



Ce document a été publié le 15/08/2012 par Max Chouzier sur le site <http://www.e-juristes.org>.

Il est publié sous licence Créative Commons CC BY-SA 2.0
<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.0/fr/>

Mémoire

Master 2 droit et pouvoirs publics, spécialité droit des nouvelles technologies et société de l'information

Mémoire sous la direction du professeur **Antoine Gitton**

« L'appréhension de la culture participative par le droit d'auteur »

Par Max Chouzier

Année 2011 – 2012

Chapitre préliminaire : la culture participative

Section 1 : l'émergence d'une culture de la participation collective

Paragraphe 1 : l'installation d'un contexte technologique favorable

Paragraphe 2 : le participatif, un schéma désormais ancré dans les usages

Section 2 : les caractères de l'œuvre participative

Paragraphe 1 : typologie des œuvres participatives

Paragraphe 2 : essai de définition de l'œuvre participative

Chapitre premier : le droit d'auteur face à l'enjeu participatif

Section 1 : un droit ancien auquel s'oppose des nouveaux usages

Paragraphe 1 : un droit solide mais insuffisamment armé

Paragraphe 2 : un droit qui n'est pas conçu pour appréhender l'œuvre participative

Section 2 : critique et analyse des dispositions légales qui pourraient encadrer l'œuvre participative

Paragraphe 1 : l'œuvre participative déjà appréhendée par le droit ?

Paragraphe 2 : les imperfections du dispositif

Chapitre second : quel régime pour l'œuvre participative ?

Section 1 : des enseignements à tirer des pratiques observables

Paragraphe 1 : tirer des leçons du développement des licences libres

Paragraphe 2 : s'inspirer du fonctionnement du site HitRecord

Section 2 : Repenser la philosophie du droit d'auteur

Paragraphe 1 : vers un régime qui s'éloigne de la propriété ?

Paragraphe 2 : quel objectif pour le droit d'auteur ?

« Le changement, c'est maintenant ». C'était le slogan d'un homme politique, sa phrase de rassemblement avant qu'il ne devienne Président de la République. C'était surtout un message incroyablement ancré dans la réalité. Une réalité non pas partisane à l'appui d'une politique, d'une idéologie ou d'une personnalité, mais une réalité tangible symbole d'un monde qui n'est plus le même qu'hier mais qui n'est pas encore si proche que cela de celui de demain. « Le changement, c'est maintenant » était une phrase d'accroche pour susciter l'adhésion des électeurs sur un programme futur. Loin de toute considération prosélyte, on ne pouvait trouver meilleure accroche pour traiter de la culture aujourd'hui, en pleine mutation.

La culture est un ferment des peuples. Elle est tout à la fois « ce qui est différent de la nature », c'est-à-dire ce qui est de l'ordre de l'inné et non de l'acquis⁵ et « l'ensemble des usages, des coutumes, des manifestations artistiques, religieuses, intellectuelles, qui définissent et distinguent un groupe, une société »⁶. Culture et création, véritables Castor et Pollux de la construction des sociétés humaines, sont indissociablement liées dans une évolution perpétuelle au sein de laquelle la création amène la création qui participe à la culture autant que la culture a pu influencer sur la création. C'est dans ce contexte de mutation constante que s'inscrivent nécessairement toutes les recherches relatives au droit d'auteur, qui, s'il traite avant tout de l'auteur, traite incidemment de l'œuvre en elle-même, donc de la création. L'histoire de la création et celle de la culture sont le récit de cette évolution constante émaillée de révolutions majeures. Ces révolutions sont de différentes portées, de différentes origines et de différents types. On retrouve bien entendu de réelles révolutions artistiques, symboles de la capacité de l'esprit humain à se renouveler et à découvrir de nouvelles façons de reproduire l'existant et de rêver l'inexistant. Mais les révolutions qui nous intéressent plus particulièrement dans le cadre de ce mémoire sont d'un autre ordre, ce sont les révolutions qui touchent non pas à l'art lui-même mais celles qui ont trait aux moyens de diffuser la culture. L'invention de l'écriture permit d'exprimer à travers un langage les idées de l'Homme. L'imprimerie permit de diffuser ces écrits à un public incroyablement plus large, bouleversant radicalement la façon de conceptualiser le travail d'auteur et créant même la discipline du droit relatif à l'auteur. Voilà qu'en 2012 nous sommes arrimés à ce tracteur fou du numérique, qui nous entraîne vers des futurs qu'il est encore impossible de prévoir. La révolution numérique, qui prend sa source il y a maintenant plusieurs dizaines d'années, est un réel facteur de bouleversement des sociétés modernes. Une fois encore, la perception de l'œuvre est amenée à changer de même que l'est la

⁵ Expression issue de la page Wikipédia sur la culture.

⁶ Définition donnée par le dictionnaire Larousse.

perception de l'auteur. Ce travail, on le voit, ne se fera pas sans douleurs et cris. La défiance face au changement est une conseillère souvent mal avisée, mais elle est particulièrement écoutée par ceux dont le maintien d'une situation a permis d'acquérir une position confortable. Les industries de « l'entertainment » sont aujourd'hui arc-boutées sur une conception du droit d'auteur qui s'est construite en des temps désormais révolus. Ces mêmes industries, pourtant, savent qu'elles ont à gagner de certains assouplissements en la matière, dans la mesure où les sociétés françaises se sentent désormais de plus en plus écrasées par la force de l'auteur en droit français⁷. Cette dichotomie du discours de l'industrie a conduit, il faut le reconnaître, à un certain immobilisme tandis que la fureur des débats enflammés sur l'avenir de la création en France atteignait sans aucun doute son paroxysme.

En vérité, la création, et particulièrement son modèle économique, devront se réinventer. Ils le devront parce que les usages évoluent et qu'ils évoluent désormais de plus en plus vite. Les pirates d'hier, qui violaient impunément les règles de la propriété intellectuelle, se sont non seulement mués en un phénomène de masse mais ont en outre acquis une certaine légitimité face au grand public. Le terme même de « pirate », créé pour condamner des comportements illicites, s'est retourné contre ses créateurs jusqu'à devenir l'emblème d'un parti politique qui grignote peu à peu des places dans des scrutins nationaux d'Europe, véritable citrouille de Cendrillon qui se transforme en un carrosse pour porter des idées nouvelles. Et ces idées progressent, la mutation juridique est en cours alors que la mutation des usages a déjà eu lieu.

Aujourd'hui, plus que jamais, il est nécessaire d'avoir recours aux juristes pour empêcher que le droit ne se laisse déborder. Les juristes doivent s'affranchir de toute position idéologique pour proposer un cadre juridique qui soit adapté non seulement aux usages existants mais aussi à ceux qui vont venir. S'il est une constante qui accompagne toutes les mutations technologiques, c'est bien la présence de juristes. Quand les imprimeurs vénitiens commercialisaient au XV^{ème} siècle leurs premiers manuscrits, quand nos voisins d'outre-Atlantique creusaient le canal de Panama ou quand Amédée Bollée, en 1873, créait l'automobile, les innovations technologiques s'accompagnaient nécessairement de problèmes juridiques. Des bataillons de juristes se trouvaient là, commentant l'existant et imaginant, au côté des inventeurs, les applications possibles à venir. Or le droit d'auteur, qui est une incroyable « institution juridique », a atteint une complexité qui le rend peu à peu moins flexible au fil du temps. Le droit d'auteur est un véritable « droit-artichaut », un monument qui semble simple et cohérent au premier regard mais qui, dès lors qu'on l'épluche, révèle mille complexités. Au dernier regard, l'assiette juridique est pleine et l'on n'est pas certain d'avoir mieux

⁷ Cf infra.

compris la matière.

Parmi les révolutions en termes d'usage, il y a celle de la culture participative. La participation des Hommes à des entreprises communes n'est pas chose nouvelle. De tous temps, les compétences, les idées, les savoirs et les portes-monnaie se sont associés pour mener des combats communs. Mais en permettant techniquement à chacun de s'associer avec des individus situés à n'importe quel point géographique de la planète, la révolution numérique a démultiplié les possibilités de mise en commun. À cela s'ajoute que l'accès à la culture a suivi ce même chemin démultiplicateur, permettant d'entrer en interaction avec n'importe qui pour créer sur la base de n'importe quoi. Le propos ici n'est pas de suggérer que l'art est désormais l'affaire de n'importe quel « jean-foutre », comme le voudrait une expression populaire, mais bien de faire constater que les internautes sont désormais des acteurs majeurs dans le monde de la culture, autant de petits grumeaux qu'il conviendra un jour d'intégrer plus efficacement à la pâte du droit d'auteur.

Ainsi les usages ont-ils évolué. Les mutations technologiques ont donné libre cours à une nouvelle façon d'appréhender la création : la culture participative. Les réussites et les caractéristiques de ce modèle feront l'objet d'un développement détaillé dans un chapitre préliminaire du présent document. On peut, pour commencer, noter la curieuse pluralité de définitions du terme « participer ». Participer, c'est « prendre part à » quelque chose, donner de son temps pour aider à sa réalisation. Participer c'est aussi contribuer, « payer une partie de ». Participer, c'est enfin « avoir droit à une partie de », comme lorsque l'on participe aux bénéfices d'une entreprise⁸. Cette polysémie se retrouve à travers l'étude qu'on va mener sur la culture participative et son pendant, l'œuvre participative.

L'objet du présent propos, on l'aura compris, est de mettre en résonance le droit d'auteur et le phénomène participatif. Il paraît nécessaire, aujourd'hui, de confronter un droit solide et établi à ces usages en plein développement, afin de déterminer pleinement si ce droit est suffisamment adapté et s'il va le rester. Les travaux de recherche sur l'impact des nouvelles technologies sur le droit positif sont monnaie courante, mais force est de constater que les réflexions autour de l'œuvre participative demeuraient éparses et s'attachaient à aborder un point précis de la matière, sans voir ou sans approfondir le caractère global du phénomène. Il s'agissait de démontrer que la culture participative est un tout cohérent, que Wikipédia n'est pas différent de 4chan ou de MyMajorCompagny. Il s'agissait d'expliquer qu'un régime juridique commun est possible, dès lors qu'il admet suffisamment de souplesse pour s'adapter aux innovations présentes et à venir. Si

⁸ Définitions tirées du dictionnaire de l'internaute.com.

d'éminents juristes écrivaient encore récemment « internet ? Mais c'est une poudrière juridique ! »⁹ ou « internet, c'est la mort du droit »¹⁰, il ne faut pas non plus nier au droit son incroyable capacité à s'adapter. Aujourd'hui, des règles écrites il y a cent ans s'appliquent sans être dépassées. Tout le travail, ici, sera d'essayer d'identifier si le droit d'auteur est de ces règles, s'il peut s'appliquer aux situations présentes, et s'il le fait de manière efficace.

L'objectif enfin est de réfléchir à ce qui peut être fait pour intégrer au mieux le concept de l'œuvre participative dans le champ du droit d'auteur. Il ne sera pas question ici d'inventer un nouveau régime juridique, mais plutôt de discuter des réflexions qu'il faut mener pour ériger un tel régime ou le fondre dans les mécanismes existants. Poser cette question revient à étudier les usages qui fonctionnent et leur traduction juridique, souvent bâties sur les règles du droit anglo-saxon, mais aussi à discuter de la philosophie du droit d'auteur et de la façon dont cette philosophie est aujourd'hui abordée.

Le travail ainsi évoqué revient donc bien à se demander dans quelle mesure le droit d'auteur est suffisamment armé pour appréhender la culture émergente de la création participative. On y répondra en expliquant dans un premier temps la culture participative, en constatant les convergences et divergences du droit d'auteur et de l'œuvre participative puis en réfléchissant à l'émergence d'un régime juridique adapté à l'œuvre participative.

9 Gérard HAAS, *Internet et protection des données personnelles*, Paris, Litec-jurisclasseur, 2004.

10 Isabelle FALQUE-PIERROTIN, *Internet et le droit*, conférence donnée à l'Académie des sciences morales et politiques, 26 mai 2008.

Chapitre préliminaire : la culture participative

On ne peut espérer réfléchir à l'établissement d'un régime juridique sans connaître précisément la matière à laquelle il se rapporte. Si l'on a pu déjà évoquer le phénomène participatif en introduction, il convient de développer le thème préalablement à la réflexion juridique dont ce mémoire fait l'objet. On racontera ainsi l'émergence de la culture de la participation collective, puis l'on s'essayera à caractériser l'œuvre participative.

Section I : l'émergence d'une culture de la participation collective

L'installation d'une ère participative est le fruit d'un chemin presque linéaire que l'on peut retracer sans réelles difficultés. Celle-ci tire en effet ses origines du terreau fertile qu'est le développement progressif des technologies modernes de l'information et de la communication, qui rendra possible un usage généralisé de la participation collective.

Paragraphe I : l'installation d'un contexte technologique favorable

Ce cheminement vers l'émergence d'une culture de la participation collective prend sa source dans la naissance d'internet, réseau des réseaux dont l'objectif est le partage de l'information. Le déploiement généralisé d'internet permettra le glissement du partage de l'information à une véritable interaction de tous les instants, rendue possible pour tout le monde et pour tout le temps.

A) Internet, la naissance d'une ère de partage

En décidant d'interconnecter des ordinateurs, les chercheurs du début des années 1960 ne pouvaient sans aucun doute pas imaginer quel monde allait naître de leurs tentatives encore hésitantes. L'idée qui préfigure ce travail de mise en réseau était incroyablement prémonitoire. On pensait alors que permettre aux machines de communiquer était un accélérateur pour la recherche et allait rendre possible des interactions mécaniques entre les machines, qui enrichiraient les travaux de calcul. L'apparition d'internet, au-delà de ces objectifs stratégiques, n'est rien d'autre que cela : une volonté d'enrichissement non plus des performances mécaniques, mais des savoirs humains. Dès lors que l'on a commencé à constituer ce réseau des réseaux, partager la connaissance est devenu une habitude pour les chercheurs en informatique, persuadés que le partage de l'information

permettait tout à la fois d'enrichir un socle commun de la connaissance et de nourrir les travaux et expériences de chacun. L'étude de cette période des débuts, pendant laquelle la création intellectuelle des uns permettait la création intellectuelle des autres, est intéressante à bien des égards. Les technologies qui sont apparues à l'époque ressortent, dans leur écrasante majorité, du droit des brevets. Elles ne seront pas étudiées dans le cadre du présent mémoire, bien que cette forme primaire du participatif puisse faire l'objet d'une étude sans doute poussée, qui apporterait peut-être des enseignements utiles au monde industriel au sein duquel le brevet est devenu ce roi fou, objet de tant de batailles vaines.

Internet, fondamentalement, n'est rien d'autre que du partage d'information. La popularité croissante de ce média, qui en fera un instrument de masse dès la fin des années 1990, est tout à la fois une cause et une conséquence du désir de partage d'informations des individus. Or, l'accès à l'information est une première étape nécessaire vers le développement de la participation collective, permise par le développement du partage mécanique entre les ordinateurs. C'est donc bien l'image d'un chemin qui se dessine, un chemin dont chaque étape entraînait inéluctablement vers la société d'aujourd'hui et dont internet représente le pivot le plus important en réussissant ce tour de force de connecter, en très peu de temps un nombre incroyable d'hommes et de femmes qui jusque-là n'avaient aucun moyen efficace ni d'agir ensemble ni de simplement se croiser.

B) *Le web 2.0, l'ouverture d'un monde d'interaction*

Il y a peu de vocables dont le périmètre et le sens même soient aussi flous que ceux du web 2.0¹¹. Le terme apparaît et se popularise en 2004 lors de conférences sur le thème de l'avenir d'internet. Si l'expression regroupe des significations diverses selon la personne ou l'organisme qui l'emploie, on peut lui accorder quelques portées qui sont unanimement reconnues.

Le web 2.0, c'est avant tout le symbole de la simplification des mécanismes du « world wide web » pour y permettre plus d'intuitivité. La notion regroupe bien plus d'éléments de nouveauté que le simple rafraîchissement graphique des pages internet, et l'on aurait tort de n'y voir que boutons rose-bonbon et bannières rayées. Un véritable travail d'ergonomie s'est peu à peu développé, alimenté par des travaux de recherches comportementales sur les habitudes des internautes, le mouvement de leur regard sur les pages ou encore leurs attentes quant aux services proposés. Les démarches se sont simplifiées, les formulaires se sont allégés et de très nombreux services « en-ligne » ont peu à

11 Il aura même été donné d'entendre une comparaison entre le terme « web 2.0 » et l'adjectif « Kroxeldyphivic » mis en scène dans un célèbre épisode de la série d'animation South Park et défini comme suit : « qui concerne ou est transmise par le kroxeldif » .

peu fait leur apparition. Le web 2.0, de ce point de vue; n'est en fait rien d'autre que la représentation d'une véritable ouverture du réseau au très grand public, internet n'étant plus destiné aux seuls « geeks », aux seuls jeunes, ni aux seuls entrepreneurs.

Mais le Web 2.0 c'est aussi et surtout l'interactivité. L'internaute désire aujourd'hui plus que jamais qu'on le reconnaisse, qu'on lui demande son avis et que celui-ci ait de l'importance. Le terme d'interactivité n'implique pas nécessairement une mise en relation directe entre les internautes, mais bien plutôt avant tout une discussion entre l'homme et le site internet. Ce premier pas, le plaçant en acteur de sa consommation internet, est désormais dépassé par l'avènement du web social, qui encourage la discussion entre les utilisateurs. Ainsi, un internaute pourra-t-il recommander un produit à ceux qui l'entourent, et cette recommandation aura un véritable poids sur le placement du produit. Il pourra facilement partager des informations, rencontrer ceux qui s'intéressent à ses hobbies et discuter avec eux, échanger des conseils, commenter, voter. Il pourra, enfin, participer à de plus en plus d'opérations et le cas échéant, participer à des œuvres de création.

Paragraphe 2 : le participatif, un schéma désormais ancré dans les usages

L'évolution de la technique accompagne l'évolution des usages. Il est parfois difficile de déterminer laquelle précède l'autre, et sans doute les deux progressent-ils en réalité de concert. On peut sans peine constater qu'à l'arrivée de ces évolutions, qui se poursuivent cela va sans dire, le participatif est bel et bien ancré dans les usages.

A) De l'interaction mécanique à la création participative, un pas rapidement franchi

De l'interactivité entre les machines, de la possibilité pour l'internaute d'agir sur le site internet web 2.0 sur lequel il se connectait, il n'aura donc pas fallu longtemps pour que naissent à la fois un désir et une possibilité : celle du réel dialogue entre les Hommes. Ce dialogue a nécessairement un impact bénéfique sur les sociétés, dans la mesure où c'est bien le langage qui est le premier lien autour duquel s'articule et circule la pensée. Et parmi les multiples effets bénéfiques d'un dialogue accru entre les individus figure bien entendu celui de la création participative. Œuvrer ensemble à un même ouvrage, inscrire ses compétences propres au service d'un tout dont on n'est que l'un des architectes et non plus au profit de la réalisation d'une œuvre personnelle.

La participation collective à un même ouvrage n'est pas une chose nouvelle. La nouveauté vient de

la facilité d'échanger autour d'une telle participation – il n'est pas nécessaire de se déplacer pour échanger – et de l'opportunité de réunir non plus quelques-unes mais une infinité de personnes autour d'un même projet. L'accès facilité à la culture permet également plus que jamais de se réapproprier une œuvre et de la transformer, autant qu'il permet de diffuser plus facilement ses créations. Les outils de gestion d'équipes, de publication et d'édition collective rendent quant à eux des services appréciables en permettant un travail commun à l'efficacité démultipliée. Les exemples en la matière sont légion, tous expliquant le formidable essor du participatif, plus simple, plus efficace et moins coûteux qu'autrefois.

L'économie a pu jouer un rôle dans cet essor participatif. Deux ressources phares se sont affirmées et développées avec l'émergence des nouvelles technologies et particulièrement d'internet : le contenu et les données personnelles. L'internet d'aujourd'hui correspond à l'ère du contenu roi, un monde dans lequel produire du contenu riche quantitativement et qualitativement est la condition *sine qua none* pour pouvoir exister valablement sur la toile, en tout cas pour pouvoir monétiser cette existence en améliorant sa visibilité tant sur les moteurs de recherche que sur les réseaux sociaux. Ce besoin impérieux de pouvoir offrir toujours plus de contenu « frais » a ainsi amené les éditeurs de sites internet à encourager la participation de leurs visiteurs constitués en communautés, afin d'obtenir des contenus de qualité à moindre coût, voire au coût zéro.

Les informations personnelles de ces visiteurs sont sans doute, de loin, la ressource la plus précieuse sur internet. La collecte de ces informations, qui permet un ciblage toujours plus précis des internautes et donc une manne publicitaire plus importante, a entraîné la multiplication des opportunités participatives, dans la mesure où offrir à l'internaute de participer c'est presque systématiquement pouvoir récupérer des données personnelles le concernant.

B) *Les modèles dominant de participation créative*

On peut dénombrer un certain nombre de grandes réussites issues de la culture participative. L'objectif de ce propos est de montrer, concrètement, non seulement que la création participative existe mais aussi et surtout qu'elle donne des résultats marquants et témoigne d'un véritable engouement des internautes. Le premier de ces exemples est sans conteste l'encyclopédie en ligne Wikipédia. Présente dans plus de 270 langues dont 19 d'entre-elles comptent plus de 200 000 pages¹² : c'est une réalisation dont la réputation n'est plus à faire. Du haut de ses 395 000

12 Voir la notice Wikipédia concernant... Wikipédia elle-même : http://fr.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia#cite_note-37.

contributeurs¹³, l'encyclopédie participative est l'exemple le plus marquant de réalisation collective mais n'est pas le seul, loin s'en faut. Ainsi, la prolifération des « memes » sur internet est un symbole incroyable de l'élan participatif que connaît aujourd'hui la toile. Les « memes » sont des éléments repris et déclinés en masse sur internet, jusqu'à devenir de véritables institutions auprès des internautes avertis ou moins avertis. Nombreux sont ceux qui sont partis du site 4chan, véritable mouton noir du net capable du pire comme du meilleur. Sur 4chan, les internautes anonymes publient des sujets de discussion qui disparaissent aussi vite qu'ils sont créés, et ne tiennent guère plus que quelques secondes sans réponses avant d'être engloutis à jamais dans les profondeurs du site et détruits. De ce bouillonnement perpétuel, au sein duquel ne subsiste véritablement aucune considération juridique, sont issues des véritables œuvres dérivées, adaptées, reprises, caricaturées par l'ensemble de cette communauté d'anonymes. C'est le symbole d'un participatif d'autant plus riche qu'il est sans foi ni loi. Les exemples moins spécifiques que ceux-là sont légion pour montrer l'ancrage de la culture participative aujourd'hui. Des essais d'ouvrages collectifs fleurissent sur internet, dont certains ont de véritables succès, tels que ceux proposés par l'association libriste Framabook¹⁴. Les sites de crowdsourcing sont de plus en plus nombreux, proposant d'apporter des compétences, des savoirs ou du matériel pour réaliser de grandes œuvres. Le crowdfunding, de son côté, a le vent en poupe, permettant à tous de devenir producteurs d'un jour, c'est à dire de participer financièrement à la réalisation de telles œuvres.

Il est marquant de constater que l'usage participatif à la marge du droit d'auteur a désormais bien infiltré les milieux professionnels. Il est des œuvres qui ne se conçoivent qu'à travers la participation d'un large échantillonnage d'acteurs. C'est le cas par exemple du jeu vidéo, à la création duquel concourent de nombreuses professions dans un exercice qui se situe véritablement en marge du droit d'auteur, tant l'usage dans ce milieu est à la « création salariée » qui n'existe tout bonnement pas sous cette forme en droit français, et qui ne tient sa validité qu'à l'extrême fidélité des professionnels qui se refusent à toute action juridique contre les

éditeurs¹⁵. L'infiltration du participatif dans les usages professionnels peut également se voir dans les pratiques promotionnelles des grandes chaînes de télévision. Ainsi, un cadre de l'une des grandes chaînes de télévision française a pu nous confier qu'il écrivait lui-même, avec son équipe, le contenu de véritables sketches au service de la promotion d'un programme, sans qu'il ne soit jamais

13 Voir http://fr.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia:Liste_de_Wikip%C3%A9diens_par_nombre_d_%27%C3%A9ditions/.

14 <http://framabook.org/appel-a-publication>.

15 C'est ce que montre le rapport parlementaire sur le régime juridique du jeu vidéo en droit d'auteur communiqué le 30 novembre 2011 et téléchargeable à cette adresse : http://www.culturecommunication.gouv.fr/content/download/20947/178584/file/rapport_statut%20juridique%20jeu%20vid%C3%A9o_P%20Martin%20Lalande_d%C3%A9c2011.pdf

considéré par la chaîne qu'il s'agissait là d'une œuvre de création.

Section 2 : les caractères de l'œuvre participative

La démonstration de la réussite de la culture participative et de son implantation auprès du grand public n'est donc plus à faire. À l'appui d'une démonstration qui se veut juridique, on ne peut toutefois se satisfaire d'un rapide état des lieux du participatif aujourd'hui. Il convient en effet d'essayer d'apporter une définition précise de l'œuvre participative, ou en tout cas de présenter ce qui la caractérise.

Paragraphe 1 : typologie des œuvres participatives

La typologie proposée ici n'est ni exhaustive ni fondamentalement établie. Chaque usage, en effet, peut bien souvent être rattaché à l'un des schémas tout en conservant quelques caractéristiques du second.

A) L'œuvre communautaire

Elle est véritablement l'œuvre d'une communauté, qui se constitue autour de sa création. Cette communauté peut être parfaitement identifiable ou beaucoup plus éthérée. Elle peut exister préalablement ou n'exister que pour et par l'œuvre à laquelle elle est dédiée.

Le crowdsourcing, littéralement « approvisionnement par la foule » en est l'exemple le plus pertinent. Le terme aurait été inventé par deux auteurs, Jeff Howe et Mark Robinson, à l'appui d'une démonstration relative à l'écart entre les professionnels et les amateurs. Le crowdsourcing représente la mise en commun des connaissances et savoirs du plus grand nombre au service de la réalisation d'une œuvre ou d'un travail unique, dont l'objectif est le plus souvent – mais pas nécessairement – d'offrir un service gratuit et accessible par tous. C'est le cas de l'encyclopédie Wikipédia que l'on a déjà mentionné, ou encore du projet Open Street Map qui vise à créer un concurrent libre du service Google Maps. Au-delà de la mise en commun des connaissances, le processus s'est développé pour permettre la mise en commun de toute compétence utile à la réalisation d'un projet. En quelques années, le concept est devenu une véritable mode dont les émanations sont particulièrement nombreuses.

Le crowdfunding est le parent direct du crowdsourcing. Il ne s'agit plus là de production de contenu,

mais bien d'un financement direct par la foule. Là encore, les plateformes de crowdfunding comme MyMajorCompany, Digital Coproductions ou les éditions Sandawe ont connu un essor exceptionnel ces dernières années. Par son apport financier, l'internaute contribue directement à la création de l'œuvre, et c'est donc bien un exemple de création participative. À travers les développements à venir, on tentera de démontrer que la question de la patrimonialité au sein de l'œuvre participative est centrale et donc que le financement n'a pas moins sa place dans cette typologie que l'apport créatif en lui-même.

À la marge de l'œuvre communautaire, il convenait de citer le folklore. La question des relations entre le folklore et le droit d'auteur est éminemment complexe et mérite sans doute plus d'un ouvrage pour la traiter. Pour n'en tirer qu'un substrat réducteur, mais suffisant dans le cadre de la question qui nous occupe ici, on peut voir le folklore comme l'œuvre d'une communauté qui s'inscrit dans le temps et sur laquelle personne n'a véritablement la main. Il s'agit donc bien d'une œuvre participative qui ne se distingue de la notion moderne de crowdsourcing que par une échelle temporelle très élargie et, au contraire, une échelle géographique restreinte. L'intégrer ainsi à cet essai de typologie permet de rappeler une chose : la culture participative, si elle s'inscrit aujourd'hui dans un élan impressionnant, n'en est pas moins une façon de faire qui existe depuis la nuit des temps.

B) *L'œuvre dérivée*

Elle fait suite à une œuvre primaire, préexistante. Celle-ci donne naissance à une œuvre nouvelle, distincte de l'originale. Encore une fois, l'œuvre dérivée n'est pas une invention récente, mais l'émergence des technologies de l'information a démultiplié son potentiel.

Le remix ou le mashup est l'un des meilleurs exemples d'œuvre dérivée. Très tôt, des musiciens ont voulu jouer avec le son imaginé par d'autres afin de créer de nouvelles œuvres, indépendantes mais qui n'auraient pas pu exister sans l'œuvre originale. Le procédé est adaptable dans bien d'autres domaines, tel que l'écrit, la photographie ou la vidéo, mais c'est dans la musique qu'il a acquis sa véritable heure de gloire, les artistes auteur de « remix » étant parfois des icônes aussi célèbres que les chanteurs eux-mêmes. Dans la même veine, mais par un biais légèrement différent, la fan-fiction est une œuvre dérivée. Il s'agit de l'hypothèse où le membre d'une communauté de fans d'une œuvre préexistante décide de poursuivre cette œuvre à sa façon, à travers le média qu'il affectionne (le plus souvent l'écriture ou le dessin, mais tout est imaginable). Cet usage est souvent toléré en marge du droit mais rarement consacré contractuellement.

Au croisement entre le crowdsourcing et l'œuvre dérivée, on trouve les contenus générés par les utilisateurs (CGU). Ces contenus font le plus souvent suite à une œuvre ou un travail préexistants, et ont cette particularité qu'ils sont encouragés par le titulaire des droits sur la dite œuvre, afin de permettre le renouvellement du contenu qui est, comme on l'a vu, une ressource essentielle pour qui veut monétiser sa présence sur internet. Plus largement, cette technique permet d'enrichir à moindre coût une œuvre quelle qu'elle soit, en donnant le sentiment à l'utilisateur d'apporter sa propre pierre à l'édifice. Le procédé est par exemple très largement répandu dans le domaine du jeu vidéo, les joueurs étant souvent invités à créer des niveaux alternatifs, des « maps » spéciales ou des personnages inédits. La question se pose régulièrement de la propriété de telles créations, ce d'autant plus lorsque les possibilités créatives sont telles que le jeu final est substantiellement modifié par les utilisateurs. En vérité, le droit actuel ne semble pas permettre d'appréhender correctement une telle hypothèse.

Paragraphe 2 : essai de définition de l'œuvre participative

Cette typologie établie, on peut enfin s'essayer à caractériser l'œuvre participative. Cette caractérisation passe nécessairement par deux angles d'études : l'œuvre participative est avant tout un effort créatif collectif, mais c'est également une création qui s'inscrit dans le temps.

A) Un effort créatif collectif

L'œuvre participative suppose la réunion de deux éléments indispensables : une œuvre de l'esprit et la participation de plusieurs acteurs pour sa conception.

La définition de l'œuvre de l'esprit, en droit français, est particulièrement large. Selon la lettre de l'article L111-2, « l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur ». Le critère essentiel de la protection réside dans le caractère original de l'œuvre ainsi créée et le code précise que sont protégés « les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination »¹⁶. De ce point de vue, l'œuvre participative a de beaux jours devant elle, dans la mesure où cette ouverture très large du droit d'auteur assure de très nombreuses possibilités de création d'œuvres de l'esprit.

La seconde condition est toute aussi évidente et tout aussi importante. Il n'y a d'œuvres

¹⁶ Article L112-1 du code de la propriété intellectuelle (CPI).

participatives que lorsque plusieurs acteurs se sont associés ou succédés à la réalisation de l'œuvre. Ce sont généralement plusieurs auteurs, qui tous ont apporté un élément particulier à l'œuvre participative, élément qui lui-même est protégeable par le droit d'auteur. Ainsi, ces participants sont des auteurs, créateurs d'œuvres de l'esprit. Il est plus délicat d'envisager la question de l'apport non plus créatif, mais financier. Un schéma global semble pouvoir se dessiner, présentant l'œuvre participative comme une œuvre de l'esprit à laquelle différents acteurs apportent différents apports. Cela inclurait ainsi bien le phénomène crowdfunding, qui est symbole parmi d'autres de la culture participative. Retenir cette définition reviendrait pourtant également à faire une œuvre participative de toute œuvre qui sera créée et financée par des personnes différentes. Ainsi, dès lors que l'on a affaire à un producteur, nous serions en présence d'une œuvre participative. Fondamentalement, cette catégorisation ne pose pas de problème particulier, et on verra dans les développements à venir qu'un certain nombre des solutions qui peuvent être proposées pour pérenniser l'œuvre participative rendraient aussi de fiers services aux sociétés de production.

Pour autant, reconnaître la qualité d'œuvre participative à de telles œuvres, pour théoriquement correct qu'elle puisse être, ne paraît pas pertinent pour rendre compte du phénomène que l'on décrit, autour de la culture participative.

B) *Entre l'œuvre participative et la culture participative*

La définition proposée ci-dessus est en fait extrêmement simple. Serait participative toute œuvre à laquelle contribuent au moins deux acteurs différents. Comme on l'a dit, cette définition englobe très largement de très nombreux usages et de très nombreuses situations, et l'on pourrait penser qu'elle est même trop large, bien qu'il soit entendu que si elle concerne l'hypothèse de l'acte créatif distinct de l'acte de financement, il n'en va pas de même pour une œuvre qui est créée puis vendue, la question économique intervenant postérieurement à la création qui n'est dès lors plus participative. Elle n'est pas trop large dans la mesure où les mêmes questions juridiques se posent avec la même acuité pour tous les usages et toutes les situations qui sont ainsi visées, dans la mesure notamment où l'un des cœurs du problème a trait à la question financière et patrimoniale du droit d'auteur. Dans une société en mouvement, où tout s'internationalise et où tout est à portée de main, le modèle économique de la création semble régulièrement souffrir des coups de boutoirs qui lui sont portés de toute part. La création, pourtant, perdure et se maintient, ce qui laisse apparaître que c'est plus l'industrie culturelle que la culture elle-même qui est en crise. Pour autant, la question des modèles économiques doit être traitée, et il ne pouvait en être fait l'économie, justement, dans ce mémoire.

Cela étant dit, il convient de distinguer ce qu'on appelle ici la culture participative de l'œuvre participative. Si l'œuvre participative inclut nécessairement des relations étroites entre un auteur et un producteur, la notion de culture participative recoupe plus spécifiquement un phénomène de masse. Lorsqu'il est question, dans ce mémoire, de culture participative, on parle d'un courant majoritaire qui conduit les Hommes à créer ensemble, bien au-delà de quelques usages contractuels bien définis.

Chapitre premier : le droit d'auteur face à l'enjeu participatif

Comprendre ce qu'est l'œuvre participative était un premier pas nécessaire pour étudier son appréhension par le droit, et plus particulièrement par les règles du droit d'auteur. On peut donc dès à présent entrer dans cette étude plus approfondie en observant dans un premier temps l'adéquation de la philosophie du droit d'auteur à celle de l'œuvre participative puis en commentant dans un second temps les dispositions spécifiques qui pourraient concerner une telle œuvre.

Section I : un droit ancien auquel s'oppose des nouveaux usages

Le droit d'auteur existe et se développe depuis longtemps. Il a su se maintenir et même s'enrichir à travers les époques, les usages et les mutations technologiques, jusqu'à arriver à cet instrument réellement protecteur qu'il est aujourd'hui. Les mutations, pourtant, ne s'arrêtent jamais, et il est possible que cette fois, le dispositif ne soit pas conçu pour rester efficace.

Paragraphe 1 : un droit solide mais insuffisamment armé

Le droit d'auteur encadre toutes les problématiques qu'il entend régir. Il n'existe pas, autour des questions de propriété intellectuelle, de vide juridique ou de zone de non-droit. On peut en revanche se demander si cet encadrement est adapté aux enjeux économiques et créatifs de demain.

A) Un droit qui peut encadrer les usages

Le droit d'auteur n'est pas une invention moderne. En Europe, dès la renaissance, naît une forme d'individualisme qui influe sur le domaine de la création artistique. L'histoire de la matière est passionnante à bien des égards et l'on ne saurait que trop conseiller à quiconque s'intéresse aux mécanismes de ce droit de ne pas hésiter à se plonger dans les méandres de cette évolution fort riche. Pour l'heure, on se contentera de noter que cette lente évolution vers le droit tel qu'on le connaît aujourd'hui en fait un corpus de règles matures, solides même, qui encadre toutes les pratiques et répond à toutes les problématiques. Le dispositif existant est en effet suffisamment large pour englober toutes les situations, dans la mesure où il s'attache à protéger l'auteur pour toute création, dès lors qu'elle est matérialisée. Cette protection sans demi-mesure et sans concession de l'œuvre est en fait l'une des principales forces du droit d'auteur. Car l'activation de cette protection est extrêmement simple, presque grossière : dès lors que l'on crée, on est protégé. On le sait, les

articulations du mécanisme deviennent infiniment plus complexes dès lors qu'il s'agit d'entrer dans certains détails, ou dès lors qu'il faut s'attacher à prouver la paternité d'une œuvre. Cela n'empêche toutefois pas l'objectif d'être atteint : il n'y a pas de vide juridique.

Le XX^e siècle, et maintenant le XXI^e, sont en outre marqué par une très forte activité juridique autour des questions du droit d'auteur. On le sait, rien n'est meilleur qu'un procès pour clarifier et fortifier une règle de droit, autant en permettant au législateur d'en voir les limites et de les corriger qu'en permettant au juge de préciser les contours du droit. De fait, le juge a eu de très nombreuses fois l'occasion de statuer sur les sujets les plus variés, et le contentieux relatif au droit d'auteur est sans doute parmi les plus nourris. Cette jurisprudence, à la fois étendue dans le temps et riche par son contenu et sa diversité, a permis de solidifier le droit d'auteur et d'en faire cet instrument incontournable qu'il est aujourd'hui.

Toutefois, dire qu'il peut tout encadrer et que le juge a pu le préciser de nombreuses fois, ce n'est pas dire qu'il est et demeurera parfaitement adapté à tous les enjeux.

B) Un droit inadapté pour répondre aux enjeux de demain

On l'a déjà dit, le droit d'auteur a victorieusement survécu à plusieurs mutations technologiques et sociétales d'ampleur, parmi lesquelles la télévision n'est que le plus récent avant l'avènement d'internet. Pourtant, il est aujourd'hui en proie à des questionnements et contestations de plus en plus vives de la part de multiples acteurs qui ne le considère plus suffisamment armé pour faire face aux mutations actuelles et aux enjeux de demain.

Nombreux sont les professionnels qui s'estiment freinés par les règles du droit d'auteur à la française et pensent que ces règles sont non seulement inadaptées, mais aussi et surtout néfastes pour la création française. Ces professionnels sont pour une grande part les producteurs et éditeurs de fiction. Les industries du livre, de la vidéo, de la musique ou du jeu vidéo ont une certaine tendance, parfois justifiée, à se considérer comme des secteurs sinistrés et si le premier coupable désigné est l'internaute qui ne respecte pas les droits d'auteurs qui sont les leurs, nombreuses sont les réflexions sur l'inadaptation du schéma actuel qui fait la part belle à l'auteur au détriment de celui qui apporte le financement. L'exemple des producteurs innovants, à l'image des producteurs transmedia, est de ce point de vu particulièrement marquant. La création transmedia implique en effet la multiplication des auteurs. Dans un contexte de toute-puissance de l'auteur, on peut comprendre que certains producteurs se sentent « étouffés » par la nécessité de rétribuer

proportionnellement chacun à l'aune de son apport pour l'œuvre globale, et l'on compatit même à l'insécurité juridique constante qui en découle tant on est jamais certain d'avoir prévu toutes les cessions de droit nécessaires. Quant à la vente d'une œuvre transmedia clef en main à l'étranger, elle est quasiment impossible dans la mesure où chaque œuvre individuelle composant l'œuvre transmedia doit faire l'objet d'une rémunération proportionnelle en fonction des bénéfices qu'elle a permis.

À l'heure d'internet, la création peut prendre des formes nouvelles ou en tout cas adopter massivement des formes jusque-là plus hésitantes. C'est l'idée de la création qui nourrit la création. Selon la façon de procéder, on l'appellera caricature, plagiat, remix ou patchwork. Selon le cas, l'œuvre finale sera plutôt jugée comme négative, comme un vol, ou comme positive, comme une réinterprétation. Quoi qu'il en soit, il est désormais possible plus que jamais de réutiliser l'existant pour en faire quelque chose de meilleur ou quelque chose de pire. Il y a là l'idée d'un progrès perpétuel vers le « mieux » à l'aide de « bien » qui existait avant. En vérité, la culture n'est rien d'autre que cela depuis l'invention du langage et même avant cela. Mais il est vrai que le potentiel viral et communication des réseaux de communication a permis d'enrichir cette pratique, de la magnifier diront certains. Seul obstacle, le droit d'auteur s'érige en forteresse inexpugnable de la pureté de la création originale, et d'aucun estiment qu'il freine la création en protégeant trop âprement les créations déjà existantes, et en les protégeant trop longtemps au détriment de la société. Ceux-là voient dans le domaine public un paradis des possibles ou aucune création n'est freinée à l'aune des idées de ceux qui précèdent, et il n'hésitent pas à considérer que le droit d'auteur n'est pas capable de faire face à cet enjeu créatif.

Paragraphe 2 : un droit qui n'est pas conçu pour appréhender l'œuvre participative

Quant à l'œuvre participative en elle-même, il semble que le droit d'auteur peine à l'appréhender du fait de la divergence profonde de philosophie qui les oppose. Le droit d'auteur porte en effet en lui une vision qui semble dépassée de l'auteur, et est dans sa conception même un droit par trop économique.

A) Une vision dépassée de l'Auteur

On l'a vu, on le sait, le droit d'auteur à la française érige l'auteur en Créateur tout puissant sur sa création. L'image de l'artiste, en droit français, est parée d'une aura extrêmement forte qui remonte à sa création et aux débats qui ont pu éclater notamment entre les écrivains dès le XV^e

siècle sur la protection qui devait lui être accordée. Cette aura érige l'artiste en individu presque supérieur, celui qui a été capable de créer, dans un pays dont l'identité culturelle est justement profondément enracinée dans les arts et la création culturelle. L'auteur, pour miséreux ou malmené qu'il ait parfois été, n'en est donc pas moins quelqu'un de respecté par la société et d'entouré par le droit. Cette image de l'auteur – seigneur est renforcée par le pouvoir de celui-ci sur sa création. A cet égard, en effet, on se retrouverait presque à déceler une analogie possible entre la création artistique et la création divine avec cette idée du pouvoir absolu du créateur sur la création. L'auteur, en droit français, peut tout. Il peut autoriser ou interdire la représentation et la reproduction de son œuvre, en céder des passages ou des éléments. Il peut décider de ne jamais la divulguer, et de la laisser mourir avec sa propre mort. Il peut au contraire affirmer son souhait d'élever l'œuvre dans le service public, renonçant ainsi publiquement à ses droits patrimoniaux – qu'il pourra, en vérité, la plupart du temps récupérer s'il le souhaite. Le droit d'auteur, tel qu'il s'est constitué, symbolise donc bien à la fois la pureté de l'auteur en tant que créateur et son pouvoir illimité sur son œuvre.

Pourtant, l'observation de la pratique montre une toute autre facette de l'auteur et de son rapport à la création. Ce « joyeux bouillonnement » que constitue internet fait apparaître et disparaître auteurs et œuvres de création de manière continue, dans une cacophonie continuelle. Les œuvres sur internet circulent sans qu'il soit jamais possible de faire respecter la volonté de leur auteur, souvent sans qu'il soit même possible de déterminer leur auteur. Le partage sur les réseaux sociaux a acquis un tel potentiel viral qu'une œuvre de l'esprit, lancée sur le réseau, aura pu faire le tour de la planète avant que son auteur n'ait eu le temps de réfléchir à ce qu'il voulait en faire. Dans la pratique professionnelle, du reste, l'auteur est de fait dépossédé de son aura. Quiconque veut vivre de son art devra céder à une entreprise l'ensemble de ses droits patrimoniaux, sans exception aucune. On cédera des droits sur tous les supports connus ou inconnus à ce jour, pour l'entièreté de la durée de protection des droits et pour le monde entier. La marge de manœuvre de l'auteur, à ce titre est pour le moins limitée, et il ne gardera de sa toute-puissance que les attributs de son droit moral, bien souvent réduit à la mention de sa paternité sur l'œuvre.

L'émergence des modèles participatifs ne fait que contribuer plus encore à brouiller l'image de l'auteur suprême, seul maître de sa création. L'acte créatif lui-même n'étant plus réservé à un auteur mais à une communauté d'auteurs ou à une succession d'auteurs dont les pouvoirs s'entremêlent jusqu'à devenir inextricables. En vérité, il semble que le concept d'auteur tel qu'on le connaissait ait bien peu à voir avec ce qui est observable aujourd'hui.

B) *Un droit trop économique*

Rapidement, le droit d'auteur est devenu avant tout un droit « de protection de l'investissement économique¹⁷ ». Les débats là aussi ont fait rage, comme en témoigne l'envolée de Boileau dans « l'art poétique » en 1674 :

Travaillez pour la gloire, et qu'un sordide gain
Ne soit jamais l'objet d'un illustre écrivain
Je sais qu'un noble esprit peut sans honte et sans crime
Tirer de son travail un tribut légitime
Mais je ne puis souffrir ces auteurs renommés
Qui dégoûtés de gloire et d'argent affamés
Mettent leur Apollon aux gages d'un libraire
Et font d'un art divin un métier mercenaire

La durée de protection des droits d'auteur, établie désormais à 70 ans après la mort de l'auteur, est à cet égard particulièrement symptomatique. On est ici dans la plus pure logique du brevet, à cette exception près que l'invention brevetée est vouée un jour à être utilisée par d'autres, avec l'installation d'une période d'exclusivité durant laquelle l'artiste, et ses ayants droits plus encore, pourront tirer un revenu substantiel de l'exploitation de l'œuvre. C'est encore une fois ne pas tenir compte des usages d'aujourd'hui, alors même que l'on constate qu'il est constamment fait acte de création sur les réseaux sans espérer ou chercher quelque rémunération en retour. La génération des CGU est sur ce point parfaitement limpide : les professionnels de tous bords ont parfaitement compris qu'ils pouvaient encourager des communautés entières à créer gratuitement. Les membres de ces communautés attendent en vérité plus la « gloire » ou, pour utiliser un terme moins daté, la reconnaissance de leurs pairs, qu'une quelconque rémunération financière.

Bien sûr, personne ne songerait refuser une rémunération qui lui serait proposé. Tous les usages, du reste, ne s'affranchissent pas de la question économique. Un petit producteur sur une plateforme de crowdfunding offre son argent en échange autant de l'espoir d'un gain futur que d'une recherche de reconnaissance. Il ne s'agit donc pas de dénier l'utilité économique de la création, ni même sa nécessité économique. Il convient cependant de constater que les règles telles qu'elles sont établies

17 Jean-Michel BRUGUIÈRE, *dir.*, *Droit d'auteur et culture* Paris, Dalloz (collection thèmes et commentaires).

ne s'adaptent pas à la pratique telle qu'elle est observée.

Section 2 : critique et analyse des dispositions légales qui pourraient encadrer l'œuvre participative

On l'a vu, il existe une rupture entre la philosophie du droit d'auteur et les pratiques observables. On peut toutefois constater que le législateur avait envisagé la collaboration de plusieurs auteurs à une même œuvre. Il convient de déterminer si ces dispositions ont vocation à encadrer cette explosion de l'œuvre participative que l'on a mise en lumière.

Paragraphe 1 : l'œuvre participative déjà appréhendée par le droit ?

Il existe deux types de dispositions qui semblent pouvoir s'appliquer précisément à l'œuvre participative : la typologie des œuvres organisée à l'article L113-2 du code de la propriété intellectuelle et le mécanisme des droits voisins.

A) Les dispositions relatives au « caractère pluriel¹⁸ » de l'œuvre

Le code de la propriété intellectuelle recèle des dispositions qui prennent directement en compte l'hypothèse d'une pluralité des auteurs. Son article L113-2 distingue les trois notions envisagées par le législateur : l'œuvre de collaboration, l'œuvre collective et l'œuvre composite. Alors que les deux premières supposent la création simultanée d'une œuvre par différents auteurs, la troisième envisage plutôt une création successive : la distinction s'adapte pleinement à la typologie que l'on a dessinée dans le chapitre préliminaire du présent mémoire.

L'œuvre de collaboration est « l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques ». Trois éléments constitutifs sont donc à chercher pour démontrer qu'une création ressort de cette qualification : la présence de personnes physiques, la nécessité d'une création et l'existence d'une communion d'intérêt sous la forme d'une concertation entre les auteurs¹⁹. Par principe, l'exercice des droits d'auteurs dans un tel cadre est soumis à la règle de l'unanimité dans la limite de la possibilité pour chacun d'exploiter séparément sa contribution personnelle sans porter préjudice à

18 Selon l'expression retenue par Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière dans le précis Dalloz *Droit d'auteur*, Paris 2009.

19 Le juge a ainsi pu évoquer la nécessité d'une « participation concertée » : CA Paris, 1^{re} ch., 21 févr. 1994 ; Rev dr. propr. intell. 1994, N°51, 69.

l'exploitation de l'œuvre commune. Cet outil est sans conteste l'un des éléments de notre droit les plus à même d'appréhender l'œuvre participative.

L'œuvre collective est « l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé ». Cette définition, consacrée en 1957 pour solutionner le problème des dictionnaires et des encyclopédies, englobe désormais de nombreuses situations, incluant certains logiciels²⁰, cédéroms multimédias²¹ ou sites internet²². Le régime de l'œuvre collective fait naître les droits d'auteur directement dans le patrimoine de l'entrepreneur, sans qu'il soit nécessaire de passer par une cession. Pour caractériser l'œuvre collective, il faut mettre en lumière l'existence d'un maître d'œuvre et l'absence de vocation de chaque contributeur au tout²³.

L'œuvre composite est définie par le code comme « l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière ». Pour être ainsi qualifiée, une œuvre doit répondre à certaines exigences légales : la préexistence d'une œuvre protégée par le droit d'auteur, l'incorporation de cette œuvre dans l'œuvre nouvelle et l'absence de collaboration de l'auteur de l'œuvre préexistante. Selon l'article L113-4 du code de la propriété intellectuelle, « l'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante ». Dans tous les cas, une telle œuvre nécessite l'autorisation de l'auteur de l'œuvre préexistante, étant entendu que l'adaptation nécessite une marge de manœuvre pour l'adaptateur²⁴.

B) *Les droits voisins*

Les droits voisins sont attribués à des personnes que l'on qualifie fréquemment « d'auxiliaires de la création » dans la mesure où elles participent à la diffusion d'une œuvre sans pour autant en être les auteurs. Ils apparaissent formellement avec la loi du 3 juillet 1985²⁵. Le dispositif s'applique aujourd'hui à différents acteurs de la création artistique : les artistes-interprètes,

20 CA versailles, 14^e ch., 15 juin 1992, JCP E 1993. I. 246, n°5, obs Vivant et Lucas.

21 Versailles, 13^e ch., 18 nov 1999, JCP E 2001. 844, n°8, obs Vivant, Mallet-Poujol et Bruguière.

22 CA Paris, 4^e ch., 10 oct. 2003, JCP E 2005, chron 81, §4, obs. Maffre-Baugé.

23 Pour comprendre, on peut se représenter l'image du journaliste auteur d'un article, qui ne peut en aucun cas s'estimer auteur du journal.

24 Civ 1^{re}, 12 juin 2001, Légipresse 2001, n°185, III, 180.

25 Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle.

les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et les entreprises de communication audiovisuelle.

Le mécanisme des droits voisins s'inscrit à la marge du droit d'auteur, mais s'intègre plutôt bien dans la conceptualisation de l'œuvre participative. Peut-être en est-il même l'un des symboles les plus purs, tant les titulaires de droits-voisins sont des participants à la naissance et surtout à la diffusion d'une œuvre, sans être pourtant des auteurs de celle-ci. S'agissant des rapports entre droit d'auteur et droits voisins, l'article L211-1 du code de la propriété intellectuelle dispose que « les droits voisins ne portent pas atteinte au droit des auteurs. En conséquence, aucune disposition du présent titre ne doit être interprétée de manière à limiter l'exercice du droit d'auteur par ses titulaires ». Ce faisant, l'article introduit bel et bien une hiérarchie plaçant le droit d'auteur au-dessus des droits voisins, dans la plus pure tradition du droit d'auteur à la française, envisagée comme la protection d'une fonction noble de la société.

Paragraphe 2 : les imperfections du dispositif

Le droit français est armé pour appréhender la création à plusieurs. Pour autant les textes en question ne sont pas récents, ils ont été rédigés pour faire face à des situations qui n'ont pas de réel lien avec le monde actuel. Le dispositif souffre en fait de deux limites : il n'englobe pas l'ensemble du phénomène de la culture participative et est mal appliqué car mal compris.

A) Des dispositions qui ne parviennent pas à appréhender la totalité des œuvres participatives

Le phénomène participatif est d'autant plus vaste qu'il évolue constamment. Par son essence même, il suppose des interactions poussées entre les auteurs d'une œuvre participative qui ne suit pas de schéma prédéfini mais qui peut au contraire s'articuler de toutes les manières possibles, avec toutes les formes de hiérarchies, d'apports et de participations possibles. Cette image d'un monde créatif au sein duquel les combinaisons envisageables sont infinies s'inscrit résolument en contradiction avec les règles édictées au paragraphe 1, toutes assez strictement bornées et encadrées par le droit de sorte qu'elles ne peuvent s'appliquer que dans des cas restreints. Ainsi, une œuvre élaborée par strates, de nouveaux développements venant transformer l'œuvre antécédente mais supposant une validation par l'auteur de l'œuvre initiale n'entre dans aucune des catégories prévues par le code, comme le font très justement remarquer Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière dans leur ouvrage. En effet, cet auteur de l'œuvre initiale n'a pas dans cette hypothèse le rôle de direction exigé pour l'œuvre collective mais il n'y a pas non plus la concertation qu'on attend dans une œuvre

de collaboration. Les exemples comme celui-ci sont nombreux, or comme on l'a vu le droit commun du droit d'auteur n'est pas le mieux armé pour appréhender les nouveaux usages de la culture participative.

Le propos est plus marquant encore pour ce qui concerne les droits voisins. Ceux-ci semblent avoir été construits pour des raisons d'opportunité, afin de réglementer des situations qui étaient elles-mêmes mal appréhendées par le droit. Les droits voisins sont l'archétype même de ces dispositions qui gagneraient à disparaître au profit d'un régime unifié, capable de régir l'ensemble du phénomène participatif et suffisamment souple pour permettre des règles non pas différentes, mais adaptées, pour des situations légèrement différentes.

B) *Un droit mal appliqué*

Les règles posées par l'article L113-2 du code de la propriété intellectuelle ont aujourd'hui un défaut majeur : créées avant les dernières mutations techniques, elles sont pensées pour s'adapter à des situations qui certes perdurent encore aujourd'hui, mais qui demeurent des situations particulières peu répandues. Si elles ont vocation à s'appliquer à de nombreuses autres situations, plus récentes, cette application n'est pas véritablement effective ou, quand elle l'est, elle est pour le moins imparfaite. C'est par exemple le statut de l'œuvre collective qui est le plus souvent adoptée par l'industrie du jeu vidéo, mais sans en appliquer véritablement la lettre, comme s'il s'agissait plus d'un faire-valoir que d'une réelle solution juridique. À cela s'ajoute que les dispositions textuelles les concernant sont plutôt minces, et qu'il est revenu au juge d'expliquer comment il fallait jongler avec ces notions proches. Il l'a fait, mais force est de constater que les juges du fond n'ont pas trouvé en l'espèce les mots utiles pour éclaircir véritablement ces notions. En vérité, le régime de ces œuvres spécifiques est l'un des points les plus flous que connaisse, en France, le droit d'auteur, ce qui affaiblit considérablement leur portée. À la difficile compréhension de la portée de l'œuvre collective s'ajoute son intérêt finalement restreint. Le régime juridique de l'œuvre collective, en effet, ne s'applique véritablement que pour la première exploitation de l'œuvre²⁶. Pour cette première exploitation, c'est le promoteur de l'œuvre qui est titulaire de droits sur celle-ci. La jurisprudence a pu indiquer qu'à compter de la seconde exploitation, il n'en allait plus de même, réduisant à néant l'intérêt de la qualification d'œuvre collective à compter de cette deuxième publication.

26 3 février 1998. TGI Strasbourg. Union Syndicale des journalistes français CFDT et autres c/ SA SVD Plurimédia (*Dernières nouvelles d'Alsace*).

Le régime de l'œuvre collective, à ce titre, est particulièrement révélateur. Sa définition, jugée peu précise, semble s'asseoir sur des conditions strictes régulièrement sanctionnées par le juge. Adopter le régime de l'œuvre collective, c'est trop souvent s'exposer à une réelle insécurité juridique, dans la mesure où depuis près de cinquante ans, le juge n'a pas vraiment réussi à dissiper le flou du concept.

Chapitre second : quel régime pour l'œuvre participative ?

Ainsi il semble que le droit d'auteur, s'il encadre la question de l'œuvre participative, le fait de manière peu efficace. Il ne s'agira pas ici d'inventer un nouveau régime juridique pour prendre en compte cet avènement d'une ère participative dont on a dressé le portrait. Une telle démarche suppose un travail autrement plus conséquent que ce qu'il a été possible de fournir dans le cadre du présent mémoire, et nul doute qu'il se trouvera quelqu'un pour s'y consacrer. Pour l'heure, on se contentera de présenter des modèles dont on pourrait s'inspirer pour arriver à un tel régime et de discuter des questions qu'il faut se poser pour repenser la philosophie du droit d'auteur.

Section I : des enseignements à tirer des pratiques observables

Dans la mesure où la culture participative n'a pas attendu le droit pour s'imposer, il existe des modèles d'usages à étudier, qui permette d'apporter un certain nombre d'idées sur la voie de l'encadrement du participatif. Ces modèles sont construits sur la base du droit anglo-saxon et se développent aussi bien que possible en s'appuyant sur ce droit.

Paragraphe 1 : tirer des leçons du développement des licences libres

Le premier des modèles à étudier est le développement des licences libres. La « philosophie libre » est à ce point empreinte de participatif qu'elle semble en être l'un des avatars, et l'on peut s'inspirer de la façon dont les projets de logiciels libres articulent les différents auteurs entre eux.

A) Une philosophie concordante avec l'œuvre participative

La philosophie à l'origine du développement des licences libres naît au cours du Xx^e siècle autour des premiers pas de l'homme vers l'ère informatique. Au fur et à mesure que la question de l'application des règles du droit d'auteur ou des brevets se précise au regard de la création des logiciels, il devient important pour ceux qui pensent que le progrès viendra de la mise en commun des ressources et de la possibilité d'utiliser les travaux déjà menés. Pour faciliter cette émulation collective, les premières licences dites libres font leur apparition, s'appliquant à des logiciels.

Rapidement, l'idée fera son chemin pour se développer dans à tous les domaines auxquels s'appliquent des droits de propriété intellectuelle. Classiquement, la licence est envisagée comme un contrat de louage sur les choses immatérielles. Elle organise le transfert au bénéfice des tiers des droits patrimoniaux attaché à une œuvre. Aujourd'hui, il n'est pas un domaine qui ne soit pas gagné par une frénésie, de plus en plus grand public, de la licence libre, et il est désormais possible de passer une « journée numérique » entière sans jamais quitter ce cocon confortable.

Le logiciel libre, premier modèle historique, est le symbole le plus fort de ce développement et de ses réussites, telles que le célèbre navigateur Mozilla Firefox où le système d'exploitation Linux. La notion de logiciel libre est souvent confondue, à tort, avec celle d'open-source, alors que les deux termes renvoient à des philosophies différentes. Pour simplifier, on peut dire que la première est une véritable philosophie de la liberté quand la seconde est avant tout une philosophie utilitariste, basé sur la certitude que le modèle open-source est plus efficace techniquement, sans autres considérations morales ou idéologiques. Si l'on parle ici de logiciel libre, en vérité la seule philosophie open-source permet en elle-même d'aborder la question de la participation, puisque les deux notions sont indissociablement liées. Le sujet, riche et passionnant, n'est ici abordé que de façon extrêmement simplifiée et réductrice à dessein, afin de ne pas trop éloigner le propos de la démonstration.

Le logiciel libre est l'œuvre participative sont deux notions intimement liées, dans la mesure où le logiciel libre est presque systématiquement une œuvre participative. Un logiciel libre est souvent issu de l'initiative d'un ou plusieurs développeurs principaux, repris, retravaillé et complété par d'autres développeurs avec ou sans liens avec les premiers. Le développement d'un tel programme peut être organisé comme il peut ne pas l'être, il peut mettre à contribution un nombre réduit ou important de contributeurs, il peut être repris par d'autres pour en faire un programme différent, voir concurrent. Décider de placer son logiciel sous licence libre, c'est encourager les tiers à réutiliser le code source de ce logiciel pour l'améliorer ou pour en faire quelque chose de nouveau, c'est à dire d'encourager la participation des tiers.

B) *De l'échelle à la forêt créative*

On trouve une tentative de schématisation du développement d'un logiciel libre dans l'ouvrage « les logiciels libres face au droit ». Un tel développement prend la forme d'une échelle temporelle dont chaque échelon représente la création d'une nouvelle œuvre dérivée. Les auteurs constatent pourtant que cette présentation est loin d'être complète, dans la mesure où « chaque

programme peut être développé parallèlement par plusieurs programmeurs différents et donner ainsi lieu à des œuvres différentes », d'où leur préférence pour un schéma sous la forme d'un arbre. À cela s'ajoute qu'il est tout à fait possible de créer une œuvre dérivée sur la base de plusieurs œuvres antérieures différentes, rapprochant les arbres en une forêt dense qui n'est pas inextricable pour qui est patient, mais qui ne facilite pas la distinction des droits auteur par auteur.

Il n'y a pourtant pas de véritable difficulté relative à la question des droits d'auteur dans le domaine. En vérité, il est généralement assez facile de connaître l'ensemble des programmeurs qui ont participé à la conception d'un logiciel libre, dans la mesure où tous leurs noms figurent dans un dossier « author.txt » présent à la racine de la plupart de ces logiciels. Il n'est du reste pas nécessaire de trouver chacun des auteurs pour pouvoir contribuer, dans la mesure où l'on sait que tout le long de la chaîne des œuvres dérivée figure ce fil conducteur de la licence libre, plus ou moins permissive mais qui permet toujours la réutilisation et la modification. Cette autorisation donnée a priori est le principal mortier juridique d'un logiciel libre, ce qui lui permet de tenir sans risquer les problèmes conflictuels que peuvent apporter la recherche des auteurs. Chaque participant sait qu'il est autorisé à le faire, or s'agissant d'immatérialité il n'est pas possible d'abîmer l'œuvre originale sauf à l'utiliser dans un but contraire aux motivations profondes où à la philosophie de l'auteur original, ce qui irait à l'encontre du droit moral de l'auteur. Un tel modèle est particulièrement productif et répond à toutes les exigences de la création en termes d'efficacité et d'intégrité de l'œuvre à l'exception de celle de la juste rémunération de l'auteur. Il est sans aucun doute possible de s'en inspirer pour créer le régime juridique de l'œuvre participative, en encourageant ou intégrant dans le droit même la possibilité de réutiliser une œuvre, à condition de repenser en profondeur les questions de la patrimonialité du droit d'auteur.

Paragraphe 2 : s'inspirer du fonctionnement du site HitRecord

Au sein de l'écosystème des sites internet de crowdfunding ou de crowdsourcing, on trouve le site HitRecord.org, petit ovni dans le domaine dans la mesure où il propose un modèle nouveau, pleinement ancré dans la culture participative. L'étude du modèle de la plate-forme pourrait faire l'objet d'un mémoire entière, on se contentera ici de l'étudier pour suggérer qu'il serait opportun de s'en inspirer pour adapter la législation.

A) Un site internet qui consacre la réutilisation des œuvres

Racheté en 2009 par l'acteur Joseph Gordon-Levitt, hitrecord.org était une société de

production collaborative qui partageait ses bénéfices avec les auteurs-contributeurs. Il transformera la philosophie du site internet pour créer un concept nouveau, centré sur la participation et la réutilisation d'œuvres de l'esprit. Le concept est simple : chaque internaute peut s'inscrire sur le site pour y « uploader » une œuvre de sa composition qui peut être une vidéo, un morceau de musique, une photo ou même un simple texte. Cette œuvre, dès lors qu'elle est acceptée et publiée sur le site internet, est nommée un « RECOrd ». Les membres du site sont alors invités à télécharger ce « RECOrd » pour le modifier ou le compléter, afin d'en faire une œuvre nouvelle qu'il sera invité à ajouter à son tour sur le site. Les utilisateurs peuvent s'emparer de cette œuvre nouvelle pour en faire une création encore différente, comme ils peuvent continuer d'utiliser l'œuvre primaire pour en faire une œuvre nouvelle. Bien entendu, la plate-forme web intègre tous les outils de discussions modernes, de la possibilité pour chaque inscrit de commenter les créations à celle de les noter, ou de les recommander. Le modèle économique repose sur la possibilité pour le site internet de sélectionner certains « RECOrds » pour en faire des « productions », c'est à dire des œuvres qu'il se charge de distribuer et vendre, sous des formes traditionnelles comme les CD-ROMs ou DVD-ROMs ou bien souvent sous la forme d'événement d'ampleur tels que des concerts. Les bénéfices tirés de cette exploitation des œuvres est partagé à 50% entre le site internet et les contributeurs de l'œuvre.

Cette organisation souligne un point intéressant. Il est en vérité aujourd'hui très facile avec les outils informatiques de suivre avec précision les apports de chacun à une œuvre. Ça l'est d'autant plus lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la création suit une ligne temporelle linéaire qui implique que les actes de création se succèdent sans pouvoir se dérouler de manière simultanée : il faut attendre qu'un premier « RECOrd » soit publié pour pouvoir en faire une œuvre nouvelle.

B) *Le modèle juridique de HitRecord*

Le fonctionnement juridique du site internet prend la forme de conditions d'utilisation particulièrement détaillées²⁷, appuyées par des explications claires à l'intention des utilisateurs : la plate-forme mise sur la transparence et la confiance avec ses utilisateurs. En publiant une œuvre sur HitRecord, l'auteur conserve la totalité des droits de propriété intellectuelle sur son œuvre. Il est des hypothèses dans lesquelles HitRecord souhaite obtenir les droits de manière exclusive, auquel cas le site internet précise qu'il engagera des négociations de bonne foi. HitRecord dispose en revanche d'une licence non-exclusive, mondiale, sans droits à payer, sous-licenciable, irrévocable, transférable pour toute la durée de protection du droit d'auteur, lui permettant d'héberger, transférer,

²⁷ Voir les conditions d'utilisation (en anglais) : <http://www.hitrecord.org/terms>.

afficher, reproduire, distribuer et redistribuer l'œuvre , la combiner avec d'autres « RECOords » ou créer des œuvres dérivées²⁸. Une telle licence est également accordée aux utilisateurs du site internet, « pour créer des résultats qui seront hébergé et affichés par le site internet ». Bien entendu, le contributeur s'engage à être le seul titulaire des droits sur l'œuvre qu'il soumet au site internet, clause incontournable pour protéger un hébergeur des aléas du plagiat par ses utilisateurs.

Dès lors qu'une œuvre est devenue un « RECOord », elle ne peut théoriquement pas être supprimée. Dans les faits, il est possible de faire une demande à site internet, motivant la demande sur des erreurs commises telles que la publication par inadvertance d'une version de mauvaise qualité technique. Ainsi, le « RECOord » acquiert-il une vie propre au sein du site internet, évoluant au fur et à mesure des contributions des membres du site. Il ne s'agit pas ici de discuter de l'adéquation des règles du site internet avec le droit français, mais bien de réfléchir à s'inspirer de ce système. Un système par lequel l'auteur d'une œuvre reste détenteur de tous ses droits moraux et patrimoniaux sur son œuvre, mais doit accepter qu'elle soit réutilisée à l'appui de nouvelles créations. Un système qui accorde une licence non-exclusive au « producteur », qui réussit à monétiser l'œuvre en dépit de cette absence d'exclusivité. Un système en somme qui mêle la protection des droits de l'auteur et la circulation évolutive des œuvres de l'esprit. L'auteur est maître de son œuvre, il peut en faire ce qu'il veut indépendamment de ce que d'autres en font également²⁹.

Section 2 : Repenser la philosophie du droit d'auteur

Étudier ce qui se fait déjà, pour permettre une réelle imprégnation du droit par l'usage est un bon moyen de réussir un régime juridique. Ce n'est toutefois pas suffisant, et en matière de droit de la propriété intellectuelle il convient de s'interroger sur la philosophie même du droit autant que sur ses objectifs.

Paragraphe 1 : vers un régime qui s'éloigne de la propriété ?

Propriété. Le terme surplombe la matière en lui donnant une consistance particulière, qui semble quelque peu surinterprétée. Car la propriété intellectuelle n'a rien en commun avec la propriété telle qu'on la conçoit usuellement, sur le mode de la propriété foncière. Conceptuellement,

28 « By uploading a Submission on the hitRECOord.org Site, with respect to the resulting RECOord You hereby grant hitRECOord.org a worldwide, non-exclusive, royalty-free, sublicensable, perpetual (for the duration of the copyrighted work), irrevocable and transferable license to host, transfer, display, perform, reproduce, distribute and re-distribute, combine with other RECOords , and create derivative works of the RECOord in any media now known or hereafter »

29 Voir le B du paragraphe 1 de ce chapitre 2 sur la relation de paternité entre l'auteur et l'œuvre.

l'auteur ne serait en effet pas le propriétaire de l'œuvre mais plutôt son père, ce qui sémantiquement n'a pas du tout la même portée.

A) La propriété, notion improprement adaptée au droit d'auteur

On comprend bien ce refus de reconnaître sur l'œuvre de l'esprit une propriété au sens de la propriété matérielle en considérant l'image de la dégradation de l'œuvre. Le propriétaire d'un bien dégradé par un tiers peut légitimement se retourner vers ce tiers pour demander réparation du dommage subi, dans la mesure où ce dommage affecte directement le bien considéré. Son utilisation devient malaisée, son utilité incertaine et, en tout état de cause, le propriétaire ne peut plus se servir du bien comme il aurait jusqu'alors souhaité le faire. Le « propriétaire d'une œuvre de l'esprit doit voir les choses sous un angle différent. L'œuvre, réutilisée, modifiée ou dégradée par un tiers n'est pas l'œuvre elle-même mais bien une œuvre dérivée qui la reprend à son compte. A compter de la modification, une scission s'opère entre ce qui était l'œuvre originale et ce qui est l'œuvre dérivée. C'est par exemple toute la problématique des « fork », ces logiciels reprenant l'intégralité d'un code source comme point de départ à un développement différent. Dès lors, il est bien impossible de dégrader une œuvre de l'esprit, dans la mesure où son « propriétaire » peut continuer à l'utiliser comme il le faisait, sans que rien n'entrave sa propre liberté sur son œuvre. Il semble donc philosophiquement et légitimement qu'il n'est pas impossible de retravailler le canevas du droit d'auteur pour qu'il s'adapte à l'usage de la réutilisation participative, quitte au moins à inverser la présomption en proposant que celui qui ne dit rien autorise implicitement la réutilisation de son œuvre.

B) Discussions sur la cohérence entre les notions de paternité et de propriété

La notion de paternité de l'œuvre est très présente en droit d'auteur. Le créateur est en quelque sorte le père de cette œuvre, terme qui se conçoit bien dans la mesure où il est la personne qui lui a donné naissance. La paternité ici représente donc l'origine de l'œuvre mais il paraît intéressant de s'intéresser un peu à ce vocable qui dénote curieusement avec celui de propriété. Il ne viendrait l'idée à personne, dans notre société, de considérer que le père est le propriétaire de ses enfants. Il en est le concepteur à plus d'un titre, de la graine qu'il fournit à l'éducation qu'il leur apporte et qui les construit en tant qu'individu, mais il n'en est pas propriétaire pas. S'il ne l'est pas, ce n'est pas uniquement parce qu'ils sont des êtres humains donc insusceptibles d'être des propriétés.

Le lion, père des lionceaux, n'en est pas non plus pour autant leur propriétaire. Reconnaître la paternité, c'est donc avant tout reconnaître qu'on est à l'origine de la naissance de l'être, de l'objet ou de l'œuvre, et c'est aussi reconnaître qu'on y a apporté quelque chose d'unique, par l'effort qu'on a fourni. À ce titre, reconnaître la paternité de l'auteur est essentiel dans la mesure où c'est une façon pour la société de donner crédit à quelqu'un qui contribue à sa vitalité. C'est un respect pour celui qui apporte un plus, et il est impensable de vouloir faire disparaître cette reconnaissance.

Si le père n'est pas propriétaire de ses enfants, il a tout de même une responsabilité et un pouvoir de décision sur ceux-ci. Il semble opportun de continuer la comparaison entre le père d'un enfant et celui d'une œuvre de l'esprit sur cet aspect. On peut parfaitement reconnaître un certain pouvoir de l'auteur sur son œuvre et sur la portée de son œuvre, c'est à dire sur les modifications qui lui sont apportées pour en faire des œuvres dérivées. Un tel pouvoir existe déjà en pratique, par la reconnaissance de l'auteur en tant qu'auteur. Une œuvre dérivée qui n'aurait pas la bénédiction de l'auteur reconnu de l'œuvre initiale, quand bien même celle-ci était publiée sous licence libre, aura un impact bien moindre qu'en cas de soutien de l'auteur initial. Il paraît difficile de transposer dans la loi un tel pouvoir de direction, d'avis ou d'exigence de l'auteur sur le devenir de son œuvre sans verser dans un régime trop proche de celui de la propriété dans lequel l'auteur aurait tout pouvoir, y compris celui hélas trop répandu d'étouffer la création en interdisant tout. Le droit moral tel qu'il est aujourd'hui expliquer remplit pourtant partiellement ce rôle, et l'on peut sans doute améliorer le dispositif pour le rendre plus pertinent. Ainsi, il est impossible de dénaturer une œuvre quand bien même celle-ci se serait déjà élevée dans le domaine public, en la modifiant au service d'un intérêt en tout point contraire aux idéaux de l'auteur, par exemple.

Paragraphe 2 : quel objectif pour le droit d'auteur ?

Un autre moyen de réfléchir à une refonte du droit d'auteur pour l'adapter aux usages participatif est de se poser la question de l'objectif final de ce droit. On l'a vu, il est possible de respecter la philosophie du droit d'auteur en en corrigeant légèrement certains traits, trop rudes pour s'accommoder d'un regain de participatif. La question qui demeure compte parmi les plus sensibles : celle de la rémunération en se posant la question de quel objectif on veut privilégier.

A) La rémunération équitable de tous les auteurs : un objectif économique coûteux

C'est le fonctionnement du mécanisme à l'heure actuelle. L'auteur, considéré dans ce qu'il a de plus noble, est l'initiateur d'une œuvre de l'esprit sur laquelle il a, on l'a rappelé, tout pouvoir. La

question qui nous occupe ici est celle de l'exploitation patrimoniale de l'œuvre. Le droit d'auteur, en assurant une forme d'exclusivité à l'auteur, lui assure la possibilité de réaliser un gain potentiel s'il trouve preneur. Dans la pratique, l'auteur va vendre son œuvre à une entreprise chargée d'en faire de savoir précisément estimer la participation de chacun des auteurs et la part proportionnelle des revenus entraînée par chacune des œuvres qui compose l'œuvre principale. Estimer la valeur de chaque apport n'est pas chose aisée, mais la pratique et la jurisprudence ne se compliquent pas inutilement la tâche et le juge se contente d'estimer si le pourcentage choisi correspond dans l'ensemble aux usages professionnels du secteur d'activité concerné. Le problème majeur, en vérité, est ailleurs. Dans la mesure où le droit français propose une vision large de la qualité d'auteur, par une vision plus large encore de la qualité d'œuvre de l'esprit, un projet participatif se retrouve rapidement avec un nombre impressionnants d'individus qui peuvent se revendiquer comme auteur. Il suffit, en sommes, d'avoir créé quelque chose d'original et de l'avoir matérialisé, au sein de l'œuvre participative. Les sociétés de productions spécialisées dans les nouveaux médias et les narrations crossmedia et transmedia l'ont bien compris³⁰, dans la mesure où elles sont obligées de faire appel à un nombre croissant d'acteurs pour « dessiner » les histoires et scénarios, pour les articuler entre eux et pour les porter sur de multiples supports. Le principe de la rémunération proportionnelle pour eux, comme pour les éditeurs de jeux vidéo ou tout projet participatif d'ampleur est de fait un véritable frein. Un frein qui empêche en outre d'exporter à l'étranger, dans la mesure où les pays demandeurs cherchent des programmes clés en main qui puissent leur être livrés sans qu'ils aient à se soucier de rémunérations futures en fonction de leurs audiences.

B) L'efficacité économique de l'œuvre : différents statuts pour différents types d'auteurs ?

Se pose alors la question de faire primer l'efficacité économique de l'œuvre sur la rémunération équitable des auteurs. Une telle question suppose de sacrifier une certaine image de l'auteur, et il ne fait aucun doute que des lobbys puissants s'y opposeront avec force et détermination. Si l'objectif est l'efficacité économique de l'œuvre au sens large, c'est à dire non pas seulement les bénéfices qu'elle peut engendrer mais aussi tout simplement la possibilité de créer à moindre coût, alors il convient de donner une place plus importante encore aux financeurs des projets. Le débat ici ne portera pas sur les bénéfiques records des grands acteurs du secteur, où la lutte inique contre des pratiques aujourd'hui illégales dont personne à ce jour n'a pu pourtant prouver la nocivité. Financer la création est nécessaire, et si l'on considère que les acteurs du moment n'agissent pas comme ils le devraient, ce n'est sans doute pas la loi mais l'évolution des

³⁰ Certains d'entre eux sont à l'origine d'un livre blanc sur le régime juridique du transmédia, en préparation au sein de l'atelier transmedia de l'ADIJ (association pour le développement de l'informatique juridique).

pratiques qui changera cela, sans doute notamment grâce à ce nouvel eldorado qu'est le crowdfunding. Il ne s'agit en aucun cas ici de dénier à l'auteur son rôle constructeur et fédérateur pour la société, pas plus qu'il n'est question d'instaurer un déséquilibre entre le créateur et le producteur.

En revanche, il est bien question de s'interroger sur la pertinence d'un statut d'auteur unique, pour appréhender des situations pourtant très différentes. C'est la question de la différence d'importance entre le « showrunner » des séries américaines, qui porte la narration globale, et les « pools » de scénaristes, petites mains qui rédigent le corps de chaque épisode. C'est la question de la possibilité pour une société de recourir à des « auteurs au forfait » payés pour effectuer un travail de création d'importance « moindre ». C'est la question de la création industrielle de contenus par des auteurs techniciens par rapport aux auteurs artistes.

Un tel travail de hiérarchisation des auteurs, en hiérarchisant en fait les œuvres de l'esprit non pas par leur qualité, intrinsèquement subjective, mais sur des critères plus objectifs comme le caractère essentiel ou non de l'apport d'une œuvre à une œuvre participative où encore fonction de l'indépendance de l'auteur ou de son encadrement par un auteur principal permettrait ainsi de concilier plus efficacement le statut de l'auteur et l'efficacité économique des œuvres. Au-delà du schéma participatif, nul doute qu'un certain nombre de professionnels y verraient une bouffée d'oxygène, peut-être suffisante pour permettre une meilleure exportation des productions françaises à l'international, face à des pays qui ne sont pas aussi stricts en matière de protection des auteurs.

Bibliographie

Manuel CASTELLS, *La société en réseau L'ère de l'information*, op, cit.

Gérard HAAS, *Internet et protection des données personnelles*, Paris, Litec-jurisclasseur, 2004

Isabelle FALQUE-PIERROTIN, *Internet et le droit*, conférence donnée à l'Académie des sciences morales et politiques, 26 mai 2008

Page 49 Culture web, voire avec Marylou Chou.

Jean-Michel BRUGUIÈRE, **dir.**, *Droit d'auteur et culture*, Dalloz (collection thèmes et commentaires)

B. EDELMAN, *Nature du droit d'auteur*, J.-CL. Propr. Litt. Et art. 2000, fasc n°1112.

Bernard EDELMAN, *Le sacre de l'auteur*, essai seuil, 2007.

Christophe Caron , *Droit d'auteur et droits voisins* – 2è édition – LexisNexis Litec

Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Précis dalloz, 2009

Agnès TRICOIRE, *Petit traité de la liberté de création*, la découverte, 2011

Frédéric RIDEAU, *La formation du droit de la propriété littéraire en France et en Grande Bretagne : une convergence oubliée*, presses universitaires d'aix-marseille, 2004

Céline CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, l'Harmattan, 2003

Alexandre ZOLLINGER, *Droit d'auteur et droits de l'Homme*, LGDJ, 2008

Carine BERNAULT et Jean-Pierre CLAVIER, *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle* ellipses, 2008

Fabrice de PATOUL, **dir.**, *Les logiciels libres face au droit*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, Bruylant 2005.

Alexandra ABELLO, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, L.G.D.J lextenso editions.

Avis 2007-1 du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique du 26 juin 2007 relative à la mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit : Légipresse 2007, n°243, IV, p.29.

Le nouvel Observateur, 21 fév 2005 – « pétition visant à libérer la musique ».

Mission parlementaire sur le regime juridique du jeu video en droit d'auteur, Rapport de M. Patrice MARTIN-LALANDE Député de Loir et Cher, 30 mai – 30 novembre 2011.

Rapport d'information du Sénat, Communication audiovisuelle et nouveau service public de la télévision : la loi du 5 mars 2009 à l'heure du bilan, Rapport d'information n° 572 (2011-2012) du 30 mai 2012 - par MM. David ASSOULINE et Jacques LEGENDRE, fait au nom de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois .