM Press, `. 65-69.

NELSON Theodor Holm, « Com`lex information `rocessing: A File Structure for the Com`lex, the Changing and the indeterminate », in *Proceedings of the ACM 20th National Conference*, 1965, `. 94-100.

NICOLESCU Basarab, « Le Cyber-Es`ace-Tem`s et l'imaginaire visionnaire », in PARROCHIA Daniel (dir.), *Penser les réseaux*, Cham` Vallon, collection milieux, 2001, `. 49-54.

OSTROM Elinor, BURGER Joanna, FIELD Christo`her B., NORGAARD Richard B., POLICANSKY David, « Revisiting the Commons: Local Lessons, Global Challenges », *Science*, 9 A`ril 1999, vol. 284, n°5412, `. 278-282.
htt`://www.sciencemag.org/cgi/content/abstract/284/5412/278

PASKIN Norman, « On Making and Identifying a "Co`y" », *D-Lib Magazine*, January 2003, vol. 9, n°1. htt`://www.dlib.org/dlib/january03/`askin/01`askin.html

PERRITT Henry H., « Knowbots, Permissions Headers and Contract Law », *Proceedings of the Technological Strategies for Protecting Intellectual Property in the Networked Multimedia Environment Conference*, A`ril 2-3, 1993.
htt`://www.ifla.org/documents/info`ol/co`yright/`erh2.txt

PEETERS Geoffroy, « Indexation et accès au contenu musical », *Les Nouveaux Dossiers de l'Audiovisuel* nº 3, Son et image : les nouvelles `istes, février - mars 2005, INA. htt`://www.ina.fr/`roduits/`ublications/nouveaux_da/3/annexes/`eeters.fr.html

PETERSON Elaine, « Beneath the Metadata. Some Philoso`hical Problems with Folksonomy », *D-Lib Magazine*, vol. 12, n°11, november 2006.
htt`://dlib.ukoln.ac.uk/dlib/november06/`eterson/11`eterson.html

RADA Roy, « Consensus Versus S`eed », in JAKOBS Kai (ed.), *Information Technology Standards and Standardization: A Global Perspective*, Idea Grou` Publishing, Hershey USA/London UK, 2000, `. 19-34.

RESNICK Paul, MILLER Jim « PICS: Internet Access Controls Without Censorshi` », *Communications of the ACM*, 1996, vol. 39 (10), ` . 87-93.
htt` ://www.w3.org/PICS/iacwcv2.htm

RISSLAND Edwina L., ASHLEY Kevin D., LOUI Ron P., « AI and Law: A fruitful synergy », *Artificial Intelligence*, vol. 150, s` ecial issue on AI & Law, n°1-2, 2003, ` . 1-15.

ROCHE Christo` he, « Terminologie & ontologie », *Langages*, n° 157, Larousse, mars 2005.

ROUSSEAUX Francis, « La notion d'oeuvre à l'heure de la musique "en ligne" : comment concevoir la nécessaire médiation des affinités électives ? », in JIMENEZ Marc (dir.), *La critique : le rapport à l'oeuvre*, Université des Arts vol. 3, Klincksieck Editions, 2002.

ROUSSEAUX Francis, « Knowledge Discovery as A` ` lied to Music: Will Music Retrieval Over the Web Revolutionize Musicology? », *Proceedings of the 5th International Conference on Discovery Science*, Lübeck (Germany), 24-26 November 2002.

ROUSSEAUX Francis, « La simulation informatisée - Informatique et simulation », *Singularités à l'œuvre,* vol.1, Delatour, 2006, ` . 173-204.

SALTZER Jerome H., REED David P., CLARK David D., « End-to-end arguments in system design », *ACM Transactions on Computer Systems* 2, 4, November 1984, ` . 277-288.
htt` ://www.reed.com/Pa` ers/EndtoEnd.html

SANDER Tomas, GARNETT Nic, « What DRM can and cannot do… and what it is or isn't doing today », *12th Conference on Computers, Freedom and Privacy*, San Francisco, a` ril 2002. htt` ://www.cf` 2002.org/fairuse/garnett.` df

SOBEL Lionel S., « DRM as an Enabler of Business Models: ISPs as Digital Retailers », 18 *Berkeley Technology Law Journal*, 2003.
htt` s://www.law.berkeley.edu/institutes/bclt/drm/` a` ers/sobel-drm-btlj2%003.` df

STALLMAN Richard, « The Right to Read », *Communications of the ACM*, February 1997, vol. 40, n° 2, mise à jour en 2002. htt` ://www.gnu.org/` hiloso` hy/right-to-read.html

STEFIK Mark, SILVERMAN Alexander « The Bit and the Pendulum: Balancing the Interests of Stakeholders in Digital Publishing », *American Programmer*, Se` tember 1997, ` . 18-35, also ` ublished in *The Computer Lawyer*, vol. 16, n°1, ` . 1-15, January 1999.

TYRVÄINEN Pasi, « Conce` ts and a Design for Fair Use and Privacy in DRM », *D-Lib Magazine*, vol. 11, n° 2, February 2005.
htt` ://www.dlib.org/dlib/february05/tyrvainen/02tyrvainen.html

VALENTE Andre, BREUKER Joost, « A functional ontology of law », in BERGELLINI Gabriella, BINAZZI Simona (ed.), *Toward a Global Expert System in Law*, CEDAM, Padova, Italy, 1994, ` . 201-212.

van SCHEWICK Barbara, « Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation », *33rd Research Conference on Communication, Information and Internet Policy* (TPRC 2005), extended version in *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, vol. 5, 2007. htt` ://ssrn.com/abstract=812991

VILLECCO BETTELLI, Alessandra, « The Protection of Co` yright in P2P Agent-Based A` ` lications » in: *The Law and Electronic Agents: Proceedings of the LEA 04 workshop*, ` . 185-195, 2004. htt` ://www.lea-online.net/

VON WRIGHT Georg Henrik, « The Foundation of Norms and Normative Statements, *Philosophical Papers*, Blackwell, Oxford, 1983, ` . 67-82.

VON WRIGHT Georg Henrik, « La fondation des normes et des énoncés normatifs », in Bourcier Danièle, *Ordre juridique et ordre technologiqu*e, Cahiers S.T.S. Science-Technologie-Société, CNRS, 1986, ` . 10-26.

WINN Jane K., « The Im` act of XML on Contract Law and Contract Litigation », *Proceedings of the XML 2005 Conference*.
htt` ://www.idealliance.org/` roceedings/xml05/shi` /115/contract_litigation.HTML

Yankee Grou` (ed.), GOODMAN Mike, JAQUITH Andre, MARTIN Joshua, « Kill DRM, Vol. I: EMI's Move Underscores the Power of the Anywhere Consumer. Why digital rights management (DRM) software must go », *Market Intelligence*, A` ril 2007.
htt` ://www.yankeegrou` .com/research/downloads/KillDRMVol1.` df

Ra` ` orts et études

Actes du séminaire de recherche *Les enjeux juridiques des normes techniques*, 1995, Conseil d'Etat.

BARKER Ed, DUNCAN Charles, GUADAMUZ Andres, HATCHER Jordan, WAELDE Charlotte, *The Common Information Environment and Creative Commons. Final Report to the Common Information Environment Members of a study on the applicability of Creative Commons Licences*, 10 October 2005, 39 ` .
htt` ://www.intrallect.com/cie-study/CIE_CC_Final_Re` ort.` df

BENABOU Valérie-Laure, FARCHY Joëlle, BOTTEGHI Damien (éd.), Ra` ` ort de la Commission S` écialisée sur la Mise à Dis` osition Ouverte des Œuvres, Conseil Su` érieur de la Pro` riété Littéraire et Artistique, Ministère de la Culture, 2007, 66 ` .
htt` ://www.culture.gouv.fr/culture/cs` la/index-cs` la.htm

Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School, O` en ePolicy Grou` , *Roadmap for Open ICT Ecosystems*, 2006, 45 ` .

htt` ://www.a` di` .net/resources/` olicies-legislation/guide/Berkman-Roadma` 4O` enICTEcosystems.` df

BERTHOD Michel, *Rapport sur l'exploitation cinématographique dite non commerciale*, Ministère de la Culture et de la Communication, juin 2005, 40 ` .
htt` ://lesra` ` orts.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000019/0000.` df

BERTRAND Edmond, CATALA Pierre, MEHL Lucien, *Constitution et exploitation informatique d'un ensemble documentaire en droit*, Ra` ` ort de synthèse de l'action thématique ` rogrammée « Informatique juridique a` ` liquée au droit de l'urbanisme et de la construction », CNRS, 1974, 124 ` .

BLOCHE Patrick, *Le désir de France*, Ra` ` ort au Premier Ministre sur la ` résence internationale de la France et la franco` honie dans la société de l'information, décembre 1998, 236 ` . htt` ://www.ladocumentationfrancaise.fr/ra` ` orts-` ublics/994000906/index.shtml

BOMSEL Olivier et al. « Enjeux économiques de la distribution des contenus » ra` ` ort du CERNA, 2004, 52 p. htt` ://www.cerna.ensm` .fr/Documents/OBetalii-P2P.` df

BOURCIER Danièle, MAYER-BLIMONT Valérie, *Une étude de cas : Edi-Justice ou les enjeux de la normalisation des échanges de données judiciaires informatisés*, CNRS et Université de Paris I, Etude subventionnée ` ar le Ministère de la Justice, 1995, 51 ` .

BOURCIER Danièle, TAUZIAC Véronique, *Du standard technique à la norme juridique. Impacts et enjeux*. Ra` ` ort final, étude ` our la Ministère de la Justice, 1995, 38 ` .

BROWN Ian (dir.), Foundation for Information Policy Research, *Implementing the European Union Copyright Directive*, 127 ` ., 2003. htt` ://www.fi` r.org/co` yright/guide/

CARAYON Bernard, *A armes égales*, ra` ` ort au Premier ministre, se` tembre 2006, 118 ` .
htt` ://www.ladocumentationfrancaise.fr/ra` ` orts-` ublics/064000728/somm.shtml

CÉDRAS Jean, *Le téléchargement illicite d'oeuvres protégées par le droit d'auteur*, ra` ` ort au Ministre de la Culture et de la Communication, avril 2007. Non ` ublié mais dis` onible : htt` ://www.odebi.org/docs/Ra` ` ortCedras.` df

CHANTEPIE Phili` ` e, HÉRUBEL Marc, Tarrier Franck, *Mesures techniques de protection des oeuvres & DRMS : Un état des lieux*, ra` ` ort n° 2003-02, 8 janvier 2003, Ministère de la culture et de la Communication.
htt` ://www.culture.gouv.fr/culture/cs` la/M` tdrms.` df

CHIARIGLIONE Leonardo, ra` ` ort ` articulier de Monsieur Leonardo CHIARIGLIONE (Telecom Italia Lab, Italie) ` ortant sur la gestion et la ` rotection des œuvres et de la ` ro` riété intellectuelle. Etat des travaux et des réflexions, CSPLA, 2001 (désigné ` ar ra` ` ort Chiariglione, CSPLA). htt` ://www.culture.gouv.fr/culture/cs` la/ra` chariglione.htm

CNIL, Ra` ` ort 2005, 123 ` .
htt` ://lesra` ` orts.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000317/0000.` df

Conseil d'Etat, *Les enjeux juridiques des normes techniques*, Actes du séminaire de recherche, Laboratoire Informatique, Droit, Linguistique, 6 et 7 avril 1995, 71 ` .

Conseil d'Etat, *Internet et les réseaux numériques*, section du Ra` ` ort des Etudes, étude ado` tée le 2 juillet 1998, troisième ` artie « Valoriser les contenus ` ar la ` rotection de la ` ro` riété intellectuelle ».

Cour de Cassation, *L'évolution technologique*, ra` ` ort annuel, 2005, La Documentation française, 2006, 539 ` . htt` ://www.courdecassation.fr/IMG/` df/cour_cassation-ra` ` ort_2005-3.` df

Cour des Com` tes, Commission ` ermanente de contrôle des sociétés de ` erce` tion et de ré` artition des droits, ra` ` orts 2004, 2005 et 2006.

COYLE Karen, *Rights Expression Languages*, a white ` a` er for the Library of Congress », 2004. htt` ://www.loc.gov/standards/Coylere` ort_final1single.` df

COYLE Karen, *Rights in the PREMIS Data Model*, a re` ort for the Library of Congress, 2006, 32 ` . htt` ://www.loc.gov/standards/` remis/Rights-in-the-PREMIS-Data-Model.` df

CUNARD Jeffrey P., HILL Keith, BARLAS Chris, *Tendances récentes dans le domaine de la gestion numérique des droits*, OMPI, Comité ` ermanent du droit d'auteur et des droits connexes, Dixième session, Genève, 3 – 5 novembre 2003.
htt` ://www.wi` o.int/documents/fr/meetings/2003/sccr/` df/sccr_10_2_rev.` df

CURIEN Nicolas, GENSOLLEN Michel, GILLE Laurent, BOURREAU Marc, « Distribution de contenus sur Internet. Commentaire sur le ` rojet de taxation de l'u` load (du CERNA) », ENST/CNAM, 2004, 16 ` . htt` ://www.tekool.com/droit/bom` sel.html

de LAMBERTERIE Isabelle, CHEVET Phili` ` e, BARUCHEL-BEURDELEY Danièle, TANDEAU de MARSAC Silvestre, Présentation des travaux juridiques du Programme Numérisation ` our l'enseignement et la Recherche (P.N.E.R.), 1999-2000

DUSOLLIER Séverine, POULLET Yves, BUYDENS Mireille, *Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique*, Etude réalisée ` our l'UNESCO ` ar le CRID de Namur, 2000. htt` ://unesdoc.unesco.org/images/0012/001214/121406f.` df

FITZGERALD Brian, FITZGERALD Anne, PERRY Mark, KIEL-CHISHOLM Scott, DRISCOLL Erin, THAMPAPILLAI Dilan, COATES Jessica, *OAK Law Report: Volume 1*, « Creating a legal framework for co` yright management of o` en access within the Australian academic and research sector », Re` ort for the De` artment of Education Science and Training (DEST), August 2006.
htt` ://www.oaklaw.qut.edu.au/files/LawRe` ort/OAK_Law_Re` ort_v1.` df

ECLIP Es` rit Project (Electronic Commerce Legal Issues Platform), *Law and Technology Convergence : Intellectual Property Rights*, March 2002.

Euro` ean Digital Library Initiative, High Level Ex` ert Grou` – Co` yright Subgrou` , *Report on Digital Preservation, Orphan Works and Out-of-Print Works*, Selected Im` lementation Issues, 18 A` ril 2007, 11 ` .
htt` ://ec.euro` a.eu/information_society/newsroom/cf/document.cfm?action=dis` lay&doc_id=295

Étude du Grou` e de Travail « Article 29 » sur la ` rotection des données (organisme de consultation établi ` ar l'article 29 de la directive 95/46/CE), Document de travail sur les ` lates-formes informatiques de confiance, Trusted Com` uting Grou` (Grou` e TCG), 23-01-2004. htt` ://ec.euro` a.eu/justice_home/fsj/` rivacy/docs/w` docs/2004/w` 86_fr.` df

Fondation Internet Nouvelle Génération (FING), *Musique & Numérique : la carte de l'innovation*, 2007, 127 ` .
htt` ://www.fing.org/musique/
htt` ://www.o` enfing.org/fing/html/musique/Musique_Innovation_Synthese.` df

GARRIGUE Daniel, PAUL Christian, *Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée Nationale pour l'Union Européenne sur la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur*, (COM [2002] 92 final / E 1965), 29 juin 2005. htt` ://www.assemblee-nationale.fr/12/euro` e/ra` -info/i2426.as`

GHOSH RISHAB Aiyer et al, *Study on the Economic impact of open source software on innovation and the competitiveness of the Information and Communication Technologies (ICT) sector in the EU*, Final Re` ort. 20/11/2006, 287 ` .

GODWIN Michael, *Digital Rights Management: A Guide for Librarians,* Washington, DC: Office for Information Technology Policy, American Library Association, 2006, ` . 1.
htt` ://www.ala.org/ala/washoff/WOissues/co` yrightb/digitalrights/DRMfinal.` df

GUIBAULT Lucie, HUGENHOLTZ P. Bernt, *Study on the Conditions Applicable to Contracts relating to Intellectual Property in the European Union*, 2002, 169 ` .
htt` ://www.ivir.nl/` ublications/other/final-re` ort2002.` df

GUIBAULT Lucie, HUGENHOLTZ P. Bernt, van GEFFEN Sjoerd S.M., *The Future of Levies in a Digital Environment*, Final Re` ort, IVIR, March 2003.
htt` ://www.ivir.nl/` ublications/other/DRM&levies-re` ort.` df

GUIBAULT Lucie, HELBERGER Natali, *Copyright Law and Consumer Protection*, Policy conclusions of the Euro` ean Consumer Law Grou` , ECLG/035/05, February 2005, 41 ` .

HELBERGER Natali, « Digital Rights Management and Consumer Acce` tability – A Multi-Disci` linary Discussion of Consumer Concerns and Ex` ectations», in *Indicare State-of-the-*

Art Report, December 2004, first u`date in May 2005. htt` ://www.indicare.org/tiki-` age.` h` ?` ageName=Downloads

HUGENHOLTZ P. Bernt, GUIBAULT Lucie M.C.R., *Study on the Conditions Applicable to Contracts Relating to Intellectual Property in the European Union*, Re` ort for the Euro` ean Commission, 2002, 182 ` . htt` ://www.ivir.nl/` ublications/other/contracts.html

KAHN Gilles, BRUGIDOU Antoine, *Rapport d'étude des solutions de filtrage des échanges de musique sur internet dans le domaine du peer to peer,* Charte ` our le dévelo` ` ement de l'offre legale de musique en ligne, le res` ect de la ` ro` riété intellectuelle et la lutte contre la ` iraterie numerique, Ministère de la Culture, mars 2005, 59 ` .
htt` ://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/ra` ` orts/filtrage/charte.` df

KATZ Eddan, DeNARDIS Laura, « Best ` ractises for Internet Standards Governance », White Pa` er, 2006, contribution to the Internet Governance Forum, Athens, Greece, October 30-November 2, 2006, 6 ` .
htt` ://research.yale.edu/is` /` a` ers/BestPracticesforInternetStandardsGovernance.` df

MARIANI-DUCRAY Francine, de CANCHY Jean-François, Lê Nhat Binh, VITOUX Marie-Claude, *Les sociétés de perception et de répartition des droits d'auteur et droits voisins (S.P.R.D.)*, ra` ` ort n° 2000/09 ` our le Ministère de la Culture (dit ra` ` ort Mariani-Ducray), février 2000, 165 ` .

MARZOUKI Meryem, MÉADEL Cécile, *De l'organisation des nouveaux collectifs à l'organisation de la cité : gouvernance technique et gouvernement politique*, Ra` ` ort de recherche de l'Action S` écifique 54 du CNRS-STIC, Mars 2004, 117 ` .
htt` ://www-` olytic.li` 6.fr/article.` h` 3?id_article=109

Im` rimatur ESPRIT ` roject (Intellectual Multimedia Pro` erty Rights Model And Terminology for Universal Reference), Institut for Information Law, *The law and Practice of Digital Encryption*. htt` ://www.im` rimatur.alcs.co.uk, dernière visite le 26/12/2003.

Internet : enjeux juridiques, ra` ` ort au Ministre délégué à la Poste, aux Télécommunications et à l'Es` ace et au Ministre de la Culture, Mission Interministérielle ` résidée ` ar Isabelle FALQUE-PIERROTIN, la Documentation Française, 1997, 151 ` .

IVIR (ed.), *Protection of Technological Measures*, re` ort for the ` roject Im` rimatur, November 1998, 74 ` .

LEHMAN Bruce (dir.), *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, The Re` ort of the Working Grou` on Intellectual Pro` erty Rights, Information Infrastructure Task Force, Green Pa` er, July 1994, White Pa` er (désigné ` ar *NII White Paper*), Se` tember 1995, 238 ` . + annexes.

Livre vert sur les droits de ` ro` riété intellectuelle dans la société de l'information (DG XV - Com (95) 382 final, 19 juillet 1995).

Parliament of Australia, House of Re` resentatives, House Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, *Review of technological protection measures exceptions*, February 2006. htt` ://www.a` h.gov.au/house/committee/laca/` rotection/re` ort.htm

PAUL Christian, *Du droit et des libertés sur Internet,* ra` ` ort au Premier Ministre, La documentation Française, 2001, 172 ` .

Queensland S` atial Information Office, Office of Economic and Statistical Research, Queensland Treasury, *Government Information and Open Content Licensing: An Access and Use Strategy*, Government Information Licensing Framework Project Stage 2 Re` ort, October 2006, 87 ` .
htt` ://www.qsic.qld.gov.au/QSIC/QSIC.nsf/0/F82522D9F23F6F1C4A2572EA007D57A6/$FILE/Stage%202%20Final%20Re` ort%20-%20PDF%20Format.` df?o` enelement

Ra` ` ort de l'atelier Culture et autoroutes de l'information, février 1996, Ministère de la Culture.

Ra` ` ort du grou` e de travail de l'Académie des sciences morales et ` olitiques ` résidé ` ar Gabriel de BROGLIE, *Le droit d'auteur et Internet*, PUF, Cahier des sciences morales et ` olitiques, 2001, 105 ` ., ` remière ` ublication, 2000, 102 ` .
htt` ://www.culture.gouv.fr/culture/cs` la/ra` ` ortbroglie.` df#search=%22broglie%20droit%20d'auteur%22

Report of the Working Group on Internet Governance, Château de Bossey, June 2005, document 05.41622.

RETAILLEAU Bruno, *Dix ans après, la régulation à l'ère numérique*, ra` ` ort d'information fait au nom de la commission des affaires économiques du Sénat, n° 350 (2006-2007), 27 juin 2007. htt` ://www.senat.fr/noticera` /2006/r06-350-notice.html

RICKETSON Sam, *Etude de l'OMPI sur les limitations et les exceptions au droit d'auteur et aux droits connexes dans l'environnement numérique*, Comité ` ermanent du droit d'auteur et des droits connexes, Neuvième session, Genève, 23 – 27 juin 2003.
htt` ://www.wi` o.org/documents/fr/meetings/2003/sccr/doc/sccr_9_7.doc

SIRINELLI Pierre et al., *Industries culturelles et nouvelles technologies*, La Documentation Française, juin 1994.

SIRINELLI Pierre, FARCHY Joëlle et al (éd.), Ra` ` ort de la Commission S` écialisée sur la Distribution des Œuvres en Ligne, Conseil Su` érieur de la Pro` riété Littéraire et Artistique, Ministère de la Culture, 2005. htt` ://www.culture.gouv.fr/culture/cs` la/index-cs` la.htm

US Co` yright Office, *Report on Orphan Works*, January 2006, 127 ` .+ annexes.
htt` ://www.co` yright.gov/or` han/or` han-re` ort-full.` df

VAILLANT Isabelle, *Le contournement des mesures techniques de protection, contrefaçon ou criminalité informatique*, ra` ` ort EUCD.info, juin 2003, 23 ` .
htt` ://eucd.info/documents/trans` osition-eucd-2003-06-20.` df

VERCKEN Gilles, Association Internationale des Auteurs de l'Audiovisuel, *Guide pratique du droit d'auteur pour les producteurs de multimédia*, Commission euro` éenne, DG XIII EUR 16128 FR 95.

VIVANT Michel et al., *Les nouvelles techniques de communication, recention technique et première analyse de leur impact sur la propriété littéraire et artistique*, ra` ` ort ` our le Ministre de la Culture, IDATE, 1993.

VIVANT Michel, *Analyse des régimes de protection susceptibles de répondre au développement des multimédias et de l'interactivité*, Allemagne, Etats-Unis, France, Royaume-Uni, ra` ` ort au Ministère de la Culture, 1993.

VIVANT Michel, *L'incidence de l'harmonisation communautaire en matière de droit d'auteur sur le multimedia*, Commission Euro` éenne, DG XIII, EUR 16068 FR, 1994.

Actes de colloques, conférences, séminaires non ` ubliés

AIGRAIN Phili` ` e, « Whose future is it? », conférence invitée, ISMIR 2004.
htt` ://www.` aigrain.debat` ublic.net/docs/` ha-ISMIR2004.` df

ALAI (Association littéraire et artistique internationale), Actes du Congrès de 1989, *L'informatique et le droit d'auteur*, éd. Yvon Blais, Québec, 1990, 569 ` .

ALAI, *Les frontières du droit d'auteur : ses limites et ses exceptions*, Journées d'études de l'ALAI, 14-17/09/1998, Cambridge, 1999.

BOURCIER Danièle, « Faut-il reconfigurer le système juridique ? Le droit entre gouvernance et technologies », conférence *La Régulation des Réseaux : entre Droit et Technologie*, Ecole des Mines, Paris, 27 juin 2003.

CHELIOTIS Giorgos, « Creative Commons Statistics from the CC-Monitor Project », *presentation at the iCommons Summit*, Dubrovnik, June 14-17, 2007.
htt` ://creativecommons.org/weblog/entry/7551

CHEVALLIER Jacques, « l'Etat de droit est-il un monstre juridique », séminaire de Mireille Delmas-Marty, Collège de France, Paris, 20 mars 2006.

Colloque international organisé ` ar l'UNESCO sur le droit d'auteur et la communication dans la société de l'information, Madrid, Es` agne, 11-14 mars 1996, *Bulletin du droit d'auteur*, vol. XX, n° 2, avril-juin 1996.

Commerce électronique et propriétés intellectuelles, colloque organisé `ar l'Institut de Recherche en Pro`riété Intellectuelle Henri-Desbois, Paris, 7 novembre 2000, collection le Droit des Affaires volume 20, Litec, 2001, 231`.

de LAMBERTERIE Isabelle, « A``roche juridique sur les différentes facettes de l'ex`ression « domaine `ublic », intervention au colloque UNESCO-BNF *Les droits d'auteur dans la société de l'information*, 28-29 novembre 2003 htt`://www.unesco.org/comnat/france/Colloque_Droits_D_Auteur/IDeLamberterie.`df.

DUCASSE Jean-Paul, « Identification des acteurs de la communication scientifique ouverte : la France est-elle à contre-courant », Séminaire Archivage, accès et diffusion des données et résultats scientifiques : identification des acteurs, initiatives, `roblèmes et `ers`ectives, CERSA, Paris, 14/02/2007 (non `ublié).

DULONG de ROSNAY Melanie, « Structuration et modélisation de connaissances extraites de la Directive euro`éenne sur l'harmonisation de certains as`ects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information » & « Synthèse de l'activité du Grou`e Conce`ts juridiques et Droit Communautaire », *Colloque Ontologies du droit et langage juridique*, Université Paris II, 03-12-2004 (non `ublié).

DUSOLLIER Séverine, « (Re)introducing formalities in co`yright : Towards more o`en content ? », draft, 21 `., Koninklijke Nederlandse Akademie van Weterscha``en (KNAW, académie des sciences néerlandaise) Colloquium « O`en Content : New Models for Accessing and Licensing Knowledge », 27-28 A`ril 2006, Amsterdam.

L'avenir de la propriété intellectuelle, colloque organisé `ar l'Institut de Recherche en Pro`riété Intellectuelle Henri-Desbois, Paris, 26 octobre 1992, collection le Droit des Affaires volume 11, Librairies techniques, 1993, 139`.

MOUNIER Pierre, « Internet governance and the `roblem of legitimacy », *Governance, Regulations and Powers on the Internet (GRPI) Workshop*, Paris, 2005 May 27th.

PAUL Mathias, « Lawrence Lessig ou la nouvelle normativité », *séminaire du Collège International de Philosophie*, 13 juin 2006. htt`://`mat.ci`h.free.fr/article.`h`3?id_article=49

VALENTI Jack, videoconference, *Creative Commons launch*, December 16, 2002. htt`://eyevio.j`/movie/4538, htt`://creativecommons.org/weblog/entry/7419

Mémoires, thèses et habilitations

ANDRE Jean, *Le positionnement payant*, mémoire de DESS de Droit du Multimédia et des Systèmes d'Information, dir. HASSLER Théo, Strasbourg I, avril 2002. htt`://www.juriscom.net

BACHIMONT Bruno, *Arts et Sciences du numérique : ingénierie des connaissances et critique de la raison computationnelle*, Habilitation à diriger des Recherches, Université de Technologie de Com` iègne, 12 janvier 2004, 281 ` .

BAILLEUX Audrey, *Les webradios à l'épreuve de la propriété littéraire et artistique*, mémoire de Master 2 de Droit des Créations Numériques, dir. ANDRES Judith, Universités Paris XI Jean Monnet & Paris I Panthéon Sorbonne, 2005, mise à jour janvier 2006, 41 ` .
htt` ://www.juriscom.net/documents/webrad20060313.` df

BERTHOU Renaud, *L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, thèse de droit, dir. BLANDIN-OBERNESSER Annie, Université de Rennes I, 2 juillet 2004, 719 ` .
htt` ://www.artjuridique.com/

BEUSCART Jean-Samuel, *La construction du marché de la musique en ligne. L'insertion économique et juridique des innovations de diffusion musicale en France,* thèse de sociologie, dir. PARADEISE Catherine, ENS Cachan, 28 avril 2006, 435 ` .

BLONDEAU Olivier, *Les orphelins de la politique et leurs curieuses machines. Expérimentations esthétiques, techniques et politiques à l'ère des réseaux*, thèse de sciences ` olitiques, dir. CAPDEVIEILLE Jacques, Institut d'Etudes Politiques de Paris, 12 juin 2006, 482 ` .

BROUDOUX Evelyne, *Outils, pratiques autoritatives du texte, constitution du champ de la littérature numérique*, thèse de sciences de l'information et de la communication, dir. BALPE Jean-Pierre, Université Paris VIII Vincennes-Saint Denis, 17 décembre 2003, 335 ` .
htt` ://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00006760/en/

BORGES Fili` e, *Modélisation de la décision de justice - L'exemple du juge judiciaire*, thèse de droit, dir. BOURCIER Danièle, Université de Paris 2, 2004, 565 ` .

CLEMENT-FONTAINE Mélanie, *Les logiciels libres*, mémoire de DEA de Droit des ` ro` riétés immatérielles, dir. VIVANT Michel, Université de Mont` ellier I, 1999.
htt` ://crao.net/g` l/

CLEMENT-FONTAINE Mélanie, *Les Œuvres libres*, thèse de droit, dir. Vivant Michel, Université de Mont` ellier I, 2 décembre 2006, 629 ` .

DI FILIPPO Eric, *Les logiciels libres*, mémoire de DEA de Droit économique et des affaires, dir. GOURDET Geneviève, Université de Nice So` hia-Anti` olis, 1999, 136 ` .

DUSAUGEY Vincent, *Les échanges de données informatisés en 2001*, Mémoire de DEA Informatique et droit, dir. VIVANT Michel, Université de Mont` ellier I, 2001.
htt` ://www.droit-ntic.com/` df/edi.` df

GOULETTE Denis, *Exceptions au droit exclusif de l'auteur et liberté contractuelle*, mémoire de DEA de Droit de la ` ro` riété intellectuelle, dir. LUCAS André, Université de Nantes, 2001, 42 ` . htt` ://www.juriscom.net/uni/mem/16/da03.` df

GUILLEMARD Sylvette, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, thèse de droit, Université Laval/Paris II, 2003.
htt` ://www.theses.ulaval.ca/2003/20565/20565.html

GUTH Susanne, *Interoperability of DRM Systems via the Exchange of XML-based Rights Expressions*, com` uter science thesis, Wirtschaftsuniversität Wien Forschungsergebnisse, 2004. (Peter Lang Publishing, 2006, 262 ` .)

HERSCHAFT Richard Dan, *A common approach to extending computer security concepts to the universal distributed non-trusted environment*, com` uter science thesis, Graduate Faculty of the School of Engineering and A` ` lied Science Southern Methodist University, December 17, 1994. htt` ://odrl.net/docs/Herschaft-Thesis.` df

JAILLET Maxime, *L'incertaine responsabilité des gestionnaires de forums de discussion*, mémoire de Master 2 Professionnel de Droit du Multimédia et de l'Informatique, dir. LEPAGE Agathe, Université Paris II, 2006, 2ème éd. Juillet 2007, 106 ` .
htt` ://www.juriscom.net/uni/visu.` h` ?ID=938

JEAN Benjamin, « O` tion libre », com` atibilité entre contrats, mémoire de Master II de Droit des ` ro` riétés immatérielles, dir. VIVANT Michel, Université de Mont` ellier I, se` tembre 2006, 98 ` . htt` ://www.venividilibri.org/Articles/O` tionLibre

JOCQUEL Grégoire, *Les licences libres en droit français. Analyse comparée CeCILL – GNU GPL*, mémoire de DESS de Droit du Numérique et des Nouvelles Techniques, dir. Sirinelli Pierre, Université Paris I Panthéon – Sorbonne / Université Paris XI Sud, , 2004, 60 ` .
htt` ://www.juriscom.net/documents/log20041222.` df#search=%22rojinsky%20licences%20libres%22

LACHMAN Moisés, *Contrôle de la standardisation et propriété intellectuelle : une réflexion sur le cas de l'informatique*, thèse d'économie des systèmes d'information, dir. BENZONI Laurent, ENST, 1993, 332 ` .

LAME Guiraude, *Construction d'ontologie à partir de texte – Une ontologie du droit dédiée à la recherche d'information sur le Web*, thèse d'informatique, dir. MAHL Robert, Ecole des Mines, 2002, 272 ` .

LATREILLE Antoine, *Les mécanismes de réservation et les créations multimédias*, thèse de droit, dir. SIRINELLI Pierre, Université Paris XI, 1995.

LEYMONERIE Romain, *Cryptage et droit d'auteur*, mémoire de DEA de Droit de la ` ro` riété intellectuelle, dir. LUCAS André, Université de Nantes, 1996, 80 ` .
htt` ://www.juriscom.net/uni/mem/02/cry` t01.rtf

LINSOLAS Julien, *Le Divx et le format Mpeg 4*, mémoire de DEA Informatique et Droit, dir. Le Stanc Christian, Université de Mont` ellier I, 2001.

MARSELLA Carole, *L'effectivité du processus répressif dans le traitement de la cybercriminalité : enquête sur le système judiciaire français*, thèse de droit, dir. Bourcier Danièle, Université Paris II, 2005.

MINJEONG Kim, *An Analysis of the Creative Commons as a Solution for Copyright Protection in the Digital Era*, University of North Carolina at Cha` el School of Journalism and Mass Communication ` hD, dir. PACKER Cathy L., 2005, 164 ` .

NOGUSHI Yuko, *Toward better-balanced copyright regulations in the digital and network era: law, technology, and the market in the US and Japan*, dir. LESSIG Lawrence, Stanford Law School J.S.D, 2006, 435 ` .

STAHL Christina, *Development of a Static and Dynamic Model for the Systematic Representation of Copyright Law*, Wirtschaftsuniversität Wien Di` lomarbeit, 100 ` .

SIRINELLI Pierre, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse de droit, Paris II, 1985.

van SCHEWICK Barbara, *Architecture and Innovation. The Role of the End-to-End Argument in the Original Internet*, dir. LUTTERBECK Bernd, LESSIG Lawrence, ` hD in Com` uter Science, Techniche Universität Berlin, 21. Juli 2004, 393 ` .

Normalisation et standardisation technique : contributions, normes et brevets

Data Dictionary for Preservation Metadata: Final Re` ort of the PREMIS Working Grou` , May 2005, 237 ` . htt` ://www.loc.gov/standards/` remis/

DELGADO Jaime, GALLEGO Isabel, GARCIA Roberto, GIL Rosa, PEIG Enric, TOUS Rubén, « DMAG contribution to RDD-REL : IPROnto », ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M7675, 2001, 54 ` .

DULONG de ROSNAY Melanie, « Interaction between standardization and legislation », Trondheim, Norway, July 2003, ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M9938.

DULONG de ROSNAY Melanie, « Use cases for MPEG-21 IPMP architecture », Se` tember 2003, Eindhoven, ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M10007.

DULONG de ROSNAY Melanie, « French National Body comments on Text of ISO/IEC 21000-1 2nd ed. PDTR », March 2004, Munich ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M10699.

DULONG de ROSNAY Melanie, « Pro` osed requirement for MPEG-21 IPMP », München, Germany, March 2004, ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M10615.

DULONG de ROSNAY Mélanie, CAPOROSSI Jérôme, LECOMTE Daniel, « Answer to the Call for Pro` osals for MPEG-21 IPMP : Medialiving technology », Seattle, USA, July 2004, ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M10839.

DULONG de ROSNAY Melanie, « The ` aradox between a ` osteriori legal evaluation and a ` riori technical enforcement », Digital Media Project, Traditional Rights and Usages Call for Contribution, July 2005, DMP0483.

DULONG de ROSNAY Melanie, « Contribution to AhG on MPEG-21 RDD », ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M12494, Nice, October 2005.

French National Body, « French NB Comment on the MPEG-21 Rights Data Dictionary », ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M12101, Busan, A` ril 2005.

GAUVIN Marc, DULONG de ROSNAY Melanie, « Goals from Content Author Pers` ective » in « MPEG-21 Architecture, Scenarios and IPMP Requirements », *MPEG Requirements*, document N5874, July 2003.

GAUVIN Marc, DULONG de ROSNAY Melanie, « The Notion of Underlying Work within MPEG 21 », München, Germany, March 2004, ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M10616, Munich, March 2004.

GAUVIN Marc, DELGADO Jaime, GARCIA Roberto, RODRIGUEZ, Eva, « Issues Regarding the Practical Im` lementation of the RDD », ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M11875, Busan, A` ril 2005.

GAUVIN Marc, DELGADO Jaime, Rodriguez Eva, Garcia Roberto, « Preliminary Results of RDD CE for Ex` ressing "Work" », ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M12511, Nice, October 2005.

GARCIA Roberto, DELGADO Jaime, RODRIGUEZ Eva, « Ontological Analysis of the MPEG-21 Rights Data Dictionary (RDD) », ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M12495, Nice, October 2005.

GUTH Susanne, IANELLA Renato (ed.), « O` en Digital Rights Language (ODRL) Version 2 Requirements », ODRL Initiative Working Draft, 13th February 2005.
htt` ://odrl.net/2.0/v2req.html

IANELLA Renato (ed.), ODRL Creative Commons Profile, S` ecification, 6 July 2005.
htt` ://odrl.net/Profiles/CC/SPEC.html

IFLA (International Federation of Library Associations and Institutions) Study Grou` on the Functional Requirements for Bibliogra`hic Records, « Functional Requirements for Bibliogra`hic Records (FRBR) - Final Re`ort », Saur, UBCIM `ublications, New Series, Vol. 19, München, 1998. htt`://www.ifla.org/VII/s13/frbr/frbr.htm

IEML (Information Economy Meta Language). htt`://www.ieml.org/
Intellectual Pro`erty Management and Protection in MPEG Standards, International Organization for Standardization, Coding of moving `ictures and audio re`ort ISO/IEC JTC1/SC29/WG11 n°3943, January 2001.

ISO/IEC Directives « Procedures for the technical work of ISO/IEC JTC 1 on Information Technology »
htt`://isotc.iso.org/livelink/livelink/fetch/2000/2489/Ittf_Home/Directives.html

ISO/IEC Directives, Part 1, Procedures for the technical work
ISO/IEC Directives, Part 2, Rules for the structure and drafting of International Standards

LAGOZE Carl, VAN DE SOMPEL Herbert, NELSON Michael, WARNER Simeon (ed.), Im`lementation Guidelines for the O`en Archives Initiative Protocol for Metadata Harvesting. Conveying rights ex`ressions about metadata in the OAI-PMH framework, 2005. Protocol Version 2.0 of 2002-06-14. htt`://www.o`enarchives.org/OAI/2.0/guidelines-rights.htm

Les métadonnées des thèses électroniques françaises TEF, CG 46 Information et documentation, CN 357 Modélisation, `roduction et accès aux documents, Grou`e AFNOR CG46/CN357/GE5, seconde éd., mars 2006.
htt`://www.abes.fr/abes/documents/tef/recommandation/index.html

Liberty Alliance Project, Liberty architecture for su``orting Privacy Preference Ex`ression Languages (PPELs), v. 1.0, 2003, 31 `.

ISO/IEC TR 21000-1:2004 2nd éd., MPEG-21 Part 1 : Vision, Technologies and Strategies.

ISO/IEC 21000-2:2005 ; Multimedia Descri`tion Schemes (MDS) Grou`, Introducing MPEG-21 DID - an Overview, ISO/IEC JTC 1/SC 29/WG 11/N7422, July 2005.

ISO/IEC 21000-3:2003 ; Rum` Niels, Introducing ISO/IEC 21000-3 Digital Item Identification (DII), ISO/IEC JTC 1/SC 29/WG 11/N7423, July 2005.

Norme : ISO/IEC 21000-4:2006.

ISO/IEC 21000-5:2004 ; résumé : Multimedia Descri`tion Schemes (MDS) Grou`, Introducing MPEG REL - an Overview, ISO/IEC JTC 1/SC 29/WG 11/N7427, July 2005.

Norme : ISO/IEC 21000-6:2004 et ISO/IEC 21000-6:2004/Cor 1/2005, résumé : Chris Barlas, Introduction to ISO/IEC 21000-6 Rights Data Dictionary, ISO/IEC JTC 1/SC 29/WG 11/N7433, July 2005.

Norme : ISO/IEC 21000-7:2004 et ISO/IEC 21000-7:2004/Amd 1:2006 ; Multimedia Descri` tion Schemes (MDS) Grou` , Introducing MPEG-21 DIA - an Overview ISO/IEC JTC 1/SC 29/WG 11/N7204, A` ril 2005.

Norme ISO/IEC 21000-8:2006 ; MDS, Introducing MPEG-21 Reference Software, ISO/IEC JTC 1/SC 29/WG 11/N7440, July 2005.

Norme ISO/IEC 21000-9:2005.

Norme ISO/IEC 21000-10:2006.

Ra` ` ort technique ISO/IEC TR 21000-11:2004.

Norme ISO/IEC TR 21000-12:2005.

Norme ISO/IEC 21000-15:2006.

Norme ISO/IEC 21000-16:2005.

Norme ISO/IEC 21000-17:2006.

O` en Geos` atial Consortium Inc., Vowles Graham (ed.), « The O` enGIS® Abstract S` ecification - To` ic 18: Geos` atial Digital Rights Management Reference Model (GeoDRM RM) », Version: 1.0.0, OGC 06-004r42006-12-29, 131 ` .
htt` ://` ortal.o` engeos` atial.org/files/index.` h` ?artifact_id=17802&` asscode=900q40h8br8a4cv8n5wf

RUST Godfrey, BIDE Mark, « The <indecs> metadata framework, Princi` les, model and data dictionary », June 2000, WP1a-006-2.0, 49 ` . htt` ://www.indecs.org/` df/framework.` df

RUST Godfrey, BIDE Mark, LINDEK Steffen, BARLAS Chris, « Data dictionary method », United States Patent 7,124,364, October 17, 2006.

Samuelson Law, Technology & Public Policy Clinic, School of Law (Boalt Hall), UC Berkeley and the Electronic Privacy Information Center (EPIC), « Su` ` orting Limits on Co` yright Exclusivity in a Rights Ex` ression Language Standard », submission to OASIS Technical Committee, 2002.
htt` ://www.law.berkeley.edu/clinics/samuelson/` rojects_` a` ers/OASIS_Submission_090602.` df

SDMI Portable Device S` ecification Part 1, Version 1.0, 8 juillet 1999.
htt` ://www.sdmi.org/download/` ort_device_s` ec_` art1.` df

S` anish National Body Comment, « SNB comments on the im` lementation of the MPEG-21 RDD », ISO/IEC JTC1/SC29/WG11/M10616, Busan, A` ril 2005.

STEFIK Mark, « System for controlling the distribution and use of digital works having attached usage rights where the usage rights are defined by a usage rights grammar », *United States Patent 5,715,403*, February 3, 1998.

STEFIK Mark, « The Digital Pro` erty Rights Language. Manual and Tutorial », version 1.02, 1996 Se` tember 18th. Xerox Palo Alto Research Center, Palo Alto, CA.

Droit français

Code de la Pro` riété Intellectuelle

Code Civil

Loi n° 82-652 du 29/07/1982 sur la communication audiovisuelle.

Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'em` loi de la langue française, dite « loi Toubon », JORF du 5 août 1994.

Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 ` ortant ada` tation du droit de la ` reuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JORF n° 62 du 14 mars 2000, ` . 3968.

Loi Godfrain n° 88-19 du 5 janvier 1988 sur la fraude informatique, sur l'atteinte au traitement automatisé de données (art. L. 323-1 et s. du Code ` énal),

Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, loi n° 2007-309 du 5 mars 2007, JORF n° 56 du 7 mars 2007.

Textes réglementaires, administratifs et autres

Commission générale de terminologie et de néologie, Vocabulaire de la culture, JORF n° 249, 26 octobre 2006, ` . 15865, texte n° 127.

Décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service ` ublic de la diffusion du droit ` ar l'internet, JORF n°185 du 09 août 2002, ` . 13655.

Décret n°2006-1763 du 23 décembre 2006 relatif à la ré` ression ` énale de certaines atteintes ` ortées au droit d'auteur et aux droits voisins, JORF n° 302 du 30 décembre 2006, ` . 20161.

Décret n° 2007-510 du 4 avril 2007 relatif à l'Autorité de régulation des mesures techniques instituée ` ar l'article L. 331-17 du code de la ` ro` riété intellectuelle, JORF n°81 du 5 avril 2007, ` . 6427, texte n°45.

Observations du Gouvernement sur le recours dirigé contre la loi DADVSI, 18-7-2006.
htt` ://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006540/obs.htm
Texte de la saisine du Conseil Constitutionnel ` ar ` lus de 60 ` arlementaires.
htt` ://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006540/saisine1.htm
Ré` lique aux observations du Gouvernement ` ar ` lus de soixante dé` utés.
htt` ://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006540/re` lique1.htm

Arrêté du 7 août 2006 relatif aux modalités de dé` ôt, de signalement, de re` roduction, de diffusion et de conservation des thèses ou des travaux ` résentés en soutenance en vue du doctorat, J.O.R.F n° 195 du 24 août 2006, ` . 12471, texte n° 24.

Droit communautaire

Résolution des re` résentants des gouvernements des Etats membres du 24 Juillet 1984 concernant la lutte contre la ` iraterie audiovisuelle, JOCE C 204, 03/08/1984, ` . 1.

Directive 91/250/CEE du Conseil du 14 Mai 1991 concernant la ` rotection juridique des ` rogrammes d'ordinateurs, JOCE L 122, 17/05/1991, ` . 42-46.

Résolution du conseil du 14 Mai 1992 visant le renforcement de la ` rotection du droit d'auteur et des droits voisins, JOCE C 138, 28/05/1992, ` . 1.

Directive 92/100/CE du Conseil du 19 Novembre 1992 relative au droit de location et de ` rêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la ` ro` riété intellectuelle, JOCE L 346, 27/11/1992, ` . 61-66.

Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE L 095, 21/04/1993 ` . 29-34.

Directive 93/83/CEE du 27 se` tembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur a` ` licables à la radiodiffusion ` ar satellite et à la retransmission ` ar câble

Directive 93/98/CEE du Conseil du 29 Octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de ` rotection du droit d'auteur et de certains droits voisins, JOCE L 290, 24/11/1993, ` . 9-13.

Communication de la Commission Euro` éenne, Livre vert sur les droits d'auteurs et droits voisins dans la société de l'information, juillet 1995, COM (95) 382 final.

Directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la ` rotection juridique des bases de données.

Communication from the Euro` ean Commission, Follow-u` to the Green Pa` er on Co` yright and Related Rights in the Information Society, 20/11/1996. COM (96) 586 final ; Suivi du Livre vert « Le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », COM(96) 568 final, 20/11/1996.

Commission des Communautés Euro` éennes, Gouvernance euro` éenne. Un livre blanc, Bruxelles, 25/07/2001, COM(2001) 428 final.
htt` ://ec.euro` a.eu/governance/white_` a` er/index_fr.htm

Communication from the Commission to the Euro` ean Parliament, the Council, the Euro` ean Economic and Social Committee and the Committee of Regions "i2010: Digital Libraries" Brussels 30/09/05, COM (2005) 465 final.

Directive 98/84/CE du Parlement euro` éen et du Conseil du 20 novembre 1998 concernant la ` rotection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel.

Décision n° 182/1999/CE du ` arlement euro` éen et du conseil du 22 décembre 1998 relative au cinquième ` rogramme-cadre de la Communauté euro` éenne ` our des actions de recherche, de dévelo` ` ement technologique et de démonstration (1998-2002)
htt` ://www.cordis.lu/f` 5/src/ec-fr.htm

Décision du Conseil du 25 janvier 1999 arrêtant un ` rogramme s` écifique de recherche, de dévelo` ` ement technologique et de démonstration «Société de l'information conviviale» (1998-2002), JOCE 1999/168/CE.
htt` ://www.cordis.lu/ist/b-oj-fr1.htm

Rules governing ` artici` ation and the dissemination of results, JOCE L 26/46, 01/02/1999.
ft` ://ft` .cordis.lu/` ub/f` 5/docs/fr-ec-r.` df

Règlement L122.9, JOCE 12/05/1999: Im` lementation modalities of the rules governing ` artici` ation and the dissemination of results in ft` ://ft` .cordis.lu/` ub/f` 5/docs/fr-ec-ri.` df

Directive 2000/31/CE du Parlement euro` éen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains as` ects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOCE L 178, 17/07/2000, ` . 1-16.

Directive 2001/29/CE du Parlement euro` éen et du Conseil du 22 Mai 2001 sur l'harmonisation de certains as` ects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (directive « DADVSI »), JOCE L167, 22/06/01, ` . 10-19.

Pro` osition de directive du Parlement euro` éen et du Conseil concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvres ` ar ordinateur, 20/02/2002 COM(2002) 92 final.

Résolution 2002/C 86/02 du Conseil du 25 mars 2002 relative au ` lan d'action *e*Euro` e : accessibilité des ites Web ` ublics et de leur contenu, JOCE C 86/2, 10/04/02.

Directive 2002/21/CE du Parlement euro` éen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun ` our les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), JOCE L 108/33, 24/04/02.

Directive 2002/22/CE du Parlement euro` éen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), JOCE L 108/51, 24/04/02.

Résolution 2002/C 162/02 du Conseil du 25 Juin 2002 visant à « ` réserver la mémoire de demain – ` réserver les contenus numériques ` our les générations futures », JOCE C 162/4, 06/07/02.

Directive 2002/58/CE du Parlement euro` éen et du Conseil du 12 Juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère ` ersonnel et la ` rotection de la vie ` rivée dans le secteur des communications électroniques (directive vie ` rivée et communications électroniques), JOCE L 201, 31/07/02, ` . 37-47.

Directive 2003/98/CE du Parlement euro` éen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur ` ublic, JOCE L 345, 31/12/2003, ` . 90-96.

Décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil du 24 février 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information, JOCE L 69, 16/03/2005.

Décision du 7 avril 2006 relative à la réutilisation des informations de la Commission, JOCE L 107, 20/04/2006.

Grou` e Article 29, avis nº 4/2007 sur le conce` t des données à caractère ` ersonnel, 20/06/2007. htt` ://ec.euro` a.eu/justice_home/fsj/` rivacy/docs/w` docs/2007/w` 136_en.` df

Droit international

Convention de Berne ` our la ` rotection des oeuvres littéraires et artistiques, Acte de Paris du 24 juillet 1971 modifié le 28 se` tembre 1979.

Convention concernant la distribution de signaux ` orteurs de ` rogrammes transmis ` ar satellite (faite à Bruxelles le 21 mai 1974).

Convention ` our la ` rotection des ` roducteurs de ` honogrammes contre la re` roduction non autorisée de leurs ` honogrammes (du 29 octobre 1971).

Convention internationale sur la ` rotection des artistes inter` rètes ou exécutants, des ` roducteurs de ` honogrammes et des organismes de radiodiffusion (faite à Rome le 26 octobre 1961).

Convention sur la loi a` ` licable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980 (80/934/CEE), dite Convention de Rome, JOCE L 266, 09/10/1980 ` .1-19.

Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT, ado` té á Genève le 20 décembre 1996).

Traité de l'OMPI sur les inter` rétations et exécutions et les ` honogrammes (WPPT, ado` té à Genève le 20 décembre 1996).

Convention ` our la sauvegarde du ` atrimoine culturel immatériel ado` tée ` ar la 32ème Conférence générale de l'UNESCO, Paris, 17 octobre 2003.

Treaty on Access to Knowledge (A2K), ` roject, 9 may 2005. htt` ://www.c` tech.org/a2k/

Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (UNICITRAL), 23 novembre 2005.

Textes législatifs étrangers

US Uniform Com` uter Information Transactions Act (UCITA)

US Co` yright Law

Décisions françaises

Ces décisions sont dis` onibles sur les sites juriscom.net et/ou legalis.net

TGI Paris, ordonnance de référé, 20/05/2000, UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc et Yahoo! France.
TGI Paris, ordonnance de référé, 20/11/2000, UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc.
United States District Court for the Northern District of California, San Jose Division, 7 novembre 2001, Yahoo! Inc. v. La Ligue contre le racisme et l'antisémitisme.

CA Paris, 1re ch. B, 21-09-1990 : Jurisdata n. 023403

Cour de Cassation, Microfor vs le Monde, 30/10/1997, n° de ` ourvoi : 86-11918.

TGI Strasbourg, 4 février 1998, USJF, SNJ et a. c/ SDV Plurimedia

CA Paris, 1ère chambre A, Arrêt du 10 mai 2000, La société de gestion du Figaro / Le syndicat national des journalistes (S.N.J.)

Cass.1ère civ., « Le Petit Prince », 12 juin 2001, bulletin 2001 I n°171, ` . 111.

Cass. 1ère Civ., « On va s'aimer », Barbelivien c/ Sté Agence business, 28 janvier 2003, Bulletin 2003 I n° 29, ` . 24.

TGI Nanterre, 6ème ch., 24 juin 2003, Association CLCV c/ SA EMI Music France

TGI de Lyon chambre des urgences, Jugement du 28 mai 2002, SA Père-Noël.fr / Monsieur F.M., Mademoiselle E.C. et Sarl Deviant Network.

CA Versailles, 30 se` tembre 2004, SA EMI Music France c/ Association CLCV

Décision n°04-D-54 relative à des ` ratiques mises en œuvre ` ar la société A` ` le Com` uter, Inc. Dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques, Conseil de la Concurrence, 9 novembre 2004, Virgin Mega c/ A` ` le Com` uter France.

CA Versailles, 15 avril 2005, Françoise M., UFC-Que Choisir c/ SA EMI Music France

CA Paris, 22 avr. 2005 (M. Perquin - UFC Que Choisir c/ Universal Vidéo, Syndicat éd. de vidéo, Films Alain Sarde et Studio Canal

TGI Paris, 5ème chambre - 1ère section,10 janvier 2006, Christo` he R. et UFC-Que Choisir c/ Warner Music France et FNAC.

TGI de Lyon 14ème chambre du tribunal correctionnel Jugement du 21 juillet 2005, Grou` e Mace / Gilbert D.

Décision n°05-D-16 du 26 avril 2005 relative à des ` ratiques mises en œuvre ` ar la société des auteurs et com` ositeurs dramatiques (SACD)
htt` ://www.conseil-concurrence.fr/` df/avis/05d16.` df.

Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 du Conseil constitutionnel sur la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

CA Versailles, 9ème ch. 18, Rojo R. v/ Guy R., 18/11/2004
Jugement du TGI, arrêt de la Cour d'A` ` el et décision de la Cour de Cassation dits « Mulholland Drive » :

TGI Paris, 3ème chambre - 2ème section, 30 avril 2004, M. Sté` hane P., UFC Que Choisir c/ SA Films Alain Sarde, SA Universal ` ictures video France et autres
CA Paris, 4ème chambre - Section B, 22 avril 2005, M. Sté` hane P., UFC Que-Choisir c/ Universal Pictures Video Fr, SEV, Films Alain Sarde, Studio Canal
Cass. 1ère civ, Arrêt n° 549, 28 février 2006, Stés Studio Canal, Universal Pictures Vidéo Fr, SEV c/ Sté` hane X et UFC Que-Choisir.

TGI Paris, référé, 13 juin 2005, UEJF, SOS Racisme, AIPJ J'Accuse, MRAP et a. c/ OLM, Globat, Planet.com, France Télécom, Free, AOL France, Tiscali, Neuf Télécom et a.
CA Paris, 24 novembre 2006, SA Tiscali (Telecom Italia), AFA, France Telecom et a. c/ UEJF, J'Accuse, SOS Racisme et a.

Cass. Ch. Crim., 30 mai 2006, Ministère ` ublic, SEV, FNDF, Twentieth Century Fox, Buena Vista Entertainment, Gaumont et a. c/ Aurélien D.

Cass. 1ère Civ., 13 juin 2006, Bulletin 2006 I n°306, ` . 265, *D*., 25/01/2007, n° 4, ` . 277-279, observations Jacques Ghestin.

CA Paris, 4ème ch., section A, 4 avril 2007, UFC Que-Choisir, Sté` hane P. c/ Universal Picture Video France, Films Alain Sarde et a.

Conseil d'Etat, section du contentieux, 23/05/2007.

CA Paris, 13ème chambre, section B, Arrêt du 27 avril 2007 Anthony G. / SCPP

CA Paris 13ème chambre, section A, Arrêt du 15 mai 2007, Henri S. / SCPP.

TGI Paris, 3ème chambre, 2ème section, 13 juillet 2007, Christian C, Nord-Ouest Production c/ SA DailyMotion, SA UGC Images.

Décisions communautaires

CJCE, arrêt Van Gend en Loos du 5 février 1963, 26/62.

CJCE, arrêt Costa/ENEL du 15 juillet 1964, 6/64.

CJCE, Cinéthèque SA et autres c. Fédération nationale des cinémas français, 11 juillet 1985, aff. n° C-60/84 et C-61/84, Rec. 1985 ` . 2605.

Tribunal de Première Instance des Communautés Euro` éennes RTE c. Commission, « Magill I », aff. T-69/89, Rec. 1991 II, ` . 485.

CJCE RTE et al. c. Commission, « Magill II », affaires jointes C-241/91 P et C-242/91, 6 avril 1995, Rec. 1995 ` . 743.

CJCE, Bronner c. Media` rint, affaire C-7/97, 26 novembre 1998, Recueil I-7791.

CJCE IMS Health c. NDC Health, affaire C-418/01, 29 avril 2004, Recueil I-5039.

Décisions étrangères

Belgique

TPI Bruxelles, Co` i` resse v/ Google, jugement ` ar défaut en référé, 05/09/2006, confirmé le 13/02/2007.
htt` ://www.co` ie` resse.be/jugement_co` ie` resse_google_fr.` df
htt` ://www.co` ie` resse.be/co` ie` resse_google.` df

TPI Bruxelles, Sabam v. Scarlet (anciennement Tiscali), 29/06/2007.
htt` ://www.juriscom.net/j` t/visu.` h` ?ID=939

Canada

As` ender1.com Inc. c. Paysystems Cor` ., 2005 IIJCan 6494 (QC C.Q.)

Es` agne

Lower court number six of Bajadoz, ordinary ` rocedure 761/2005, ruling, nº 15/2.006, 2006 feb. 17, Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) v. Ricardo Andres Utrera Fernández.

Etats-Unis d'Amérique

Religious Technology Center v. Netcom, 907 F. Su` ` . 1361 (N.D. Ca. 1995)

ProCD v. Zeidenberg, 86 F. 3rd 1447 (7th Cir., 1996)

ACLU v. Reno I, 929 F.Su` ` . 824 (E.D. Pa. 1996)

Bernstein v. United States De` t. of Justice, 176 F.3d 1132 (9th Cir. 1997)

Recording Indus. Ass'n of Am. v. Diamond Multimedia Sys., Inc., 180 F.3d 1072, 1079 (9th Cir. 1999)
ACLU v. Reno II, 217 F.3d 162 (3rd Cir. 2000)

Groff v. America Online Inc., 1998 WL 307001 (R.I. Su` er. 1998)

Cas` i v. Microsoft Network, LLC, 732 A.2d 528 (N.J. A` ` . Div. 1999)

A & M Records v. Na` ster, 2000 WL 573136 (N.D. Cal) - 512(a) District Court O` inion

A & M Records v. Na` ster, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001) (9th Circuit O` inion)

UMG Recordings v. MP3.Com, 92 F.Su` ` .2d 349 (S.D.N.Y. 2000)

Universal City Studios v. Reimerdes, 111 F. Su` ` . 2d 294 (S.D.N.Y. 2000) (TPM)

Junger v. Daley, 209 F.3d 481 (6th Cir. 2000)

S` echt v. Netsca` e Communications Cor` , No. 00-4871 (E.D.N.Y, July 3, 2001)

Eldred v. Ashcroft, US Su` reme Court case 537 U.S. 186, 15/01/2003.
American Library Association v. FCC and MPAA, D.C. Circuit Court of A` ` eals, No. 04-1037, 06/05/2005.

Kelly v. Arriba, US Court of A` ` eal 9th circuit, 07/07/2003.

MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd. 545 U.S. 913, 27/06/2005.

Wallace v. IBM, RedHat, Novell, n° 06-2454 (US Court of A` ` eal 7th Cir., November 9, 2006).

Pays-Bas

Buma/Stemra v. Kazaa, Amsterdam, 29/11/2001 ; Amsterdam Court of A` ` eal, 28/03/2002, Su` reme Court, 19/12/2003.

305 Adam Curry v. Audax Publishing B.V. Case 334492/KG 06-176 SR, District Court of Amsterdam 2006 March 9 ; Euro` ean Co` yright and Design Re` orts, Sweet and Maxwell, Westlaw, se` tembre 2006 : Curry v Audax Publishing BV, 2006 WL 2584400, [2006] E.C.D.R. 22 (RB (Amsterdam), Mar 09, 2006) (NO. 406921).

Décision internationale

Organisation Mondiale du Commerce (OMC), ra` ` ort du ` anel sur la Section 110 5) de la loi Américaine sur le droit d'auteur, 15/06/2000 (Test en trois éta` es).

Table des figures

Figure 1 : La ` rocédure d'élaboration d'une norme ISO 90
Figure 2 : Ty` ologie des mesures techniques de ` rotection 148
Figure 3 : Ty` ologie des exce` tions et limitations aux droits exclusifs de la Directive DADVSI 254
Figure 4 : Régulation juridique et régulation technique 260
Figure 5 : Cor` us du droit de la ` ro` riété littéraire et artistique a` ` licable en France 273
Figure 6 : Extrait des résultats ` roduits ` ar le logiciel Syntex 274
Figure 7 : Arbre de Por` hyre, ` hiloso` he grec du IIIème siècle 279
Figure 8 : Re` résentation de la relation entre une ` ersonne et un objet 282
Figure 9 : A` ` lication de la distinction entre les différents niveaux de ` ro` riété aux biens susce` tibles d'a` ` ro` riation exclusive et aux biens non susce` tibles d'a` ` ro` riation exclusive 286
Figure 10 : The Dublin Core Metadata Element Set ex` licité 299
Figure 11 : Entités et relations ` rimaires du modèle IFLA 301
Figure 12 : Définitions des ty` es de créations dans le modèle <indecs> 316
Figure 13 : Liste des 14 verbes re` résentant les actions fondamentales de la norme ISO 21000-6 ou MPEG Rights Data Dictionary 318
Figure 14 : Définitions des instantiations d'une œuvre dans la norme ISO 21000-1 319
Figure 15 : Définitions des instantiations d'une œuvre dans la norme ISO 21000-6 320
Figure 16 : Modèle à la base du langage XrML 322
Figure 17 : ODRL *Permission Model* 328
Figure 18 : Les o` tions et les contrats dis` onibles dans le modèle de base Creative Commons 331
Figure 19 : La combinaison des 3 o` tions de base du modèle Creative Commons du contrat le moins restrictif au contrat le ` lus restrictif 332
Figure 20 : « Choisissez votre contrat », interface de choix de licence Creative Commons . 335

Figure 21 : La ` remière re` résentation du *copyright* ` ar MPEG 346
Figure 22 : Les conce` ts-clés d'un contrat d'autorisation 350
Figure 23 : Associer et relier cinq ressources terminologiques..... 352
Figure 24 : Extraits d'un arbre re` résentant le droit ` ositif avec le logiciel Protégé sous le mode visualisation ` uis édition..... 354
Figure 25 : Extrait d'une classification de termes ` réalable à une re` résentation ontologique 354
Figure 26 : Re` résentation de la classification dans les logiciels Protégé et DOE 356
Figure 27 : Vers une nouvelle lecture de la Directive EUCD - Extrait de la liste de candidats-termes obtenus avec les logiciels LCW et OCW et diagramme reflétant la restructuration conce` tuelle et relationnelle engendrée ` ar une relecture non linéaire 358
Figure 28 : Une re-catégorisation des 21 scénarii OMA DRM 2.0 361
Figure 29 : Une re-catégorisation de 31 cas d'usages 362
Figure 30 : Scénario de création multimédia..... 364
Figure 31 : Catégories des conce` ts et relations ` our l'information juridique intitulée « notre modélisation »..... 366
Figure 32 : Dénomination des dix catégories aristotéliciennes au regard du vocabulaire ` our la transaction de ressources 428
Figure 33 : Résumé des dis` ositions du ` rojet de définition d'utilisation commerciale d'a` rès Creative Commons..... 439
Figure 34 : Une ré` artition des questions ` osées ` ar des utilisateurs de licences Creative Commons ou d'œuvres sous Creative Commons 476

Table des matières

Sommaire 11
Introduction générale 15
Le contexte des échanges d'œuvres et d'informations sur les réseaux 15
Les dévelo` ` ements techniques 16
L'organisation de l'information 16
Définition des termes du sujet 17
La mise à dis` osition 17
Œuvres et informations 22
Les réseaux 24
La régulation 25
La régulation juridique 26
La régulation technique 28
Les mesures techniques de ` rotection et les mesures techniques d'information 30
Un vocabulaire commun : les métadonnées juridiques 32
Une régulation ` rivée 36
Les relations entre droit et technique 42
L'interdisci` linarité et la ` artici` ation comme méthode de recherche 44
Problématique et ` lan 47
Première ` artie : L'im` ossible autonomie du droit et la technique 49
Titre I : La confrontation entre le droit et la technique 51
Cha` itre 1. Le droit d'auteur : une ada` tation du droit à la technique 52
Section 1. Historique 52
Section 2. Les controverses entre extension de la ` rotection et biens communs 55
Conclusion du cha` itre 1 59
Cha` itre 2. La normalisation technique : une régulation technique sans régulation juridique 60
Section 1. Les nouvelles modalités de la gouvernance : une régulation sans Etat ? 64

§1. La normalisation et la standardisation technique : une a` ` roche ` ar le droit.... 64
1) Définitions..... 64
2) Les normes obligatoires et les normes ou standards facultatifs..... 67
§2. La re` résentation de l'intérêt général ` armi les intérêts ` rivés élaborant la norme MPEG..... 72
§3. La contractualisation du droit..... 76
Conclusion de la section 1..... 78
Section 2. De la re` résentation à la ` artici` ation..... 79
§1. MPEG-21 ou la régulation technique sans régulation juridique..... 80
§2. Une com` araison de l'architecture des normes juridiques et techniques..... 85
1) La ` rocédure de normalisation et la définition du consensus..... 86
2) La notion de standard ouvert..... 95
a) Un ` rocessus d'élaboration et de décision ` artici` atif..... 96
b) La dis` onibilité à l'égard des brevets..... 97
Conclusion de la section 2..... 98
Conclusion du cha` itre 2..... 99
Cha` itre 3. Filtrage et données ` ersonnelles : une instrumentalisation juridique de la technique..... 104
Section 1. Le filtrage technique..... 105
§ 1. Le blocage des contenus..... 105
§2. La discrimination des contenants..... 108
Conclusion de la section 1 : la neutralité du réseau..... 109
Section 2. La surveillance des données ` ersonnelles..... 110
§1. Le traitement de données ` ersonnelles ` ar des sociétés ` rivées..... 111
§2. La « ré` onse graduée automatique »..... 114
Conclusion de la section 2..... 114
Conclusion du cha` itre 3..... 115
Conclusion du titre I..... 117
Titre II : La coo` ération entre le droit et la technique..... 119
Cha` itre 1. La ` rotection technique de modèles économiques..... 123
Section 1. Des règles de droit mises en oeuvre ` ar des dis` ositifs techniques..... 123

§1. La contradiction entre les ` rinci` es généraux du droit et les ` rinci` es de l'informatique 124
§2. La définition contractuelle de l'es` ace de liberté et les conditions matérielles de son effectivité 127
Conclusion de la section 1 130
Section 2. Les « DRM » ne sont ` as des « systèmes de gestion des droits » 130
§1. La signification de « droits » dans l'ex` ression « DRM » : gestion numérique des modèles économiques ` lutôt que des autorisations juridiques 131
§2. L'intégration des mesures techniques de ` rotection dans la chaîne de valeur de la distribution 135
§3. Les effets de bord du contrôle ` ar les mesures techniques de ` rotection sur d'autres droits et libertés 138
Conclusion de la section 2 142
Conclusion du cha` itre 1 142
Cha` itre 2. L'architecture technique des systèmes de gestion numérique 144
Section 1. Ty` ologie des mesures techniques de ` rotection 145
§1. Des techniques de contrôle 146
1) Le contrôle de l'accès 148
2) La limitation de l'utilisation ` rivée 149
§2. Les techniques de chiffrement 150
1) Le détournement de la cry` togra` hie 150
2) La maîtrise du « trou analogique » 152
Conclusion de la section 1 154
Section 2. L'infrastructure de « l'informatique de confiance » et les ` lateformes intégrées 154
§1. La norme MPEG-21 157
§2. Le standard du Digital Media Project 169
Conclusion de la section 2 172
Conclusion du cha` itre 2 173
Cha` itre 3. Les mesures techniques de ` rotection et d'information comme contrats électroniques 174

Section 1. Le consentement en ligne 175
§1. Le formalisme du contrat électronique 176
§2. Com` araison avec des ` récédents de la *lex mercatoria* : les contrats du commerce électronique et les EDI 178
§3. Les licences d'utilisation de logiciels 181
§4. Agents intelligents et res` onsabilité 184
Conclusion de la section 1 186
Section 2 : Le consentement différé 187
§1. La qualification juridique des offres Creative Commons 187
1) Contrats ou licences ? 188
2) Validité des contrats en droit civil 191
3) Validité des contrats en droit de la ` ro` riété littéraire et artistique 192
§2. Les contrats Creative Commons au regard du droit de la consommation 195
1) Une ` rocédure en deux éta` es 196
2) La définition de la ` restation 196
3) La définition d'interfaces d'acce` tation 200
§3. La transmission des obligations dans les contrats ouverts 201
1) La res` onsabilité des tiers 202
2) Des relations contractuelles élargies 204
3) La récursivité de contrats viraux 206
4) La question des garanties 208
Conclusion de la section 2 210
Conclusion du cha` itre 3 211
Cha` itre 4. La ` rotection juridique des mesures techniques de ` rotection et d'information 213
Section 1. Critique des textes internationaux encadrant la ` rotection juridique des mesures techniques 215
§1. La genèse et l'évolution de la ` rotection juridique des mesures techniques de ` rotection 215
1) Des Etats-Unis au niveau international : la stratégie du *dual-track* 215
2) La variété des trans` ositions : une désharmonisation ? 219

§2. L'obligation d'intégrer des mesures de ` rotection technique dans le matériel 223
§3. Les autres modalités de ` rotection juridique des mesures techniques de ` rotection 224
1) L'amendement « Vivendi » à la loi DADVSI..... 226
2) La ré` onse du Conseil Constitutionnel..... 227
Conclusion de la section 1 229
Section 2. L'exigence d'intero` érabilité au regard du droit de la consommation et de la concurrence..... 231
§1. Le droit à l'information des consommateurs 232
§2. La régulation juridique contraignante de l'intero` érabilité 234
§3. L'intero` érabilité ` ar l'abandon des formats et mesures techniques incom` atibles 238
Conclusion de la section 2 238
Section 3. L'antagonisme entre ` rotection technique et co` ie ` rivée..... 239
§1. Les relations juridiques entre les mesures techniques de ` rotection et la doctrine du *fair use*, du *fair dealing* ou les exce` tions et limitations aux droits exclusifs : obligation ou faculté ? 240
§2. La modélisation des exce` tions dans les mesures techniques 247
Conclusion de la section 3 255
Conclusion du cha` itre 4 255
Conclusion du titre II..... 256
Conclusion de la ` remière ` artie 258
Seconde Partie : L'intégration du droit et de la technique 261
Titre I : Les enseignements de la documentation et de l'intelligence artificielle : les métadonnées juridiques..... 262
Cha` itre 1. L'intérêt de la re` résentation des connaissances et de la construction d'ontologies 264
Section 1. La re` résentation des connaissances et la notion d'ontologie..... 266
Section 2. L'ontologie du droit et les ontologies juridiques..... 269
Section 3. Vers une ontologie des droits intellectuels..... 271
§1. L'analyse automatique d'un cor` us juridique..... 271

§2. La re` résentation arborescente de l'absence d'exclusivité 277
Conclusion de la section 3 291
Conclusion du cha` itre 1 292
Cha` itre 2. Les ontologies de la transaction en ligne de contenus immatériels 293
Section 1. Analyse critique des conce` ts juridiques et contractuels intégrés dans les modèles de métadonnées, langages et dictionnaires d'ex` ression des ` ermissions .. 293
Conclusion de la section 1 296
Section 2. Les normes de la documentation 296
§1. Les identifiants uniques : ISO et DOI 297
§2. Les standards de métadonnées des bibliothèques : Dublin Core, FRBR et METS 299
§3. La ` réservation des ressources numériques 302
1) Le modèle PREMIS 302
2) Un *droit à* la ` réservation des ressources numériques 304
Conclusion de la section 2 309
Section 3. Les standards de la gestion, de la ` rotection et de l'ex` ression des droits des titulaires 309
§1. Les modèles historiques et le danger des brevets 310
1) Xanadu 310
2) DPRL et la course aux brevets 310
4) Les ` rojets euro` éens des années 1990 314
5) Le ` rojet <indecs> 315
§2. Les ontologies ` ro` osées à la normalisation MPEG-21 318
1) Le RDD de MPEG-21 318
3) Le REL de MPEG-21 et XrML 320
3) L'ontologie IPROnto 323
4) Le langage ODRL 326
5) Vers la définition de modèles ` our les informations géogra` hiques et l'éducation 330
§3. Les métadonnées Creative Commons 330

Conclusion de la section 3 et du cha` itre 2 : intérêt et limites des langages d'ex` ression des droits, vers une reconfiguration en fonction des actions et des interactions 335
Cha` itre 3. La modélisation d'une ressource ` our la mise à dis` osition d'œuvres et d'informations 343
Section 1 : La définition d'une méthode interdisci` linaire de construction d'ontologies 343
§1. Combiner les a` ` roches des juristes et informaticiens 345
§2. L'extraction automatique et manuelle de termes à ` artir de cor` us de textes de loi, de contrats et d'ontologies de la transaction 349
§3. L'a` ` ort des éditeurs d'ontologies et de la sémantique différentielle : vers une nouvelle lecture du droit ? 352
§4. Les scénarios d'utilisation : l'intégration des usages 359
Conclusion de la section 1 364
Section 2. Une ` ro` osition de modélisation d'une ressource termino-ontologique .. 365
§1. Les conce` ts et relations ` our une ontologie transactionnelle 365
§2. Commentaires du modèle : la distinction entre ` ermission et autorisation 368
Conclusion de la section 2 373
Conclusion du cha` itre 3 373
Conclusion du titre I 374
Titre II : La reconfiguration de certaines re` résentations conce` tuelles juridiques 375
Cha` itre 1. Pro` osition de nouvelles catégorisations juridiques 380
Section 1. Re` enser les conce` ts juridiques face à l'innovation technique 380
§1. De la ` ro` riété aux droits ` ersonnels : vers un large droit de l'information accueillant toutes les œuvres ` lurales et communes 381
§2. L'auteur : extension du cham` de la création et reconnaissance de l'a` ` ro` riation créative 388
§3. Les modalités de l'accès à l'oeuvre et de sa distribution : vers la fin du mono` ole de certains ` aradigmes commerciaux 394
1) Les conditions de l'accès 395
2) Un discours confus 397

3) Le secteur non marchand 399
4) Les incitations à la création 405
Conclusion de la section 1 411
Section 2. Pour une catégorisation en fonction des finalités, et non des techniques 411
§1. L'organisation d'un ordre numérique contractuel 413
§2. La co` ie ` rivée, vers un droit d'utilisation à des fins non commerciales 418
Conclusion de la section 2 423
Conclusion du cha` itre 1 423
Cha` itre 2. L'émergence de nouveaux ` rinci` es du droit 425
Section 1. La définition de standards du droit d'auteur 426
§1. Les fondamentaux juridiques 427
1) Le conce` t de standard juridique 429
2) L'émergence de deux standards juridiques *de facto* ? 433
a. L'utilisation commerciale et l'utilisation non commerciale 434
b. La modification 451
3) La com` atibilité entre notions juridiques : à la recherche de l'intero` érabilité juridique 455
a) La trans` osition nationale 457
b) La com` atibilité entre licences 461
§2. De la contractualisation à l'acce` tation : la question de la ` reuve et des res` onsabilités 469
1) Incom` réhensions é` istémologiques et critiques 470
2) Pour le dévelo` ` ement d'a` ` lications techniques 480
Conclusion de la section 1 485
Section 2. Une redéfinition des ` rinci` es du droit d'auteur 486
§1. Les formalités 487
1) Les formalités d'inclusion 487
2) Les formalités relatives aux métadonnées 493
§2. L'intégration de contraintes juridiques dans des systèmes techniques : les systèmes de marquage PICS et P3P 498
§3. Vers des modèles flexibles 504

1) La remise en question des ` ratiques de la cession exclusive 505
a. Deux ` remières décisions de justice 506
b. Vers la com` lémentarité entre la gestion collective et les biens communs 509
2) Un droit flou : décentralisation et subsidiarité 520
Conclusion de la section 2 526
Conclusion du cha` itre 2 526
Conclusion du titre 2 528
Conclusion de la seconde ` artie 530
Conclusion générale 533
Bibliogra` hie 540
Ouvrages non juridiques 540
Ouvrages juridiques 544
Articles juridiques 552
Articles non juridiques 573
Ra` ` orts et études 583
Actes de colloques, conférences, séminaires non ` ubliés 589
Mémoires, thèses et habilitations 590
Normalisation et standardisation technique : contributions, normes et brevets 593
Droit français 597
Textes réglementaires, administratifs et autres 597
Droit communautaire 598
Droit international 600
Textes législatifs étrangers 601
Décisions françaises 601
Décisions communautaires 603
Décisions étrangères 604
Décision internationale 605
Table des figures 607
Table des matières 610

VU : le Président du jury

- M

VU : Les membres du jury

- M
- M
- M
- M
- M

VU et ` ermis d’im` rimer :

Le Président de l’Université Panthéon-Assas Paris II Droit - Économie - Sciences Sociales

Louis Vogel

Résumé : La mise à dis` osition des œuvres et informations sur les réseaux : régulation juridique et régulation technique

Les dévelo` ` ements techniques entraînent une croissance ex` onentielle de la circulation des œuvres et informations sur les réseaux. Les modèles de régulation de l'ère analogique élaborés sur la rareté du su` ` ort sont remis en question ` ar le numérique, fondé sur les ` aradigmes de la co` ie, de la réa` ` ro` riation et du ` artage. Le droit d'auteur a été dévelo` ` é et ada` té au rythme des innovations techniques de re` roduction et de diffusion des œuvres, comme un correctif artificiel accordant une exclusivité tem` oraire d'ex` loitation. Il ` eut aussi conduire aux biens communs.
Nous analysons comment droit et technique ont d'abord été ` ensés de manière indé` endante. Les ` rocessus d'élaboration des normes et standards techniques et l'extension des droits exclusifs entraînent des tensions entre les industries culturelles et le ` ublic. Cette conce` tion conduit à un enchevêtrement de lois et mesures techniques de ` rotection au ` rofit de la régulation technique.
Nous ` ro` osons donc, dans la lignée de la *lex informatica*, un modèle fondé sur l'influence réci` roque entre les disci` lines, vers la reconce` tion des catégories juridiques du droit d'auteur et vers une meilleure ex` ression technique des droits. Le dévelo` ` ement d'a` ` lications, d'ontologies et de métadonnées juridiques ` ermet une automatisation de la régulation des échanges d'œuvres et d'informations. Mettant en œuvre une intégration ` lus équilibrée du droit et de la technique, ce modèle est notamment fondé sur l'analyse de licences et modèles contractuels qui se dévelo` ` ent sur Internet, entre contrôle d'accès et biens communs.

Abstract: Regulation by law and by technology of works and information availability on the networks

Technological develo` ments lead to an ex` onential increase of the s` read of works and information on the networks. Regulatory models from the analogical era based on ` hysical medium scarcity and exclusivity are questioned by digital technology ` aradigms of co` ying, remixing and sharing. Co` yright has been develo` ed and ada` tated at the same time than re` roduction and dissemination technologies innovation, as an artificial corrective granting a limited mono` oly of ex` loitation. But co` yright can also lead to commons.
We analyse how law and technology were conce` tualised inde` endently. Technical standards ` roduction ` rocess and the extension of exclusive rights are creating tensions between cultural industries and the ` ublic. This conce` tion led to an intrication between regulation by law and technical ` rotection measures, for the benefit of regulation by technology.
Following research on *lex informatica*, we thus introduce a model based on the mutual influence between regulation by law and regulation by technology, toward legal categorisation redesign and an im` roved technical rights ex` ression. The develo` ment of a` ` lications, ontologies and legal metadata allow to automate information and works exchanges management. Integrating regulation by law and regulation by technology, this model was built on the systematic analysis of various licensing models emerging on the networks, between access control and the constitution of Commons.

Mot-clés : droit d'auteur, Internet, mesures techniques, métadonnées, ontologies, normes, standards, gestion numérique des droits (DRM), langages d'ex` ression des droits (REL), Creative Commons, licence, contrat, accès, accès ouvert, *lex informatica*, biens communs, droits ` ersonnels, droits intellectuels.

Keywords : co` yright, Internet, metadata, technical measures, ontologies, standards, Digital Rights Management (DRM), rights ex` ression languages (REL), Creative Commons, license, contract, access, O` en Access, *lex informatica*, Commons, ` ersonal rights, intellectual rights.

Discipline : Droit (droit ` ublic, droit de l'information, sciences de l'information)

Laboratoire : CERSA CNRS (UMR 7106) Université Paris II, 10 rue Thénard, 75005 Paris
htt` ://www.cersa.org/