

Les licences Creative Commons sont-elles des contrats valides en droit français ?

Par Thomas Amico

Etudiant

Email : contact@tomamico.com

« It is especially meaningful that this project [of spreading Creative Commons tools worldwide] takes root in France. France has long stood for two ideals that we believe Creative Commons embodies: liberty, and the respect for authors'rights. »

Lawrence Lessig in *International Commons at the Digital Age*¹

Les licences *Creative Commons* sont apparues en 2001 sous l'impulsion du Professeur Lawrence Lessig de l'Université de Stanford en Californie. Cet auteur est entre autre connu pour avoir écrit quelques ouvrages² dénonçant les excès du droit d'auteur outre-Atlantique. Le projet *Creative Commons* a pour objectif de fournir aux auteurs des licences leur permettant d'autoriser largement la réutilisation et la circulation de leurs créations, ainsi que leur partage et la réalisation d'œuvres dérivées. Le parallèle avec le monde du logiciel libre est flagrant : le droit d'auteur est en effet là aussi utilisé pour permettre la distribution, la modification et la copie des logiciels dits « *open source* ». Proposées dans 34 pays³, les licences *Creative Commons* visent tout type de contenu qu'il s'agisse de sons, textes, vidéos ou images. Les licences ont du être adaptées au droit local ; en particulier, la transposition en droit français a posé divers problèmes en raison des divergences entre la vision du droit d'auteur par les pays de *common law* et le code de propriété intellectuelle français. Des décisions de justice récentes, au Pays-Bas (mars 2006) et en Espagne (février 2006), ont reconnu les licences *Creative Commons* comme de véritables contrats d'auteur dont la violation entraîne des sanctions⁴.

Le projet *Creative Commons*, en France, est la traduction et l'acceptation de contrats de licence établis par l'*International Commons*⁵, en droit national. Ce projet vise à la fois l'homologation des contrats de licence par l'organe international et le droit national via un organisme centralisateur qui en France est le CERSA, le *Centre d'Etudes et de Recherches de Science Administrative* (CNRS-Paris 2). En décembre 2003, le CERSA proposait une traduction littérale de ces contrats ; en novembre 2004, était publiée la traduction applicable en France. Cette traduction tient compte de deux contraintes fondamentales : la validité au regard du droit général des obligations et des contrats d'auteur ainsi que le respect des droits moraux des auteurs. Nous y reviendrons car c'est précisément le sujet de cet article.

Pas moins de 6 licences différentes sont offertes aux auteurs français⁶. Elles ont toutes en

¹ D. Bourcier et M. Dulong de Rosnay, *International Commons at the Digital Age: La création en partage*, Romillat, 2004. L'ouvrage est disponible sous licence *Creative Commons* sur Internet : <<http://fr.creativecommons.org/iCommonsAtTheDigitalAge.pdf>>.

² L. Lessig, *The Future of Ideas : The Fate of The Commons in a Connected World*, *First Vintage Books* Edition, 2002. L. Lessig, *Free Culture*, *Penguin*, 2004, publié également sous licence *Creative Commons* sur Internet : <<http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf>>.

³ <<http://creativecommons.org/worldwide/>>.

⁴ Pour plus de détails sur ces affaires, voir <<http://fr.creativecommons.org/weblog/index.php?2006/03/22/44-deux-decisions-de-justice-confirment-lapplicabilite-des-contrats-creative-commons-en-espagne-et-aux-pays-bas>>.

⁵ « L'objectif du projet *International Commons* dirigé par Christiane Asschenfeldt est d'adapter les textes afin de faciliter leur utilisation dans le monde » sur <<http://fr.creativecommons.org/institution.htm>>.

⁶ *Creative Commons* a également développé d'autres licences destinées à des œuvres particulières comme celles du domaine public ou des pays en développement. Ces licences ne seront pas discutées dans cet article.

commun de mentionner le nom de l'auteur, c'est-à-dire que l'option « *attribution* » de l'œuvre originale à son auteur ou « *paternité* » doit être toujours comprise dans les licences françaises⁷. Les 6 licences confèrent aux auteurs différentes options sur l'utilisation et le partage de leurs œuvres :

- **La licence « *Paternité* »** : elle autorise toute utilisation de l'œuvre, même commerciale, ainsi que sa modification. Le nom de l'auteur doit en outre être obligatoirement mentionné par l'utilisateur.
- **La licence « *Paternité - Partage des conditions initiales à l'identique* »** : l'utilisateur doit mentionner le nom de l'auteur et il peut modifier l'œuvre mais doit la distribuer sous la même licence. Toute utilisation, même commerciale, est permise.
- **La licence « *Paternité - Pas d'utilisation commerciale* »** : au-delà de la mention de l'identité de l'auteur, seule l'utilisation non commerciale est permise. L'œuvre peut toutefois être modifiée.
- **La licence « *Paternité - Pas d'utilisation commerciale - Partage des Conditions initiales à l'identique* »** : cette licence est la même que la précédente si ce n'est que toute modification de l'œuvre doit être distribuée au public dans le cadre d'une licence similaire.
- **La licence « *Paternité - Pas de modification* »** : le bénéficiaire de la licence doit mentionner le nom de l'auteur et n'est pas autorisé à modifier l'œuvre. Il peut toutefois reproduire et distribuer l'œuvre, dans le cadre d'une activité commerciale ou non.
- **La licence « *Paternité - Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification* »** : cette licence est la plus restrictive: le nom de l'auteur original doit être indiqué lors de la distribution ou de la communication de l'œuvre, aucune modification ni aucune utilisation commerciale de l'œuvre n'est autorisée.

Afin de faciliter le « couplage » des œuvres avec la licence qui les accompagne, une iconographie a été développée qui permet instantanément aux utilisateurs de savoir quels sont leurs droits. Ainsi il existe les icônes suivantes:

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			

source : <<http://fr.creativecommons.org/contrats.htm>>

Une fois le type de licence choisi, l'auteur se rend sur le site *Creative Commons* de son pays et télécharge le contrat final qui lui est fourni en trois exemplaires. Le premier est appelé *Legal Code* (ou Code Juridique) et constitue le contrat *in extenso* relatif à l'utilisation et au partage de l'œuvre. Figure aussi dans le « *package* » téléchargé, un résumé du contrat qui en reprend les principaux termes afin de ne pas « noyer » les néophytes. C'est ce document qui apparaîtra d'ailleurs en premier lorsque l'utilisateur cliquera sur les icônes associées à

⁷ A. Delvoie, « Les licences " Creative commons " de mise à disposition d'oeuvres en ligne », *La Gazette du Palais*, 19 avril 2005, n° 109, p. 24.

une œuvre sous *Creative Commons*. L'auteur disposera enfin d'un outil qui lui permettra de « marquer » son œuvre par du code informatique qui traduira les termes de la licence *Creative Commons* choisie. Il s'agit là de ce que Mélanie Dulong de Rosnay, une des responsables du projet *Creative Commons* au sein du CERSA, appelle une interface cognitive⁸ dont le mécanisme est proche de ce qui existe en matière de DRM. Le but poursuivi n'est cependant pas tant d'empêcher un usage non autorisé de l'œuvre mais de rendre les créations sous licences *Creative Commons* accessibles via des moteurs de recherches.

Les licences *Creative Commons* apparaissent certes comme une innovation majeure en termes de « philosophie » du droit d'auteur dans la mesure où elles sont utilisées comme instrument de permission plutôt que d'interdiction⁹. Une question se pose cependant quant à la transposition de ce modèle américain dans les divers ordres juridiques. En France, en particulier, la transposition n'a pas été une simple traduction des « *licenses* » californiennes. Les chercheurs de CERSA ont dû faire preuve d'une grande ingéniosité pour adapter les licences *Creative Commons* au droit d'auteur français.

A cet égard, les licences françaises *Creative Commons* sont-elles des contrats valides ? Sont-elles conformes au droit général des obligations ? Respectent-elles les particularités du code de la Propriété Intellectuelle (CPI) ?

1. Les licences *Creative Commons* et le droit général des obligations

a. Les licences *Creative Commons* comme contrats de louage ?

Les licences *Creative Commons* sont des documents-type qui permettent à l'auteur de définir les conditions d'utilisation, de modification et de partage de son œuvre. Ce sont des contrats d'adhésion dans la mesure où l'utilisateur n'a le choix qu'entre accepter ou refuser les conditions spécifiées par la licence, il ne peut pas négocier individuellement avec l'auteur les termes du contrat¹⁰. Pour mémoire, rappelons que le contrat d'adhésion est une « *dénomination doctrinale générique qui englobe tous les contrats dans la formation desquels le consentement de l'une des parties (ici l'utilisateur) consiste à se décider à saisir une proposition qui est à prendre ou à laisser sans discussion, adhérant ainsi aux conditions établies unilatéralement à l'avance par l'autre partie (l'auteur)* »¹¹. Dans le cas des licences *Creative Commons*, les conditions ne sont pas établies par l'auteur à proprement parler mais plutôt reprises telles qu'établies par l'organisation *Creative Commons*.

Le document *Creative Commons* est une sollicitation qui s'adresse à tous et propose un accès ou un usage d'une œuvre plus ou moins restreint. Ainsi, le texte des licences *Creative Commons* qualifie l'auteur d' « *Offrant* » et l'utilisateur d' « *Acceptant* ». L'Acceptant est soumis à certaines obligations définies dans le contrat, notamment celle d'inclure une copie de la licence à chaque exemplaire de l'œuvre qu'il partage, de faire figurer le nom de l'auteur et de garder intacte certaines dispositions du contrat, telles celles qui concernent l'exonération de responsabilité¹². Dès lors, comment qualifier le contrat une fois formé ?

En outre, aucun des contrats *Creative Commons* ne prévoit de transferts des droits de propriété de l'Offrant vers l'Acceptant. Il ne s'agit pas de contrats de cession ou de vente. L'auteur garde la pleine propriété de ses droits sur ses créations. Une qualification de prêt à

⁸ Mélanie Dulong de Rosnay, « Cognitive Interfaces for Legal Expressions Description – Application to Copyrighted Works Online Sharing and Transactions », in *D. Bourcier* (ed), *Legal Knowledge and Information Systems. JURIX 2003 : The Sixteenth Annual Conference*. Amsterdam : IOS Press, 2003, p. 121 et s., <www.jurix.nl/pdf/j03-13.pdf>.

⁹ S. Dusollier, « Les licences Creative Commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », *Propriétés Intellectuelles* 2006, n°18.

¹⁰ L. Aynès, *Les Obligations*, *Defrénois*, 2^{ème} éd, 2005, n°426.

¹¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *Association Henri Capitant/PUF*, 7^{ème} éd, 2005.

¹² Pour la licence « Paternité », voir <<http://creativecommons.org/licenses/by/2.0/fr/legalcode>> (cf. 4. Restrictions).

usage ou de commodat¹³ n'aurait quant à elle pas beaucoup de sens dans la mesure où le preneur doit rendre la chose après s'en être servie. Comme il s'agit d'œuvres immatérielles, bien souvent distribuées sous forme de copies numériques, on ne conçoit pas très bien ce que l'Acceptant pourrait bien rendre à l'Offrant, même par équivalence et lorsque l'emprunteur cesse de se servir de la chose¹⁴. Si certains auteurs envisagent ainsi que les œuvres de l'esprit puissent être prêtées¹⁵, il nous semble qu'une autre disposition du Code civil permet de mieux appréhender la nature juridique des licences *Creative Commons*.

L'article 1709 du Code civil offre une alternative très intéressante¹⁶. On pourrait en effet considérer le contrat de licence *Creative Commons* comme un louage de biens incorporels¹⁷, comme c'est le cas des licences « classiques » dans le domaine de la propriété industrielle ou du logiciel¹⁸. Un problème se pose cependant quant à la formulation de l'article qui stipule qu'il y a louage quand « *une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer.* » Ici, l'Acceptant ne rémunère pas l'Offrant via un quelconque paiement. On peut cependant considérer que le prix réside dans les obligations qui pèsent sur l'Acceptant, notamment le fait de mentionner obligatoirement le nom de l'auteur (obligation légale) et de s'abstenir d'imposer des conditions d'utilisation de l'œuvre qui modifient ou restreignent les termes de la licence *Creative Commons* ou d'apposer sur l'œuvre des dispositifs techniques (de type DRM par exemple) qui auraient le même effet. Ces obligations pesant sur l'Acceptant apportent des bénéfices certains à l'auteur qui voit son œuvre diffusée librement, avec son nom systématiquement mentionné. On peut y voir là le « paiement d'un prix », certes d'une tout autre nature que le versement d'une somme d'argent.

S'il est vrai que le terme de licence désigne une sous-catégorie de contrat de louage en matière de propriété industrielle ou de logiciel, on peut envisager de l'utiliser en matière de droit d'auteur et parler à ce titre de licence *Creative Commons*, se calant ainsi sur le terme anglais « *Creative Commons license* ».

En définitive, si le contrat de licence *Creative Commons* peut être considéré comme un contrat synallagmatique, et plus précisément comme un contrat de louage d'une chose incorporelle, une question subsiste cependant : comment se fait l'acceptation, nécessaire à la formation du contrat, notamment lorsque l'œuvre circule sur Internet et est mise à la disposition de tous ?

b. L'effet viral des licences Creative Commons

Le consentement se définit comme l'accord de deux volontés en vue de créer des effets de droit. Le contrat est formé par le seul effet du consentement, mais la volonté n'engage que si elle est éclairée et libre, c'est-à-dire exempte de vices.

Ici, comme dans tous les contrats de licences libres, chaque utilisateur de l'œuvre faisant l'objet de la licence est lié par les termes de cette dernière. C'est ce que Margaret Jane Radin a qualifié d' « *effet viral* » du contrat¹⁹. Un contrat est dit « viral » lorsque le bien qui en est l'objet porte en lui les termes du contrat, sous forme de code informatique par exemple, à

¹³ art. 1875 CCiv. M. Caron considère que les licences Creative Commons sont des commodats voir à ce sujet C. Caron, « Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français », *Dalloz* 2003, chron., p.1556.

¹⁴ P. Mauraie, L. Aynès et PY. Gautier, Les contrats spéciaux, *Defrénois*, 2004, n°910-917.

¹⁵ C. Alleaume, « Le prêt des œuvres de l'esprit », thèse, Caen, 1997.

¹⁶ <<http://fr.creativecommons.org/FAQjuridiques.htm>>.

¹⁷ Dir. M. Vivant, *Lamy Droit de l'Informatique et des réseaux*, 2006.

¹⁸ M. Clément-Fontaine, « La Licence publique générale de GNU », Mémoire de DEA n°42, Montpellier, 1999, <<http://crao.net/gpl/gpl-Contents.html>>.

¹⁹ M. J. Radin, « Humans, Computers and Binding Commitment », *Indiana Law Journal*, automne 2000, para 1125 et s. « *A viral contract [...] is simply an attempt to make commitments run with a digital object. [...] The initiator would like [...] to attach the obligations regarding the content to the content itself, so that everyone who comes into possession of the content would also inherit the obligations to the initiator. Viral contract attempts to make the fine print run with the product. In a sense, it is the ultimate instantiation of the contract-as-product model* » (para 1132).

chaque étape de distribution et qui lie, « par contamination », tout utilisateur. Nous avons précédemment mentionné que les œuvres placées sous licence *Creative Commons* sont marquées par du code informatique qui symbolise le contrat choisi par l'auteur. A ce titre, on peut facilement considérer que les licences *Creative Commons* sont des contrats viraux car les œuvres dont elles régissent le partage et l'utilisation portent en elles les termes du contrat²⁰. Tous les utilisateurs d'une œuvre sous *Creative Commons* se retrouvent donc liés par les termes du contrat de licence.

Les licences *Creative Commons* stipulent en effet que l'exercice des droits autorisés par l'auteur vaut acceptation par celui-ci des termes du contrat. Ceci semble contestable dans la mesure où la simple utilisation n'entraîne pas nécessairement adhésion aux termes de la licence. Pourtant un rapprochement avec l'article 1985 du Code civil concernant le mandat peut permettre de conclure que l'acceptation est parfois tacite et résulte du commencement de l'exécution de l'obligation. Il est en effet communément admis en droit des obligations français que l'exécution du contrat vaut acceptation²¹. Ici, la transformation, le partage ou encore la simple utilisation d'une œuvre, aux côtés de laquelle se trouve un logo *Creative Commons*, par un internaute vaut acceptation par ce dernier des termes de la licence *Creative Commons* qui accompagne l'œuvre. Après tout, l'internaute a toujours la possibilité de cliquer sur les icônes pour voir apparaître la licence et il est libre d'en étudier les termes pour déterminer si elle lui convient et s'il l'accepte. Comme de nombreux auteurs le soulignent²², il s'agit d'une situation assez similaire à ce qui se pratique dans le monde du logiciel avec les fameuses licences dites *shrink-wrap* dont l'utilisateur prend connaissance (et accepte !) une fois l'emballage déchiré et le logiciel bel et bien payé. Ce type de pratique est parfaitement admis par les tribunaux.

Ce mode de conclusion du contrat peut néanmoins sembler critiquable. D'une part, il y a de fortes craintes que des conditions inacceptables soient imposées aux utilisateurs sans que ces derniers en aient vraiment conscience. Cette critique peut être tempérée dans la mesure où le système *Creative Commons* donne des droits plutôt qu'il n'en restreint. D'autre part certains auteurs comme Elkin-Koren reprennent la thématique du « *contrat comme objet* »²³ développée entre autres par Radin en l'appliquant aux licences *Creative Commons*. Selon cette critique plus « philosophique », l'effet viral du contrat *Creative Commons* fait de l'œuvre qu'elle régule un produit comprenant ses propres conditions d'utilisation et cela contribue à la marchandisation du droit d'auteur²⁴, effet que le système *Creative Commons* vise précisément à combattre.

Au delà de ces critiques qui dépassent le cadre de cet article, il n'en demeure pas moins que la licence *Creative Commons* peut être vue comme un contrat de louage d'une chose incorporelle, avec effet viral et à acceptation tacite de la part des utilisateurs. Le contrat semble valide au regard du droit général des obligations dont les principes régissent sa formation et sa vie. Le contrat *Creative Commons* est, en effet, une substitution au droit commun d'auteur tel qu'issu de la propriété littéraire et artistique en droit français. Il ne s'agit, en aucun cas, d'une substitution : à défaut, c'est le droit commun et le droit d'auteur (tel qu'il figure dans le CPI) qui s'appliquent. Pour ce qui est de la responsabilité de l'auteur par exemple, elle sera régie par le droit commun de la responsabilité délictuelle. Ainsi, l'exonération de responsabilité de la version américaine n'a pas du tout été transposée en France, où l'offrant s'engage à permettre une jouissance paisible au public. Il garantit qu'il est le titulaire de l'ensemble des droits en jeu (par exemple en certifiant que l'œuvre n'est pas une contrefaçon), qu'il n'a pas noué de relation contractuelle l'empêchant d'en disposer, et

²⁰ Dusollier, précit.

²¹ Cf. par exemple Cass. Com, 25 juin 1991, Bull. Civ IV, n°234 ou dans le domaine du logiciel libre, voir une décision d'une juridiction allemande du 5 avril 2004, <http://www.internet-observatory.be/internet_observatory/pdf/legislation/jur/jur_de_2004-04-05.pdf> (citée par Dusollier, supra).

²² Clément-Fontaine (1999) précit. ; Dusollier (2006) précit. ; Et surtout, N.Elkin-Koren, « What Contracts Can't Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons », *Fordham Law Review*, vol. 74, 2005, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=760906#PaperDownload>.

²³ N. Elkin-Koren (2005), précit.

²⁴ M.J. Radin (2000), précit.

que l'œuvre offerte ne porte pas atteinte à d'autres droits de tierces parties (par exemple par diffamation ou non respect du droit à l'image ou encore par le non respect du mandat donné à une société collective de gestion).

En outre, comme le contrat *Creative Commons* organise les conditions de circulation d'œuvres artistiques et littéraires, il est aussi soumis aux règles du CPI. Comment s'est-il adapté aux particularités du code ? Comment s'accommode-t-il en particulier du droit moral, norme impérative en droit français ?

2. L'adaptation des licences *Creative Commons* aux particularités du Code de la propriété intellectuelle

a. Les licences *Creative Commons* face au formalisme du CPI

Le contrat *Creative Commons* est un contrat innommé dans le CPI qui a pour objet l'exploitation d'une œuvre et est donc soumis au droit commun des contrats d'auteur, c'est à dire aux articles L. 131-1 du CPI et suivants²⁵. L'article L. 131-3 stipule par exemple 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'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* ». L'article 3 intitulé « Autorisation » des licences *Creative Commons* spécifie l'étendue des droits proposés. Ainsi on peut lire pour ce qui est de la licence « Paternité » (gras ajouté) :

« *Soumis aux termes et conditions définis dans cette autorisation, et ceci pendant toute la durée de protection de l'Œuvre par le droit de la propriété littéraire et artistique ou le droit applicable, l'Offrant accorde à l'Acceptant l'autorisation mondiale d'exercer à titre gratuit et non exclusif les droits suivants :*

- *reproduire l'Œuvre, incorporer l'Œuvre dans une ou plusieurs Œuvres dites Collectives et reproduire l'Œuvre telle qu'incorporée dans lesdites Œuvres dites Collectives;*
- *créer et reproduire des Œuvres dites Dérivées;*
- *distribuer des exemplaires ou enregistrements, présenter, représenter ou communiquer l'Œuvre au public par tout procédé technique, y compris incorporée dans des Œuvres Collectives;*
- *distribuer des exemplaires ou phonogrammes, présenter, représenter ou communiquer au public des Œuvres dites Dérivées par tout procédé technique;*
- *lorsque l'Œuvre est une base de données, extraire et réutiliser des parties substantielles de l'Œuvre.*

Les droits mentionnés ci-dessus peuvent être exercés sur tous les supports, médias, procédés techniques et formats [qu'ils soient connus aujourd'hui ou mis au point dans le futur, uniquement dans la version originale]. [...] ».

(source <<http://creativecommons.org/licenses/by/2.0/fr/legalcode>>)

La licence *Creative Commons* est donc dite perpétuelle, du moins pour la durée du droit d'auteur applicable à son objet. Sa durée est clairement identifiée dans l'article 3 de la licence. L'étendue géographique (le monde entier) des droits concédés est aussi clairement spécifiée.

La destination apparaît elle aussi en trame de fond de l'article. Elle consiste principalement à la contribution par l'auteur à un fonds commun d'œuvres plus ou moins librement modifiables et partageables. Il est à noter que l'article L. 122-7 du CPI autorise la cession des droits de reproduction et de représentation à titre gratuit. L'article L. 122-7-1 ajouté par la loi du 1^{er} août 2006 dispose notamment que « *l'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la*

²⁵ Christophe Caron, Droit d'auteur et droits voisins, LexisNexis, Paris, 2006.

disposition du public, sous réserve des droits des éventuels coauteurs et de ceux des tiers ainsi que dans le respect des conventions qu'il a conclues ». On pourrait y voir là une reconnaissance implicite des licences *Creative Commons* considérées comme des conventions conclues par l'auteur.

L'article 3 de la version originale des licences *Creative Commons* prévoyait la distribution sur tout support connu ou « *mis au point dans le futur* »²⁶. A cet égard, l'article L. 131-6 autorise la cession qui confère une exploitation sur une forme « *non prévisible ou non prévue à la date du contrat* ». La clause doit être expresse, ce qui était bien le cas. Cependant, comme la clause doit aussi prévoir une participation aux profits d'exploitation, elle a été écartée à l'instar du droit allemand qui n'admet pas l'exploitation sous un format ou sur une forme du futur.

Pour ce qui est des cessions audiovisuelles, l'article L.131-3 du CPI stipule qu'elles doivent prévoir une rémunération. Comme mentionné précédemment, la rémunération peut s'analyser ici dans les obligations de l'Acceptant de ne pas entraver la circulation de l'œuvre et d'y apposer systématiquement le nom de son auteur, lui faisant ainsi de la « publicité » qui lui est profitable. C'est à cette position que semble d'ailleurs s'être ralliée la jurisprudence²⁷.

Enfin, à première vue, il semblerait, aux termes de l'article L.131-3 du CPI que l'autorisation d'adaptation audiovisuelle doive figurer dans un document séparé. Faudrait-il dès lors deux licences *Creative Commons* distinctes ? La réponse est négative car le contrat *Creative Commons* n'est pas un contrat d'édition au sens de l'article L. 132-1 du CPI. Il n'y a en effet pas mention d'un éditeur chargé de la « fabrication » de l'œuvre dans le texte des licences *Creative Commons*.

La transposition française des licences *Creative Commons* semble donc respecter le formalisme imposé par le CPI, en particulier par l'article L.131-3. Cependant si les licences sont valides au regard du droit général des obligations et du droit commun des contrats d'auteur, qu'en est-il du respect des droits moraux des auteurs, règles impératives du droit français ?

b. Le respect des droits moraux et les licences Creative Commons

Les droits moraux sont attachés à la personnalité de l'auteur et comprennent le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre²⁸, le droit de choisir du moment et des modalités de sa publication (droit de divulgation)²⁹, le droit de s'opposer à toute déformation ou mutilation de l'œuvre (droit au respect de l'oeuvre)³⁰, le droit de s'opposer à toute utilisation pouvant porter atteinte à la réputation ou à l'honneur de l'auteur ainsi que le droit de retrait et de repentir³¹, c'est-à-dire qu'un auteur peut retirer son oeuvre de la circulation (retrait) en échange d'une compensation des personnes engagées dans sa distribution ou peut la modifier sans que son exploitation ne soit irrémédiablement compromise (repentir). Contrairement aux droits patrimoniaux, les droits moraux sont inaliénables, perpétuels et imprescriptibles : un auteur ne peut pas les céder (mais ils sont transmis par héritage car perpétuels), ils n'expirent pas et il est impossible d'y renoncer. Ils constituent ainsi un ensemble de règles impératives auxquelles on ne peut pas déroger. Les licences *Creative Commons* ont dû faire l'objet de quelques adaptations afin de respecter les droits moraux des auteurs.

Pour ce qui est du droit de revendiquer la paternité d'une œuvre, la traduction française des licences *Creative Commons* a écarté une option dite de « *non-attribution* » disponible dans la version américaine. Cette licence permet en effet de ne pas nommer l'auteur de l'œuvre si

²⁶ Voir <http://fr.creativecommons.org/menu3/main_faqjur.htm#N3>.

²⁷ CA Paris, 21 septembre 1990 citée in A et H. J. Lucas, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Litec, 3^{ième} édition, 2006.

²⁸ Art. L. 121-1 CPI.

²⁹ Art. L. 121-2 CPI.

³⁰ Art. L. 121-1 CPI.

³¹ Art. L. 121-4 CPI.

l'utilisateur le souhaite. Ainsi, pour des raisons d'ordre public, l'option « paternité » est commune à toutes les licences *Creative Commons* car l'auteur doit toujours être en mesure de revendiquer la paternité d'une œuvre. Une question peut être néanmoins soulevée par le point 4.a des licences *Creative Commons*. Celui-ci stipule notamment « *Si l'Acceptant crée une Oeuvre dite Collective, à la demande de tout Offrant, il devra, dans la mesure du possible, retirer de l'Oeuvre dite Collective toute référence au dit Offrant, comme demandé* »³². Ici, la renonciation ne peut être que temporaire car un contrat qui stipulerait une renonciation définitive à la revendication de la paternité serait nul. Les règles jurisprudentielles s'appliquant au contrat de nègre trouveraient aussi ici sans doute à matière à s'appliquer³³.

Pour ce qui est du droit de divulgation, l'Offrant conserve le contrôle du moment et des conditions de la divulgation de son œuvre. Les conditions sont librement fixées par lui et rien dans les licences *Creative Commons* ne restreint sa liberté en la matière. Une interrogation peut néanmoins émerger notamment pour ce qui est de la licence « partage à l'identique » et « pas d'utilisation commerciale ». Cela restreint-il la liberté d'un Acceptant ayant modifié une œuvre (étant donc devenu auteur) de la distribuer aux conditions qu'il souhaite ? Ici encore, il est bon de rappeler que le système *Creative Commons* ne se substitue pas au droit commun et qu'il ne porte préjudice à aucun des droits applicables. L'Acceptant (devenu auteur) peut divulguer son œuvre quand bon lui semble et s'il souhaite la distribuer à des conditions différentes que celles fixées par l'Offrant dans le contrat initial, il doit obtenir l'accord écrit de ce dernier, comme le prévoit le droit commun.

En ce qui concerne le droit au respect de l'œuvre, il trouve pleinement à s'appliquer dans le système *Creative Commons*. L'autorisation de modifications de la création originale n'équivaut pas à un manque de respect de l'œuvre et par là même à une aliénation du droit moral. « *Remixer* » un morceau de musique, par exemple, n'est pas (toujours) une mutilation ! En outre, autoriser des modifications n'implique pas du tout que ces dernières puissent porter atteinte à l'intégrité de l'œuvre ou à l'honneur et la réputation de son auteur. L'adaptateur doit respecter l'esprit de l'œuvre et son style³⁴. La Cour de Cassation invite les adaptateurs à ne pas dénaturer le style de l'œuvre originale, tout en leur laissant une grande liberté « *pour trouver [...] une expression nouvelle de la substance de l'œuvre* »³⁵. Si l'œuvre devait se voir dénaturée dans son style et son esprit, l'auteur serait en droit de poursuivre l'Acceptant qui aurait enfreint les règles impératives du droit commun. Ici, ce sont clairement les principes et la jurisprudence relatifs au droit au respect par l'auteur d'une œuvre dérivée qui s'appliquent : tout est une question de limite.

Enfin, l'auteur conserve la possibilité d'exercer son droit au retrait et au repentir s'il le juge opportun. La diffusion via Internet peut rendre l'effectivité de sa décision problématique mais le point 7.b de la licence prévoit en tout état de cause que « *l'Offrant se réserve à tout moment le droit d'exploiter l'Oeuvre sous des conditions contractuelles différentes, ou d'en cesser la diffusion* »³⁶, ce qui consacre le droit moral de l'auteur au retrait et au repentir. Néanmoins, comme en droit commun, l'auteur qui décide de mettre fin au contrat de *Creative Commons* ou de retirer son œuvre de la circulation doit respecter les droits des tiers de bonne foi. L'article L. 121-4 pose une condition claire à l'exercice du droit de repentir : l'auteur ne peut exercer son droit de retrait qu'à condition d'indemniser au préalable le cessionnaire du préjudice causé. Ainsi, le premier auteur doit indemniser ceux à qui il a cédé des droits d'exploitation. Il faut cependant souligner que dans le cas des licences *Creative Commons*, le droit de repentir apparaît assez théorique. Ceux qui bénéficient d'une œuvre sous licence *Creative Commons* n'auront pas la plupart du temps connaissance du souhait de l'auteur de retirer son œuvre et continueront de la diffuser. De plus, dans le cas de la circulation d'une œuvre sur les autoroutes de l'information, le droit au retrait se trouve presque réduit à néant. Il semble donc que le droit de repentir se concrétisera principalement dans des relations *intuitu personae*.

³² Voir <<http://creativecommons.org/licenses/by/2.0/fr/legalcode>>.

³³ C. Caron, Para 250, précit.

³⁴ Frédéric Pollaud-Dulian, Le droit d'auteur, *Economica*, 2005 n°642 et s.

³⁵ Cass, Civ 1^{ère}, 22 novembre 1966, « Dialogues de Carmélites », Bull n° 518.

³⁶ Voir <<http://creativecommons.org/licenses/by/2.0/fr/legalcode>>.

Conclusion

Les licences françaises *Creative Commons* semblent donc bel et bien être des contrats. La qualification la plus adéquate est certainement celle du louage d'une chose incorporelle, contrat à effet viral et de type « contrat d'adhésion ». Comme nous avons tenté de le démontrer dans l'exposé qui précède, les contrats français *Creative Commons* paraissent valides aussi bien au regard du droit général des obligations qu'en ce qui concerne le droit commun contenu dans le CPI. Les contrats *Creative Commons* respectent en effet tant le formalisme nécessaire à la validité d'un contrat qui a trait aux conditions d'exploitation d'une œuvre que les droits moraux de l'auteur qui n'apparaissaient pas clairement dans la version originale faute de leur reconnaissance par le droit d'auteur américain.

La réponse définitive à la question de savoir si les licences *Creative Commons* sont des contrats valables en droit français ne sortira sans doute pas d'un article de doctrine mais plus probablement d'un arrêt d'une Cour de justice, à l'instar de ce qu'ont décidé les juges néerlandais et espagnols en reconnaissant les contrats *Creative Commons* comme valides et créateurs d'obligations. Le suspens reste donc entier : le juge français va-t-il adouber le contrat *Creative Commons* ? On ne peut que le souhaiter !

T. A.