

Les *creative commons* et la gestion collective : quand l'esprit communautaire et les nouvelles technologies rendent au droit d'auteur son caractère individuel

Sylvie Nérisson

Université Paris I, Université Humboldt de Berlin

sylneri@hotmail.com

Le droit d'auteur en France et en Allemagne s'est développé sur une vision humaniste et personnaliste de la protection des œuvres de l'esprit¹. A la différence des autres branches de la propriété intellectuelle, le droit d'auteur dans la conception continentale s'appuie, selon les textes, plus sur une protection de la volonté de l'auteur que sur la recherche d'une protection de l'investissement. Cette conception de la protection de la création est mise en œuvre par le principe selon lequel l'auteur dispose seul du droit d'autoriser ou d'interdire toute utilisation d'une œuvre dont il est le créateur².

Il semble donc que le système de mise à disposition d'œuvres en ligne selon les modalités choisies librement par l'auteur, comme le proposent les *creative commons*, aille dans le sens de cette conception du droit d'auteur.

Pourtant, comme on va le voir, le fonctionnement actuel des sociétés de gestion collective, représentantes des intérêts des créateurs et étape jusqu'ici incontournable de la mise en œuvre des droits d'auteur, est en grande part incompatible avec la gestion individuelle choisie par les auteurs qui recourent aux modèles que proposent les *creative commons*. Nous allons voir dans un premier temps le fonctionnement des sociétés d'auteurs, en nous appuyant de manière classique sur celles qui gèrent les droits des auteurs de musique, la SACEM française et la GEMA allemande. On verra de quelle manière elles gèrent les droits des auteurs, comment la loi a intégré ces sociétés dans l'organisation des circuits du droit d'auteur, et enfin quels sont les principes et les contingences qui expliquent leur fonctionnement.

Nous nous pencherons dans un deuxième temps sur la cohabitation de la gestion collective et des *creative commons*, en cherchant d'abord si les principes qui sous-tendent le système actuel de gestion collective valent aussi dans le monde numérique et en cas de choix par les auteurs de laisser une grande liberté aux utilisateurs. Ensuite nous observerons les différentes situations dans lesquelles un auteur peut se trouver pris entre les deux systèmes, celui de la gestion collective et celui proposé par les *creative commons*.

Pour finir, on tentera de présenter les réflexions que suscite cette confrontation, et des pistes pour amener ces deux systèmes à travailler et fonctionner peut-être ensemble, ou pour le moins parallèlement et sans conflit.

¹ Le droit d'auteur allemand repose dans sa globalité sur le *Urheberpersönlichkeitsrecht*, littéralement *droit de la personnalité de l'auteur*, communément traduit par droit moral de l'auteur, et le droit d'auteur français est caractérisé par son droit moral.

² Art. L. 122-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle (abrégé CPI), §§ 15 et suivants de la loi allemande sur le droit d'auteur (*Urheberrechtsgesetz*, abrégé UrhG)

I. Le système actuel de la gestion collective dans le domaine de la musique

Apparue en France au début du XIX^e siècle pour le théâtre, c'est pour les œuvres musicales, dont l'exploitation a fortement dépassé celle des œuvres dramatiques, que la gestion collective a connu son véritable essor au XX^e siècle dans les deux pays, et a développé le système qui prévaut encore aujourd'hui.

Le système de la gestion collective des droits d'auteur s'appuie sur deux points-clefs qui ont pour conséquence que l'adhérent d'une société de gestion collective ne peut pas choisir de diffuser une œuvre à titre gratuit puisqu'il ne dispose plus du droit d'autoriser et d'interdire l'utilisation de ses œuvres: la cession globale des droits sur l'ensemble des œuvres du créateur qui fait gérer ses droits par une société de gestion collective et la cession forfaitaire aux exploitants du droit d'exploiter l'ensemble des œuvres du répertoire des sociétés d'auteurs. On va donc dans cette partie expliquer les mécanismes qui régissent ces deux principes.

A. Les droits cédés et leur sort

Le principe de la gestion collective est de confier à la société d'auteurs les droits que le créateur n'est pas en mesure de gérer seul, parce que l'auteur, par définition une personne physique³, n'est pas en mesure de contrôler l'ensemble des exploitations dont son œuvre fait l'objet⁴ et parce que face à des entreprises qui utilisent les œuvres telles que la Comédie française à la veille de la Révolution ou les multinationales de l'industrie culturelle aujourd'hui, l'auteur⁵ n'est pas en mesure d'obtenir des conditions satisfaisantes dans la négociation des contrats de cession de droits d'exploitation.

Pour que la société d'auteurs soit en mesure de remplacer l'auteur tant dans la négociation des tarifs que dans la perception des redevances, l'auteur cède à la société à titre exclusif par une cession fiduciaire⁶ ses droits de représentation et de reproduction sur l'ensemble de ses œuvres⁷ (les œuvres qu'il crée après son adhésion sont automatiquement incluses dans le répertoire de la société).

Cet apport des droits, condition de l'adhésion, transmet à la société le pouvoir de céder l'autorisation de représenter et de reproduire, ce qui lui permet de procéder à la négociation des tarifs, à la mise en place de contrats généraux, à la perception des redevances, et aux actions en justice pour faire sanctionner par les tribunaux les utilisations non autorisées des œuvres de l'auteur adhérent.

La cession est donc globale dans le rapport auteur/société.

La cession dans le rapport société/exploitant est elle aussi globale, ou plus exactement forfaitaire. En effet, l'exploitant⁸ ne peut sélectionner une partie du répertoire proposé par la société d'auteurs. Pour pouvoir diffuser ou reproduire des œuvres du répertoire, il n'a d'autre choix que d'acheter le droit d'utiliser l'ensemble des œuvres, libre à lui ensuite de ne diffuser ou de ne reproduire les œuvres que d'un seul artiste ou de puiser dans le répertoire mondial

³ Art. L 111-1 du CPI (il faut mentionner l'exception des œuvres collectives dont une personne morale peut être titulaire des droits d'auteur et § 7 UrhG

⁴ L'œuvre étant distinguée de son support, elle est caractérisée par sa potentielle ubiquité.

⁵ À de très rares exceptions près, ainsi les ayants droit des peintres ayant acquis une renommée mondiale peuvent se permettre de financer des structures qui ne se chargent que de leurs intérêts (c'est le cas des héritiers de Picasso et de Matisse), il n'y pas de cas semblable dans le monde de la musique.

⁶ La société devient titulaire exclusive du droit, mais cette cession se fait expressément dans l'intérêt de l'auteur

⁷ Articles 1 et 2 des statuts de la SACEM, et article 3 des statuts de la GEMA

⁸ Pour la part la plus importante, les radios, les discothèques...

des œuvres dont les auteurs adhèrent à une des sociétés du réseau international des accords de représentation réciproque⁹.

B. L'encadrement légal

Avant d'aborder comment le droit d'auteur a intégré la gestion collective dans l'organisation du droit d'auteur, il convient de noter que le législateur dans les deux pays s'est limité en ce qui concerne les dispositions sur l'activité des SPRD¹⁰ à encadrer un système qui existait avant que la loi ne se penche sur lui, en répondant aux difficultés que posait la pratique, trop heureux que l'initiative privée ait rendu possible la mise en œuvre de droits qui à défaut seraient restés lettre morte. En revanche aucune disposition ne garantit la liberté de l'auteur de faire gérer ses droits comme il l'entend. C'est d'ailleurs l'attitude générale du législateur en droit d'auteur : il faut garantir à l'auteur des droits pour lui permettre de créer, lui assurer que l'expression de sa personnalité ne subira pas d'altération. En revanche, concernant la gestion des droits d'exploitation, les dispositions du droit d'auteur, comme la pratique de la gestion collective, répondent plutôt à l'idée de protéger l'auteur contre lui-même.

Après en avoir pris acte en l'encadrant la gestion collective, le législateur a eu recours à la gestion collective, en la rendant obligatoire pour l'exercice de certains droits à rémunération. Ainsi les rémunérations au titre de la retransmission par satellite et par câble¹¹, du prêt en bibliothèque¹² et de la copie privée¹³ sont automatiquement gérées par les SPRD. Le recours à la gestion collective obligatoire est justifié par la licence légale¹⁴ touchant ces utilisations, et par la volonté du législateur de maintenir une rémunération pour les auteurs et les producteurs.

Cette gestion collective obligatoire constitue une entorse au principe du fondement volontaire de la gestion collective, puisque la société de perception et de répartition agréée par l'Etat pour la perception de chacune de ces rémunérations est habilitée légalement à percevoir des redevances pour l'ensemble des ayants droits, y compris, pour des auteurs dont elle ne détient pas de mandat, dans ce cas elle en sera bien évidemment la débitrice.

C. Les principes et contingences à la base de ce système

La gestion collective des droits d'auteur a été mise en place pour répondre à l'impossibilité dans laquelle se trouvaient les auteurs de mettre en œuvre les prérogatives que la loi leur donnait.

- Pallier l'impossibilité matérielle dans laquelle se trouve l'auteur isolé de mettre en œuvre ses droits sur le contrôle des utilisations et la perception des redevances

⁹ Les sociétés d'auteurs ont mis en place un système d'accords de représentation réciproque selon lequel par exemple la SACEM en représentant ses homologues étrangères cède aux exploitants avec lesquels elle contracte le droit d'exploiter le répertoire de l'ensemble des sociétés d'auteur et perçoit pour leur compte les redevances de droit d'auteur revenant aux auteurs des sociétés d'auteurs étrangères.

¹⁰ *Société de perception et de répartition des droits*, en France les articles L. 321-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle, et en Allemagne la *Wahrnehmungsgesetz*.

¹¹ Transposition de la directive européenne 92/100

¹² Transposition de la directive européenne 93/83

¹³ Pour être complet, il faut évoquer le droit de reprographie, mais il n'est pas pertinent dans la mesure où nous avons restreint le champ de cet article au domaine de la musique.

¹⁴ Introduite soit du fait de l'impossibilité de contrôler les utilisations, soit pour répondre à la volonté d'empêcher l'auteur de bloquer certaines utilisations.

Les lois allemande et française sur le droit d'auteur reconnaissent à l'auteur le droit d'autoriser et d'interdire toute utilisation faite de son œuvre¹⁵ et imposent que l'auteur reçoive une part des bénéfices tirés de l'exploitation de cette œuvre¹⁶.

Puisque l'auteur ne jouit pas du don d'ubiquité, contrairement à ses œuvres, mais aussi parce que la création est une activité à part entière ne laissant pas forcément le temps de se consacrer au contrôle des exploitations et au recouvrement des droits, l'auteur n'est pas en mesure de faire respecter les droits que la loi lui reconnaît. Les auteurs ont donc choisi de se regrouper pour confier ces missions à une institution entièrement consacrée à ces activités. Elle emploie à cet effet du personnel, des agents assermentés et des juristes, qui sont en mesure de surveiller les utilisations des œuvres et de s'opposer efficacement aux infractions.

- L'union fait la force

C'est la même idée que celle qui préside à la constitution des syndicats. Face à des exploitants qui disposent d'une plus grande force économique que l'auteur¹⁷, il est nécessaire de regrouper les intérêts pour rétablir un équilibre dans les négociations et obtenir les économies d'échelle qui permettent d'entretenir le personnel et la technologie nécessaire à la mise en œuvre des droits.

- Simplification des transactions et sécurité juridique

Comme on l'a vu, l'apport des droits à la société et l'acquisition des droits d'utilisation des œuvres inscrites au répertoire des sociétés d'auteur par les exploitants se font de manière forfaitaire et unique¹⁸. L'exploitant acquiert donc une fois pour toutes le droit d'utiliser toutes les œuvres du répertoire. De plus, comme l'adhésion d'un auteur entraîne l'apport des droits sur toutes les œuvres, en cas de doute, il suffit de savoir si l'auteur est membre.

Tous ces points avaient pour condition et pour conséquence un nécessaire recours au forfait pour obtenir les économies d'échelle qui rendent la gestion collective possible et rentable.

- Avant de continuer la discussion, il faut ajouter deux points qui caractérisent la gestion collective de droits d'auteurs telle qu'elle est appliquée en France et en Allemagne : le fait que les exploitants ne puissent pas obtenir des répertoires plus circonscrits (pour obtenir des tarifs plus avantageux) est garant de la *diversité culturelle*, et les sociétés d'auteur ont conservé de leurs origines proches du syndicat ou de la coopérative, une politique de *solidarité* entre les auteurs adhérents, qui se traduit par des clés de répartition à l'avantage des secteurs de la musique moins rentables que d'autres et la mise en place de caisses de soutien, pour la promotion culturelle ou plus près de l'humain, pour des mutuelles de santé par exemple.

II. La rencontre des sociétés d'auteurs avec les creative commons et les nouvelles technologies

Internet permet à l'auteur d'atteindre facilement un public d'une ampleur jusqu'ici inconnue¹⁹, sans l'intermédiaire de coûteuses structures de distribution qui étaient jusque là

¹⁵ Art. L 122-1 et s. du CPI, §§ 15 et s. UrhG

¹⁶ Art. L 131-4 du CPI et § 32 UrhG

¹⁷ C'était le cas à la fin du XVIII^e siècle à Paris pour la Comédie française, c'est le cas aujourd'hui concernant l'industrie musicale dans le monde pour Universal, Sony-BMG, EMI et Warner music, voir l'article de Bruno Lesprit in Le Monde dans l'édition du 22.01.2005, *Comment la concentration de la distribution nuit au disque*

¹⁸ par an

¹⁹ On n'ira pas jusqu'à dire universelle, puisque l'ensemble de la population mondiale ne dispose pas d'une connexion Internet... en revanche, ce qui constituait jusqu'à la fin du XX^e siècle le marché des consommateurs

nécessaires pour assurer la fixation de l'œuvre, la production de supports et leur distribution dans des lieux de vente. Les cartes du jeu sont donc changées, et accepter la libre diffusion ou la reprise d'une oeuvre, en renonçant aux rémunérations qu'offre le système actuel de la gestion collective ne relève donc plus d'une démarche utopiste de diffusion à perte.

Il ne s'agit pas ici de rejeter en bloc le principe de la gestion collective et de la rémunération des auteurs, mais d'admettre qu'il est aujourd'hui possible de prendre en compte et de mettre en œuvre la volonté de certains auteurs de renoncer volontairement à certaines rémunérations, que ce soit par altruisme ou par volonté de se faire connaître en dehors des circuits commerciaux.

On va donc dans un premier temps examiner si les principes qui justifient l'omniprésence des sociétés de gestion collective dans l'ensemble de la diffusion de la musique et la faible souplesse des cessions que les auteurs doivent leur faire se vérifient toujours dans le monde en ligne et lorsque l'auteur choisit les options des *creative commons*.

Dans un deuxième temps, on tentera de voir les différentes situations dans lesquelles l'auteur peut se trouver face au choix entre la gestion collective et les contrats *creative commons*.

A. La portée du bouleversement apporté par les nouvelles technologies et les options des *creative commons*

On a vu précédemment les réalités et les principes qui ont amené la gestion collective des droits d'auteur à prendre la forme qu'elle a aujourd'hui.

On va donc reprendre ces différents points pour les confronter aux réalités induites par les nouvelles possibilités offertes par le monde en ligne et les choix que proposent les offres de contrat de mise à disposition d'œuvres de l'esprit proposées par les *creative commons*.

- Pallier l'impossibilité matérielle dans laquelle se trouve l'auteur isolé de mettre en œuvre ses droits et le contrôle des utilisations

C'est LE point fort de la gestion collective, notamment de la SACEM qui s'enorgueillit d'être la société qui dans le monde exerce le contrôle le plus exhaustif.

Les nouvelles technologies permettent à la fois l'échange et la reproduction illimités sans perte de qualité des œuvres²⁰, et un blocage absolu des utilisations que souhaite se réserver l'auteur, ou comme c'est le cas le plus fréquent, son producteur²¹.

Afin de se passer de la gestion collective, l'auteur peut donc décider de se remettre entièrement à « la machine ». On peut voir deux limites à cette option : si l'auteur utilise un système qui rend son œuvre uniquement utilisable selon la manière qu'il souhaite, l'expérience montre que tous les systèmes se font « craquer », à plus ou moins brève échéance, le coût de la mise à jour constante n'est donc pas à négliger. Ensuite si l'auteur souhaite utiliser les possibilités offertes par les moteurs de recherche pour aller au-delà du blocage des utilisations qu'il refuse et savoir comment et par qui son œuvre est utilisée, on retombe sur le problème du temps à y consacrer, et de la possibilité pour cet auteur isolé de faire sanctionner les éventuelles infractions.

- La perception des redevances

potentiels de l'industrie culturelle est couvert aujourd'hui par l'Internet à haut débit, et si on y inclut non seulement les personnes qui disposent d'un accès personnel à leur domicile ou sur leur lieu de travail, mais aussi tous les utilisateurs réguliers des cafés Internet et autres lieux publics mettant une connexion à disposition, le public potentiel est démultiplié.

²⁰ Du fait de la suppression de l'obstacle de la distance et de la qualité de la reproduction par numérisation

²¹ Qui ne s'est jamais trouvé face à un CD non lisible dans une voiture ou dans un ordinateur ou encore non copiable sur son disque dur, face à une page web qui pour s'ouvrir et se remplir des informations désirées nécessite un mot de passe ou le numéro d'une carte bleue ?

La gestion collective est indispensable pour recouvrer les rémunérations qui reviennent à l'auteur en contrepartie de l'autorisation d'exploitation. Si l'auteur cède son droit à titre gratuit, on peut penser que la gestion collective devient, à ce titre et pour cet auteur, inutile. Il faut tempérer cette position d'une part à l'égard du contrôle des utilisations qui reste nécessaire pour s'assurer que les options retenues parmi les options proposées par les *creative commons* sont respectées et d'autre part du fait des licences légales, auquel l'auteur ne peut renoncer et qui maintiennent la nécessité de l'intervention des sociétés de gestion collective.

- L'union fait la force

Un des éléments-clefs des bouleversements engendrés par Internet étant que les investissements nécessaires à la diffusion et à la distribution des œuvres dans le monde analogique ne le sont plus pour une diffusion en ligne, les entreprises multinationales de l'industrie culturelle perdent leur place d'interlocuteur nécessaire pour obtenir une diffusion. Les auteurs ne sont donc plus contraints de s'unir pour obtenir à des conditions non léonines la possibilité d'atteindre leur public.

On peut ajouter que les cc, issus du « mouvement du libre », reflète les intérêts d'auteurs qui se retrouvent dans une contestation de l'exploitation systématiquement lucrative des objets culturels, et donc que ces auteurs sont dans une certaine mesure unis. Nul ne sait toutefois quels développements connaîtra ce nouveau « groupe » international des utilisateurs du web, et leurs intérêts divergeront peut-être un jour.

De plus, on peut imaginer un changement de politique commerciale des fournisseurs d'accès et des hébergeurs qui pourraient abandonner le choix de la gratuité ou des faibles coûts, et qui alors pourraient poser des conditions financières sans commune mesure avec celles qu'on connaît aujourd'hui... Et la nécessité de s'unir dans des syndicats ou des sociétés collectives reverrait le jour pour obtenir la possibilité d'être diffusé sur le web.

- Simplification des transactions

C'est ici un point fort des *creative commons* : en accédant à l'œuvre, on accède à la volonté de l'auteur : l'utilisateur connaît exactement les utilisations que l'auteur accepte et celles qu'il refuse.

Il faut toutefois noter ici une contestation, depuis quelques mois, de la part de la doctrine notamment française sur la difficulté d'interprétation de l'utilisation commerciale, autour de la question suivante : la mise à la disposition d'œuvre « sous licence *creative commons* » sur un site web ou un blog financé par la publicité constitue-t-elle une exploitation commerciale, de même pour la diffusion sur une radio privée, ou publique ... La définition que l'on trouve sur le site cc, pose comme critère l'existence de bénéfice... L'auteur est-il en mesure de savoir si les publicités présentes sur le blog de son collègue qui reprend son œuvre ne servent qu'à amortir les frais d'élaboration du blog, ou à dégager des bénéfices ?

- Sécurité juridique

Le travail des juristes de *creative commons* et de traduction des chapitres des différents pays qui ont repris l'initiative américaine ont rédigé des contrats tenant compte des dispositions nationales de droit d'auteur. Il n'y a pas encore eu de conflits portés devant les tribunaux. Selon qu'on est sceptique ou enthousiaste, on dira que c'est à cause de la jeunesse de l'initiative et de l'impossibilité de contrôle, ou grâce à l'esprit de coopération et de transparence qui anime les auteurs diffusant leurs œuvres via les contrats proposés par les cc, et que les conflits qui ont vu le jour ont été résolus par la négociation amiable.

Par ailleurs, l'utilisateur bénéficie d'une explication claire et sans équivoque des utilisations autorisées. Les informations qui accompagnent l'œuvre et la facilité des communications par courrier électronique permettent, par exemple en cas de doute sur le caractère commercial de

l'utilisation qu'on envisage, de solliciter l'avis de l'auteur, ce qui n'est pas sans vertu pédagogique pour l'utilisateur²².

- Enfin la diversité culturelle et la solidarité

La diversité culturelle est sans aucun doute fortement favorisée par Internet du fait de la possibilité pour toute personne disposant d'un accès à Internet d'émettre et de recevoir des informations et des œuvres en direction et en provenance de toute personne disposant d'un accès à Internet.

Concernant la solidarité, elle ne peut prendre la même forme que celle mise en place par les sociétés d'auteurs. En effet la solidarité prend forme en leur sein dans les clefs de répartition des sommes perçues en fonction du registre des œuvres et dans l'allocation d'une partie des œuvres à des fonds de soutien tandis que les *creative commons* n'ont pas vocation à gérer des fonds, et que leur vocation est même de détacher la diffusion d'une rémunération systématique. On peut considérer en revanche que la volonté de former un réseau mondial d'auteurs autour d'un répertoire mondial librement accessible à tous correspond tout autant à une forme de solidarité entre les créateurs²³.

Avant de finir cet examen par la question de la nécessité du recours au forfait dans le monde numérique, on peut déjà conclure que l'apport des possibilités apportées par les nouvelles technologies est d'offrir la possibilité de ne pas automatiquement associer une rémunération à toute diffusion. Le rôle fédérateur de concentration des moyens pour assurer le suivi des œuvres et de leurs utilisations que remplissent aujourd'hui les sociétés de gestion collective semble toutefois encore utile. Il reste à imaginer la forme que pourrait prendre une telle association centralisée, ou en tout cas qui centraliserait les moyens à mettre en œuvre. La toile que constituent les chapitres *creative commons* pourrait en être un point de départ, ou un modèle.

- Le recours au forfait

On va le voir dans la partie suivante, c'est LE point qui rend incompatible la gestion collective telle qu'elle existe aujourd'hui et la pratique de la mise à disposition à titre gratuit d'œuvres en ligne. En effet, le recours par un auteur, pour une œuvre, aux contrats proposés par les *creative commons*, est proscrit par les statuts des sociétés d'auteurs.

Toutefois, ce point est aussi celui qui est le plus touché par les développements récents et les nouvelles possibilités de traitement des données. Ainsi, la licence légale pour la copie privée avait pour fondement en 1985 qu'il était impossible d'empêcher cette utilisation, pour des raisons techniques et pour des raisons de respect de la vie privée qui empêchait l'intrusion dans le domicile. Ces deux raisons ont perdu de leur force : d'une part, il existe aujourd'hui des systèmes de surveillance automatique des réseaux d'échanges de fichiers, qui permettent de relever les utilisations et les systèmes de marquage numérique permettent une identification des œuvres, et d'autre part, le développement des politiques sécuritaires suite au nouvel impact du terrorisme international et l'utilisation d'Internet par ses réseaux pour communiquer a fait tomber ces barrières²⁴.

²² HIETANEN H. et OKSANEN V., 2004, *Légal Megadata, Open Content Distribution And Collecting Societies*, in *ICommons at the Digital Age*, p. 108, disponible sous http://fr.creativecommons.org/iCommons_book.htm

²³ Voir en particulier les licences *creative commons* sampling et pays en voie de développement qui ne sont encore disponibles que dans leur version anglaise.

²⁴ Voir dans ce sens les positions de C. KERR-VIGNALE, décembre 2001,

<http://www.01net.com/article/167834> et de J. BECKER, 2003, *Musik im Internet –Praktische Erfahrungen bei der Rechteübertragung, Rechteverwaltung und Rechtedurchsetzung*, in *GEMA Jahrbuch 2002-2003*

Les possibilités offertes par les nouvelles technologies imposent donc, aux acteurs de la production culturelle et scientifique, et aux législateurs, de prendre position sur les options prises lorsqu'elles étaient imposées par des contingences qui ont connu des bouleversements importants : le versement systématique d'une rémunération en cas de diffusion est-il le prix de l'autorisation ou la part des bénéfices qui doit revenir à l'auteur ? Le droit exclusif de l'auteur d'autoriser ou d'interdire les utilisations qui sont faites de ses œuvres répond-il au besoin d'avoir un moyen de pression pour obtenir une rémunération, ou à celui de protéger la relation entre l'auteur et l'œuvre en n'assurant que son œuvre ne soit pas utilisée dans des exploitations qui lui déplairait ? Autre question : le recours au forfait dans la gestion collective est-il imposé par le besoin de rationalisation des coûts ou par la volonté de solidarité entre les auteurs mise en œuvre par un tarif unique –pour une même exploitation– des redevances pour favoriser une certaine diversité culturelle.

On a donc vu que les nouvelles technologies et l'application qu'en proposent les *creative commons* déstabilisent des principes qui semblaient acquis et sur lesquels se sont développés le marché des produits culturels et le cadre que la loi lui donnait. Avant de voir si ces nouvelles possibilités sont compatibles avec la pratique actuelle des sociétés de gestion collective, il convient d'évoquer comment la GEMA et la SACEM ont tenu compte du nouveau médium Internet... Et bien elles l'ont considéré comme un nouveau médium sur lequel ont lieu des utilisations des œuvres de leur répertoire et à ce titre elles ont étendu leur contrôle, par une extension des apports de ses adhérents en amont, et en aval par des accords récents avec les plates-formes de téléchargement légal et elles ont mis en place un réseau international d'échange de technologies de surveillance²⁵. Les dernières informations de l'été 2005 sont par exemple que la SACEM attend l'autorisation de la CNIL pour passer des accords avec les fournisseurs d'accès pour mettre en place des systèmes de surveillance automatique des réseaux d'échanges de fichiers ou étudient si la diffusion de musique sur les blogs peut faire l'objet de rémunération en l'état actuel du droit positif. Elles ont aussi utilisé le médium Internet pour mettre en place des sites web destinés à leurs membres, aux utilisateurs des œuvres et au grand public en général, qui permettent l'adhésion en ligne, la consultation des statuts et des communiqués de presse, mais aussi celle du répertoire et une information sur leurs activités. La culture du libre en revanche est restée en dehors de leurs champs d'activité et il semble qu'elles s'en tiennent à l'écart et se borne donc à représenter les auteurs qui veulent percevoir une rémunération pour toutes les utilisations que protège le droit d'auteur.

B. Les différents cas de frottements

1. L'auteur qui diffuse toutes ses œuvres en utilisant les contrats *creative commons* sans avoir jamais adhéré à une SPRD

Ce cas ne pose pas de problème a priori, le caractère contractuel de la gestion collective implique que les statuts des sociétés d'auteurs ne s'appliquent qu'à leurs adhérents. Les contrats-types proposés par les *creative commons* tiennent compte des cas de gestion collective obligatoire, il reviendra aux auteurs de veiller à ce que les sociétés d'auteurs leur versent la part de la rémunération qui leur revient à ce titre²⁶.

²⁵ Le réseau *fast track*

²⁶ A ce propos, voir www.godon.org et <http://www.01net.com/editorial/286032/musique/concert-en-libre-diffusion-sur-clefs-usb>

Une question subsiste toutefois, celle de savoir si les sociétés d'auteurs, comme le fait la SACD dans le domaine de l'art dramatique, imposent ou choisiront d'imposer dans l'avenir, aux exploitants (radio, boîtes de nuit) de ne jouer que des œuvres de son répertoire...

2. L'auteur inscrit dans une société d'auteurs qui souhaite recourir aux *creative commons*

En l'état actuel des relations contractuelles entre les auteurs adhérents et les sociétés d'auteurs, il n'est pas envisageable qu'un auteur ait en même temps des œuvres inscrites au répertoire de la SPRD et des œuvres en libre diffusion sur Internet grâce aux contrats *creative commons*. La seule solution est de quitter la SPRD puisque la possibilité de retrait partiel (comme d'apport partiel) est subordonnée à la condition de faire gérer les droits en question par une autre société d'auteurs. Du fait des accords de représentation réciproque, cette limitation ne changera en effet rien à la perception des droits puisque la société nationale continuera de percevoir les mêmes redevances. Le changement sera perceptible seulement dans la répartition et le versement à l'auteur qui sera effectué par la société choisie par l'auteur.

Pour se retirer d'une société d'auteurs, les conditions ont été assouplies récemment pour répondre aux injonctions des autorités de droit de la concurrence. Ainsi pour quitter la SACEM, il faut respecter un préavis d'un an, pour quitter la GEMA le délai est plus long, puisqu'il est de 3 ans.

La procédure reste donc assez lourde et plutôt dissuasive. On peut concevoir trois autres solutions, qui n'auraient pas la radicalité du retrait total.

La première réside dans la possibilité prévue aux statuts de s'écarter de ce régime assez rigide en formant une demande motivée au conseil d'administration de la SACEM, au directoire de la GEMA. Cette demande pourrait notamment porter sur une réduction des apports. Les *daft punk* en leur temps avaient même obtenu une modification des statuts. Il est permis d'espérer que les auteurs et les compositeurs -et même les éditeurs- qui composent ces organes de prise de décision dans les SPRD seront sensibles à la volonté de jeunes groupes de se faire connaître. On peut plus en douter s'il s'agit d'auteurs confirmés et qui connaissent le succès puisque c'est eux qui rapportent la plus grande part des redevances, et que leur départ pourrait déséquilibrer les comptes²⁷...

Une deuxième solution serait la diffusion des œuvres en *creative commons* sous un pseudonyme, l'auteur créant ainsi une sorte de patrimoine détaché de sa personne, qui permettrait à la société d'auteurs de ne pas avoir à subir de coûts supplémentaires dus au traitement œuvre par œuvre, mais d'avoir un compte au nom de l'auteur et de percevoir les redevances sur l'utilisation de ses œuvres, et de ne pas tenir compte des œuvres diffusées sous le pseudonyme.

Une troisième solution, mais elle nécessite une réflexion d'ampleur qui n'a pas sa place dans cet article, serait peut-être la constitution d'un organisme qui se chargerait du suivi des œuvres diffusées par des contrats *creative commons*, permettrait d'avoir un interlocuteur unique pour les négociations concernant les contrats généraux entre les exploitants et les sociétés de gestion collective classique, et surtout pourrait obtenir le statut de SPRD en France, de *Verwertungsgesellschaft* en Allemagne, serait soumis aux dispositions respectives applicables aux sociétés de gestion collective dans l'ensemble des pays où Internet rendrait les œuvres en question accessibles. Il s'agirait d'une sorte d'équivalent de *fasttrack*, mais qui ne

²⁷ Le départ de la succession Picasso a participé aux déséquilibres des comptes de la SPADEM qui ont abouti à la dissolution de cette dernière.

ferait que s'assurer du respect des options retenues par les auteurs *creative commons*, sans rémunération donc. Reste la question du financement d'un tel organisme, qui pourrait difficilement se financer en vivant seulement d'un pourcentage pour frais de gestion sur les sommes perçues au titre des différentes licences légales...

3. L'auteur qui diffusait ses œuvres sous *creative commons* et qui veut adhérer à une société d'auteurs

Comme on l'a vu, l'auteur qui veut adhérer à une société de gestion collective est contraint de céder les droits qu'il veut faire gérer sur l'ensemble de ses œuvres²⁸. Il faudra donc trouver un moyen de mettre à jour les licences accompagnant les œuvres, afin de ne pas générer de conflit. On peut imaginer que l'organisme imaginé plus haut, se chargerait d'une mise à jour des licences²⁹.

4. L'auteur adhérent d'une société d'auteurs qui reprend une œuvre diffusée en *creative commons*

Ici on retombe sur la souplesse des *creative commons* et l'esprit même du droit d'auteur : il faut obtenir l'autorisation de l'auteur. Ce sera le cas sans difficulté si l'auteur de la première œuvre a retenu l'option *creative commons* « pas d'utilisation commerciale ». Toutefois, si l'auteur de l'œuvre reprise a choisi la formule la plus dépouillée des offres de contrats-types, celle qui n'impose que le respect du droit de paternité, on peut imaginer que l'auteur sacem puisse reprendre l'œuvre comme si elle faisait partie du domaine public, et on rejoint ici l'idée même des *commons*.

En revanche, si l'auteur de l'œuvre reprise avait retenu l'option « partage à l'identique des conditions initiales », on tombe sur une impasse, puisque une œuvre d'un auteur adhérent d'une société de gestion collective ne dispose pas dans l'état actuel des relations contractuelles des droits exclusifs de reproduction et de représentation.

Conclusion

Les nouvelles technologies de l'information et de la communication, et l'application que les *creative commons* en font dans le respect des principes du droit d'auteur, ouvrent sans conteste des champs de réflexion que les contingences du monde analogique avaient clos.

Avant de les résumer, il convient de préciser que cette étude n'avait pas pour objet d'examiner les contrats *creative commons* au vu du droit d'auteur dans les deux pays (il faudrait alors examiner les dispositions impératives du droit des contrats d'auteur, telles que l'interprétation restrictive des cessions, l'exigence de l'écrit...³⁰), mais bien de voir quelles nouvelles questions ces deux nouveautés posent au système du droit d'auteur tel qu'il existe aujourd'hui.

Le point essentiel ouvert par le développement des NTIC et de la « culture du libre » est la question du sens que le législateur donne aux dispositions qu'il prend pour la protection et la promotion de la création, alors que les récentes affaires de téléchargement semblent placer les

²⁸ Les statuts de la GEMA précisent que la cession porte sur toutes les œuvres, à venir et déjà créées, et que la clause sur les possibilités de réserve précise que l'auteur peut n'apporter que certains droits sur toutes ses œuvres, qu'en revanche il ne peut distinguer les œuvres qu'il apporte.

²⁹ Voir la proposition de H. HIETANEN et V. OKSANEN, *op. cit.* p. 108.

³⁰ Principes reposant sur l'idée déjà évoquée selon laquelle le droit des contrats d'auteur tente de protéger l'auteur contre des décisions dont il ne peut mesurer les conséquences. Cette position n'étant pas à réduire à une vision simpliste du créateur romantique incapable de gérer ses droits parce que détaché de la réalité, mais bien de l'observation de l'expérience des pratiques de « l'industrie culturelle » et de la nature humaine.

auteurs contre leur public, contre leur producteur, voire contre leur société d'auteurs, et que la législation européenne semble surtout répondre aux intérêts des grandes entreprises de l'industrie culturelle. En effet, ce que proposent les *creative commons*, c'est d'utiliser le droit d'auteur, non contre la diffusion des œuvres mais bien au contraire pour leur libre circulation, leur réappropriation, et encourager par là la création indépendante... On retrouve bien les buts poursuivis par l'ensemble des législations sur le droit d'auteur.

Détacher la diffusion des œuvres d'une rémunération systématique permet aussi de ne plus assimiler le public, le destinataire des œuvres de l'esprit à un acheteur, à un consommateur. Il est heureux que l'accès à la musique puisse se faire aussi facilement et au même endroit que l'achat de pommes de terre... il est encore plus heureux de disposer d'autres moyens de diffusions que ceux des grands circuits de distribution commerciale.

La flexibilité permise par les nouvelles technologies devrait inviter aussi à une réflexion sur l'inclusion du facteur temps et la prise en compte des différentes périodes de vie de l'exploitation d'une œuvre dans le système des droits d'auteur et de rémunération de la création. Si des auteurs en quête d'audience peuvent choisir une diffusion libre à côté de la production de CD et de l'organisation de concerts, si les archives de grands organes de presse comme BBC ou le financial times choisissent aussi les contrats *creative commons* pour leur mise à disposition en ligne, c'est qu'il y a un réel besoin auquel le droit et les praticiens doivent répondre³¹.

Pour conclure en revenant à la question première de la recherche d'une cohabitation pacifique et efficace de la gestion collective des droits d'auteur et de la diffusion plus libre proposée par les *creative commons*, on renverra à la proposition de Hietanen et Oksanen³² d'une institution qui aurait le même rôle que les SPRD déjà existantes, mais qui veilleraient à la mise en œuvre de la volonté de l'auteur, quand bien même celui-ci renoncerait aux rémunérations que lui propose le régime du droit d'auteur général. Il s'agirait donc de distinguer la gestion collective de l'activité de perception et de répartition.

³¹ Voir dans ce sens les propositions du rapport Stasse pour les ouvrages qui sont encore protégés mais qui ne sont plus publiés et donc indisponibles : <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/rapports/stasse/stasse.rtf>, ou pour le domaine de la recherche de G. HANSEN, 2005, *Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze*, *GRUR Int.* 2005, p. 378

³² *Op. cit.*, p. 108