

Etienne DESHOULIERES

Titulaire d'un LL.M et d'un DEA en droit d'auteur comparé

Elève-avocat à l'Ecole de Formation du Barreau de Paris

Le droit moral et les licences *Creative Commons*

Mémoire réalisé dans le cadre d'un stage de février à mai 2007
au Centre d'Etudes et de Recherches de Science Administrative (Paris 2 - CNRS)
en vue de la rédaction de la version française 3.0 de la licence Creative Commons

Sous la direction de Mme Danièle Bourcier

Sommaire

1. Problèmes relatifs au droit moral dans la licence *Creative Commons 2.0*

- a. Titularité du droit moral
 - i. Unicité de créateur
 - ii. Pluralité de créateurs
 - 1. Les œuvres composites
 - 2. Les œuvres collectives
 - 3. Les œuvres de collaboration
- b. Régime du droit moral
 - i. Inaliénabilité
 - ii. Discretionnarité
- c. Attributs du droit moral
 - i. Droit de divulgation
 - ii. Droit au respect de l'œuvre
 - iii. Droit de paternité
 - iv. Droit de retrait et de repentir
- d. Application spatiale du droit moral
 - i. Incertitudes du droit international privé
 - 1. Loi du droit
 - 2. Loi du contrat
 - ii. Solutions contractuelles
 - 1. Compétence internationale
 - 2. Contractualisation du droit moral
 - 3. Réparation intégrale

2. Récapitulatif des propositions de clauses contractuelles pour la licence *Creative Commons 3.0*

- a. Clause générale d'interprétation et de destination
- b. Clauses spéciales
 - i. Clause relative au droit de divulgation
 - ii. Clause relative au droit au respect de l'œuvre
 - iii. Clause relative au droit de paternité
 - iv. Clause relative au droit de retrait et de repentir
 - v. Clause relative à l'application spatiale du droit moral
- c. Proposition concernant un contrat-type pour des autorisations spéciales d'atteinte au droit moral

Introduction

La traduction des licences *Créative Commons* d'origine américaine pose inévitablement la question de leur adaptation au droit français au regard des prérogatives tout à fait particulières que confère le droit moral aux créateurs. Celui-ci tient en effet une position centrale dans la conception, dite "personnaliste", du droit d'auteur continental¹.

En protégeant le lien que chaque artiste entretient avec sa création, cet ensemble de droits subjectifs a pour but de garantir une authentique manifestation de la créativité individuelle et, à travers elle, une certaine diversité culturelle². Dans cette optique, l'œuvre est perçue comme le prolongement de la personnalité du créateur. "*Celui-ci y a exprimé ses goûts, sa sensibilité, son intelligence, son expérience, aussi bien que ses convictions, ses a priori, ses fantasmes et son inconscient*"³.

C'est précisément cette expression de la créativité de l'artiste que le droit protège. Dès lors que la création sera empreinte de la personnalité du créateur, elle satisfera au critère de l'originalité, condition nécessaire et suffisante pour bénéficier de la protection du droit de la propriété littéraire et artistique. Le droit d'auteur permet ainsi de protéger les créations culturelles se manifestant par une forme originale (tableau, sculpture, photographie, texte, partition de musique...). Les droits voisins protègent quant à eux la prestation de l'artiste-interprète. Celui-ci représente, chante, récite, déclame ou joue une œuvre⁴. Il peut ainsi s'agir d'un chanteur, d'un musicien, d'un acteur ou d'un danseur. Dans les développements qui suivent, les termes "artistes" et "créateurs" seront employés indifféremment pour désigner les auteurs et les artistes-interprètes.

Pour bien comprendre la spécificité du droit moral, il est nécessaire de remonter à ses origines au 19^{ème} siècle. A l'époque, les éditeurs avaient pris l'habitude de procéder à certaines adaptations des manuscrits livrés par les auteurs avant de les faire imprimer. La jurisprudence est alors intervenue pour mettre un terme à ces pratiques. Peu à peu, les juges ont précisé les contours des éléments auxquels l'auteur ne pouvait pas renoncer par contrat. Le caractère inaliénable des différents attributs du droit moral – droit de divulgation, droit de paternité, droit au respect de l'œuvre et droit de retrait et de repentir – est donc consubstantiel à leur nature. Apparentés aux droits de la personnalité, ils constituent des

¹ Julia ELLINS, *Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft: von den Anfängen bis ins Informationszeitalter*, Berlin, 1997, p.378-379.

² A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^{ème} édition, Paris, 2001, cité par Ioannis KIKKIS, *op.cit.*, p.290.

³ Frédéric POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n°549.

⁴ Art. L. 212-1 CPI.

prérogatives d'essence extrapatrimoniale, dont la titularité originare ne peut être attribuée qu'à la personne physique créatrice de l'œuvre⁵. Qu'il s'agisse d'ailleurs du droit moral du créateur ou de celui de l'artiste-interprète, le droit moral est soumis au même régime⁶.

Mais l'environnement numérique est venu secouer cet édifice centenaire construit par les magistrats et consacré par la loi. L'effectivité des prérogatives morales est désormais sérieusement remise en cause par la diffusion des œuvres sur les réseaux numériques. Face aux diffuseurs d'envergure, tels que les sites internet commerciaux, les créateurs trouveront un interlocuteur identifiable contre qui intenter une action en justice. Mais face à la multitude des usagers, les créateurs renonceront le plus souvent à faire respecter leur droit moral⁷. Et même s'ils tentaient d'exercer une action, l'exécution de la décision serait largement mise en échec par les nouveaux moyens de communication. La multitude des stockages et les possibilités de copies et de transferts confèrent en effet à l'œuvre une nature essentiellement immatérielle, si bien que le passage de la sphère privée à la sphère publique présente un caractère irréversible⁸. Aucune mesure ordonnée par le juge ne serait donc de nature à mettre entièrement fin à la diffusion sur le réseau⁹.

Et les commoneurs en ont conscience. Loin de constituer une atteinte à leurs intérêts moraux, cette irréversibilité du partage des contenus est inhérente à leur démarche. La *Copyleft Attitude* est née des possibilités ouvertes par les réseaux numériques. La démarche du commoneur est façonnée par les possibilités techniques. Son approche cognitive du réseau, sa manière d'appréhender intellectuellement l'univers numérique se matérialise dans la création elle-même. Finalement, le réseau se réalise dans l'œuvre par l'intermédiaire du commoneur.

Pour Foucault en effet, l'œuvre constitue "*une structure significative fondée sur l'existence d'une structure mentale cohérente élaborée par un sujet collectif*", si bien que "*l'idée de l'individu en tant qu'auteur dernier [...] apparaît de moins en moins soutenable*"¹⁰. Les concepts dégagés au 19^{ème} siècle, inspirés de la figure de l'écrivain abusé par son éditeur, seraient désormais obsolètes. L'approche personnaliste se révélerait être le

⁵ En France, ce principe souffre d'une exception notable en matière d'œuvre collective.

⁶ Cass. soc., 10 juillet 2002, Bull. civ. V, n°245 (nullité des renonciations générale et préalable) ; Cass. soc., 8 février 2006, arrêt n°401, pourvoi n°04-45.203 (suffisance de la preuve de l'atteinte pour engager la responsabilité du tiers).

⁷ La *Société civile des producteurs phonographiques* (SCPP) s'est pourtant lancée dans une grande campagne en vue de faire sanctionner des particuliers violant les droits des auteurs (61 condamnations en un an) : cf. Jean-Christophe BOBABLE, "Quand l'Empeer contre-attaque... ou l'impossible identification des internautes", www.juriscom.net, juillet 2005.

⁸ Christine NGUYEN DUC LONG, *La numérisation des oeuvres : aspects de droits d'auteur et de droits voisins*, Litec, Paris, 2001, p.171.

⁹ Nadia SANHAJI, *La cession de droits de propriété intellectuelle dans les contrats informatiques*, Mémoire de DESS, Droit du Droit du Multimédia et de l'Informatique, sous la direction de Marc-Antoine LEDIEU, 2004, p.36.

¹⁰ Michel Foucault, *Dits et écrits I, 1954-1975*, Gallimard, Paris, 2001, p.841-842.

produit d'une conception intellectuelle datée¹¹. L'auteur ne pourrait plus être perçu comme le seul intermédiaire de la création culturelle à exprimer sa personnalité dans l'œuvre. L'expression artistique en réseau présenterait un aspect collectif trop prégnant pour pouvoir se couler dans le moule du droit de la propriété littéraire et artistique. Joëlle FARCHY n'hésite pas à affirmer à ce propos qu' "*il se pourrait que la notion d'auteur [...] ne soit qu'une construction sociale et culturelle éphémère de quelques siècles, qui s'évanouisse dans la cyberculture*"¹².

Ainsi, les prérogatives morales des créateurs, en établissant un lien personnel entre l'œuvre et son créateur, constitueraient désormais un obstacle illégitime au partage des contenus culturels. En interdisant toute modification des créations, elles empêcheraient les adaptations et assemblages d'œuvres préexistantes et placeraient les utilisateurs de contenus protégés dans une situation d'insécurité juridique¹³.

Pourtant, il s'avère que le droit moral est bien plus flexible que ce que ses détracteurs ne voudraient laisser entendre. Qui dit lien personnel entre l'œuvre et l'auteur, ne dit pas forcément lien exclusif. Le droit moral est fait pour protéger les intérêts moraux du créateur, pas pour freiner la diffusion des contenus culturels. L'intérêt moral du commeneur est de voir son œuvre partagée et réutilisée, pas d'en paralyser la diffusion au moyen de son droit moral.

Le but de cette note sera ainsi non seulement de démontrer que le droit moral est adapté à l'environnement numérique, mais qu'il est également conciliable avec la *Copyleft Attitude*. En effet, l'introduction de certaines clauses dans la licence 3.0 (2) permettra de résoudre les problèmes qui se posent dans la licence 2.0 (1). Ces deux questions constitueront le cœur des développements qui suivent. Toutefois, ce travail m'a également paru être l'occasion de faire le point sur l'ensemble des questions qui se posent concernant le droit moral des commeneurs pour mieux en comprendre l'esprit général. Je m'étendrai donc parfois sur des considérations ne se rapportant pas directement à l'insertion de clauses dans la nouvelle version des licences *Creative Commons*.

¹¹ Pour une sociologie retraçant la naissance du concept d'auteur, voir notamment : Alain VIALA, *Naissance de l'écrivain. Sociologie de la littérature à l'âge classique*. éd. de Minuit, Paris, 1985 et Pierre BOURDIEU, *Les Règles de l'art. Genèse et structure du champ littéraire*, Seuil, 1992.

¹² Joëlle FARCHY, *Internet et droit d'auteur : La culture Napster*, CNRS Editions, Cnrs communication, Paris, 25 avril 2003.

¹³ Cette thèse est celle Joost SMIERS, "La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Plaidoyer pour l'abolition des droits d'auteur", *Le Monde Diplomatique*, septembre 2001.

1. Problèmes relatifs au droit moral dans la licence *Creative Commons 2.0*

Afin de faire le point sur les différents problèmes qui se posent, il s'agira d'envisager classiquement la titularité (a), le régime (b) et les différents attributs du droit moral (c), avant de se pencher sur l'épineuse question de son application spatiale (d).

a. Titularité

Les principes régissant la titularité ne sont pas les mêmes selon que l'œuvre a été le fruit du travail d'un seul (i) ou de plusieurs créateurs (ii).

i. Unicité de créateur

C'est le créateur qui en principe est titulaire du droit moral. C'est ce que les Allemands appelle principe du créateur, ou *Schöpferprinzip*. Ainsi l'auteur ou l'artiste-interprète est-il titulaire du droit moral du simple fait de la création de l'œuvre ou de l'interprétation, même inachevée.

Tel est le cas quelle que soit la situation, salariée ou non, dans laquelle se trouve le créateur. Peu importe également le mode d'expression de la créativité. Qu'il s'agisse de numérique ou d'analogique, d'audiovisuel ou d'art graphique, le droit moral naît au moment même de création. Et comme celui-ci, contrairement aux droits d'exploitation, ne peut être cédé, l'auteur originaire ou l'artiste-interprète originaire reste toujours titulaire du droit moral, quel que soit le destin du support matériel et des droits patrimoniaux¹⁴.

ii. Pluralité de créateurs

La spécificité du travail collaboratif justifie que les œuvres réalisées dans ce cadre soient soumises à certaines règles particulières, qu'il s'agisse d'œuvres composites (1), collectives (2) ou de collaboration (3).

¹⁴ Le droit moral se transmet toutefois par dévolution successorale. Il change alors quelque peu de régime : cf. Art. L. 121-3 CPI. Pour une étude approfondie : Sylvie NÉRISSON, Le droit moral de l'auteur décédé en France et en Allemagne, Cahiers IRPI n°4, IRPI, 2003.

1. Les œuvres composites

Une œuvre composite est une création à laquelle est incorporée une œuvre préexistante, sans la collaboration du créateur de cette dernière¹⁵. Cette catégorie réunit les créations, dites "œuvres dérivées", auxquelles est intégrée une autre création, dite "œuvre originale". Il peut ainsi s'agir d'adaptations, pour lesquels le nouvel auteur modifie l'œuvre préexistante (traduction, adaptation de roman¹⁶ ou de chanson¹⁷, synchronisation de musique pour un film...), ou d'assemblages, dans lesquelles l'œuvre nouvelle est intégrée sans être modifiée (album, compilation¹⁸, site internet...).

Sauf dans les hypothèses concernant les œuvres audiovisuelles et radiophoniques¹⁹, le créateur de l'œuvre originale n'est pas titulaire du droit moral sur l'œuvre composite. Seul le créateur de l'œuvre dérivée bénéficie de la protection sur la nouvelle œuvre.

Les œuvres composites constituent un ensemble d'une importance particulière au regard de l'enjeu des licences *Creative Commons*, car la démarche d'intégration d'une œuvre originale à une œuvre dérivée correspond à l'esprit de partage et de réutilisation des contenus culturels cher aux commoneurs. J'y reviendrai plus longuement lorsque j'aborderai la question du droit au respect de l'œuvre.

2. Les œuvres collectives

Deux éléments sont nécessaires pour qualifier une création d'œuvre collective. D'une part, la production et la diffusion de l'œuvre doivent être organisées sous l'autorité d'un producteur, qui devra justifier d'un réel rôle de direction et de coordination²⁰. D'autre part, les contributions des auteurs doivent se fondre dans l'ensemble en vue duquel elles sont réalisées. Le fait qu'une contribution soit "*identifiable*" n'est pas inconciliable avec le fait que celle-ci se fonde dans un ensemble constituant l'œuvre collective²¹.

¹⁵ Art. L. 113-2 CPI.

¹⁶ Cass. Civ.1, 15 février 2005.

¹⁷ Par ex. Cass. Civ. 1^{ère}, 17 novembre 1981: Bull. Civ. I, n°339.

¹⁸ Par ex. CA Paris, 4^{ème} chambre, 23 janvier 2004

¹⁹ Art. L.113-7 et -8 CPI : Lorsque l'œuvre audiovisuelle ou radiophonique est tirée d'une oeuvre ou d'un scénario préexistant encore protégés, les auteurs de l'œuvre originale sont assimilés aux auteurs de l'œuvre nouvelle.

²⁰ CA Versailles, 16 octobre 1997 : RIDA 4/1998, n°176, p.428, obs. KEREVER.

²¹ CA Paris, 4^{ème} ch., 9 février 2005.

Désormais, une telle qualification est presque toujours retenue pour les bases de données²² et, plus largement, la Cour d'appel de Paris considère que "*l'œuvre multimédia ressort le plus fréquemment du domaine de l'œuvre collective*"²³. Ainsi les magistrats français ont-ils pu classer dans cette catégorie un jeu vidéo²⁴, une émission sur internet²⁵, un logiciel²⁶ ou même une rubrique de site internet²⁷.

Néanmoins, il semble que les œuvres diffusées sous licence *Creative Commons* satisfèrent rarement aux critères de l'œuvre collective. L'esprit de partage et de collaboration horizontale des commoneurs est en effet difficilement conciliable avec l'organisation hiérarchisée, verticale, nécessaire à la qualification de l'œuvre collective.

Si toutefois une création sous licence *Creative Commons* entrait dans cette catégorie, le régime du droit moral en serait notablement altéré. En effet, le producteur d'une œuvre collective, même s'il s'agit d'une personne morale²⁸, serait investi *ab initio* du droit moral sur la création dans son ensemble²⁹. Les contributeurs ne disposeraient du droit moral sur leur apport personnel³⁰ que lorsque leur contribution serait identifiable³¹. Et dans une telle hypothèse, leurs prérogatives seraient atténuées en raison de "*la nécessaire harmonisation de l'œuvre dans sa totalité*"³². A défaut d'identifiabilité des contributions³³, le producteur aurait donc la liberté de mentionner le nom des coauteurs et de modifier l'œuvre comme il le souhaite. Tout au plus devrait-il en informer les coauteurs³⁴, qui ne pourraient en aucun cas faire valoir leurs droits de retrait ou de repentir³⁵.

²² Nathalie MALLET-POUJOL, op. cit., p.154.

²³ CA Paris, 28 avril 2000 ("S'il est vrai que l'œuvre multimédia ressort le plus fréquemment du domaine de l'œuvre collective, la qualification doit être recherchée d'après les conditions de création au cas par cas, pour chaque œuvre considérée dans sa particularité").

²⁴ CA Versailles, 18 novembre 1999 : Comm. Com électr., février 2000, comm. n°16, obs. CARON.

²⁵ TGI Strasbourg, 2ème ch. civ., 16 novembre 2001.

²⁶ CA de Pau, 31 janvier 1996.

²⁷ TGI Paris, 7 février 2001 – SA Excelsior Publications / Frédéric R.

²⁸ Cass. Civ. 1, 8 décembre 1993.

²⁹ Art. L.113-5 al.2 CPI. Toutefois le terme "investi" pourrait signifier qu'il s'agit d'une titularité dérivée : cf. Christophe ALLEAUME, "Œuvre collective : l'entrepreneur est titulaire originaire du droit moral", note sous TGI Nanterre, 2^{ème} chambre, 15 mars 2004, UFC Que choisir et autres c/ SFR et CA Versailles, ch. Civ. Réunion, 24 mars 2004, J.-M. Rillon c/ Capital Média, Légipresse n° 212, juin 2004.

³⁰ Les auteurs ne bénéficient pas d'un droit sur l'œuvre dans son ensemble comme c'est le cas pour les œuvres de collaboration.

³¹ Christophe CARON, op. cit., p.45.

³² Civ. 1^{ère} 8 octobre 1980, cité par Christophe CARON, op. cit., p.46.

³³ Voir par exemple, pour un infographiste : CA Versailles, 25 mars 2004 – François Z. c/ Log-Access.

³⁴ CA., Versailles, 18 nov. 1999.

³⁵ Pour certains auteurs, le producteur ne sera investi de telles prérogatives que dans la mesure où il sera lui-même auteur de l'œuvre : cf. Valérie-Laure BENABOU, Jean MARTIN, Olivier HENRARD, Le régime juridique des oeuvres multimédias : droits des auteurs et sécurité juridique des investisseurs, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, Paris, 2005, p.31.

3. Les œuvres de collaboration

Les œuvres de collaboration sont des œuvres pour la création desquelles plusieurs personnes physiques se sont associées³⁶. L'œuvre ainsi créée est la propriété commune des auteurs, qui jouissent d'un droit indivis sur l'ensemble de la création³⁷. Chacun d'eux pourra s'élever contre l'atteinte portée à son droit moral³⁸, l'action étant recevable même sans l'accord des autres coauteurs³⁹.

Cette catégorie d'œuvre se distingue de celle des œuvres collectives en ce sens que chacun des auteurs est censé avoir un statut identique, sans qu'un producteur "chapote" la création. Une œuvre collective ne pourra donc jamais être en même temps un œuvre de collaboration.

Ce type d'œuvre se distingue également de l'œuvre composite car, dans ce cas, le créateur de l'œuvre originaire est passif, tandis que dans celui des œuvres de collaboration les auteurs travaillent ensemble pour la création de l'œuvre. On peut toutefois envisager une œuvre composite de collaboration, pour laquelle un groupe d'auteurs a réutilisé une ou plusieurs créations préexistantes. Cette situation est probablement largement répandue parmi les œuvres diffusées sous licence *Creative Commons*. Elle pourrait même représenter l'archétype de la *Copyleft Attitude*.

b. Régime du droit moral

Le régime du droit moral est caractérisé par sa nature inaliénable (i) et par la discrétionnarité de sa mise en œuvre (ii).

i. Inaliénabilité

Le copyright est généralement présenté comme un droit économique, exclusif de toute composante morale. En réalité, il existe dans les pays anglo-saxons une certaine forme de protection des prérogatives morales du créateur. Aux Etats-Unis et au Royaume-

³⁶ Art. L. 113-3 CPI. Pour une distinction entre œuvre de collaboration et œuvre collective : cf. TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 15 mars 2002, Juris-Data n° 2002-170857, Communication, Com. Elec., mai 2002, p. 24.

³⁷ Pierre-Yves GAUTIER, op. cit., n°61.

³⁸ TGI Paris, 1^{ère} ch., 25 mai 1989, RIDA janv. 1990, p. 353.

³⁹ Cass. 1^{re} civ., 4 oct. 1988, no 86-19.272, Bull. civ. I, no 268, p. 184.

Unis, les auteurs disposent en effet d'un droit moral atténué, appelé *moral rights*. Outre le fait que leur existence et leur régime varient en fonction du type d'œuvre, ces *moral rights* sont toujours susceptibles de renonciation. Cette différence avec le droit moral tel qu'il est conçu dans la tradition continentale est cruciale : si le créateur américain et anglais décide de diffuser sa création sous licence *Creative Commons*, il pourra stipuler sans difficulté qu'il renonce à exercer ses prérogatives morales.

Le Code de la Propriété intellectuelle français pose à l'inverse le principe de l'inaliénabilité du droit moral. Cela signifie qu'il ne peut être ni cédé, ni faire l'objet d'une renonciation. Si un auteur l'aliénait par contrat, il ne serait normalement pas tenu par ses engagements contractuels⁴⁰.

De même, le fait pour le commoneurs de mettre son œuvre à disposition du public sur internet gratuitement n'emporte pas renonciation à exercer ce droit. Dans sa décision du 27 juillet 2006 relative à la loi DADVSI, le Conseil Constitutionnel a expressément rappelé que, en vertu du principe d'égalité, les auteurs et artistes-interprètes ayant renoncé à une rémunération devaient bénéficier d'une protection de leur droit moral similaire à ceux n'y ayant pas renoncé.

Cependant, le droit moral n'est pas tout à fait hermétique à toute contractualisation. Axel METZGER a consacré un ouvrage à cette question. Il retire d'une étude approfondie de la jurisprudence française que les clauses de renonciation n'ont d'effet que lorsqu'elles sont "*spéciales, déterminées et non-équivoques*"⁴¹.

Ainsi, un auteur pourra par contrat autoriser un contractant déterminé à extraire telle chanson d'un album pour l'insérer dans telle compilation. Une autorisation générale d'exploitation ne permettrait pas en revanche à l'exploitant d'insérer la chanson dans la compilation⁴², car cette autorisation serait sans effet au regard du droit moral.

Une réponse technique pourrait éventuellement être apportée pour faciliter l'exercice de cette faculté de l'auteur d'autoriser les atteintes à son droit moral. Elle consisterait en un pistage de l'œuvre permettant de contacter le créateur de l'œuvre originale. Un formulaire électronique automatisé pourrait être élaboré, afin de faciliter les demandes d'autorisation. La balle est du côté des informaticiens.

⁴⁰ Par ex. Cass, Civ 1, 28 janvier 2003 (<http://lexinter.net>). La jurisprudence française accepte toutefois les conventions par lesquelles un commanditaire s'engage à gérer le droit moral de l'auteur dans l'intérêt de ce dernier : cf. CA Paris, 8 juillet 1981 – Dubuffet c/ Renault. La solution dégagée par cet arrêt laisse penser qu'une gestion collective du droit moral serait possible.

⁴¹ Axel METZGER, op. cit., p.253. Voir notamment : Cass. Civ. 1, 12 juillet 2006, pourvoi n°5-15472, publié au bulletin.

⁴² Cass. soc., 8 février 2006, arrêt n°401, pourvoi n°04-45.203, *Jean Ferrat c/ SA Universal music*, à propos d'une adaptation.

Il me sera simplement possible de remarquer que la portée d'une telle autorisation est variable selon les attributs du droit moral en question. L'auteur pourrait toujours revenir sur son autorisation spéciale sur le terrain du droit de divulgation⁴³ et du droit de paternité⁴⁴, qu'il pourra en principe exercer sans avoir à verser d'indemnité. Il ne le pourrait pas en revanche dans le cas d'une autorisation spéciale d'adaptation ou d'assemblage⁴⁵. La solution contraire reviendrait à contourner l'indemnisation que l'auteur doit verser s'il décide d'exercer son droit de retrait et de repentir⁴⁶.

ii. Discrétionnarité⁴⁷

Le caractère discrétionnaire du droit moral se manifeste dans la position adoptée par la Cour de cassation concernant l'abus de droit de moral (1) ainsi que dans les conditions relatives à l'engagement de la responsabilité du tiers fautif (2).

1. Abus de droit

La Cour de cassation a pu affirmer, à propos du droit au respect, que "*l'exercice du droit moral [...] revêt un caractère discrétionnaire, de sorte que l'appréciation de la légitimité de cet exercice échappe au juge*"⁴⁸. S'appuyant sur cet arrêt, une partie de la doctrine considère que la théorie de l'abus de droit ne trouve pas à s'appliquer au droit moral du créateur⁴⁹. Les juges n'auraient donc pas à s'adonner à une comparaison des intérêts en présence⁵⁰ afin d'évaluer si le créateur a usé de ses prérogatives morales avec

⁴³ Cass., 14 mars 1900, Whitsler.

⁴⁴ Cass. Civ.1, 13 février 2007, pourvoi n°05-12016.

⁴⁵ Cass. Civ. 1, 13 juin 2006, pourvoi n°04-15456, publié au bulletin. Dans le même sens, peu après cet arrêt : Cass. Civ. 1, 12 juillet 2006, pourvoi n°5-15472, publié au bulletin.

⁴⁶ La jurisprudence sur cette prérogative est beaucoup moins abondante. Mais il semble consubstantiel à l'esprit de cet attribut du droit moral de ne pas pouvoir être soumis à renonciation.

⁴⁷ Le terme est admis par Denis Alland et Stéphane Rials, le dictionnaire de la culture juridique, Paris, Lamy-PUF, 2003.

⁴⁸ Cass. Civ. 1, 5 juin 1984, Bull. Civ. I, n°184. Contra : CA Paris, JCP 1990 I, n°3478 Annexe 6 (qualifiant un abus de droit au respect de l'œuvre).

⁴⁹ Contre l'abus de droit moral : Frédéric POLLAUD-DULIAN et Ioannis KIKKIS ; pour l'abus de droit moral : André LUCAS et Pierre SIRINELLI.

⁵⁰ Michel VIVANT (resp.), Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux 2005 – Lamy Droit des Médias et de la Communication, n°317.

mesure⁵¹. Le droit moral pourrait ainsi être mis en œuvre par le créateur "*dans son seul intérêt personnel et en fonction de ses propres convictions et volontés*"⁵².

Il semble pourtant que les magistrats français puissent s'adonner à un contrôle lorsque le créateur aura faussement usé de sa prérogative⁵³. L'"*exercice abusif*"⁵⁴ des prérogatives morales est en effet caractérisé par la jurisprudence lorsque le créateur invoque son droit moral pour des raisons purement économiques⁵⁵. En accord avec l'approche téléologique de JOSSERAND⁵⁶, il est ainsi possible d'affirmer que l'abus de droit moral ne sera retenu en droit français que lorsque le créateur fera usage de ses prérogatives dans une finalité autre que celle pour laquelle elles lui ont été attribuées⁵⁷. Un commuteur ne pourra donc pas invoquer son droit moral à l'encontre d'un utilisateur en alléguant le fait qu'il souhaite à l'avenir exploiter son œuvre financièrement.

2. Engagement de la responsabilité du tiers

Le caractère discrétionnaire du droit moral se manifeste également dans les modalités de la mise en cause de la responsabilité civile délictuelle des tiers fautifs. En effet, et contrairement à ce que laisse penser le commentaire du *faq juridique de Creative Commons France*, l'artiste n'a pas à prouver les trois conditions de l'article 1382 du Code civil (faute, préjudice, lien de causalité). La Cour de cassation considère en effet que l'atteinte au droit moral constitue "*par elle-même*" le préjudice moral dont le créateur se plaint⁵⁸. Il suffira donc au créateur de faire la preuve d'une atteinte objective à son droit moral pour engager la responsabilité du tiers⁵⁹. Si la solution était contraire, le juge serait alors contraint de caractériser le préjudice, ce qui reviendrait dans les faits à apprécier la légitimité de la mise en œuvre du droit moral.

⁵¹ Christophe CARON considère toutefois que la théorie de l'abus de droit permettrait que le droit moral soit "raisonnablement exercé", approche renvoyant à un contrôle du droit moral alors même que celui-ci ne serait pas détourné de sa finalité : cf. Christophe CARON, *op. cit.*.

⁵² Frédéric POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n°596.

⁵³ Michel VIVANT (resp.), *op. cit.*, n°317.

⁵⁴ Cass. Civ. 1, 14 mai 1991 – Chiavarino.

⁵⁵ Cass. Civ. 1, 3 décembre 1968, cité par Frédéric POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n°557.

⁵⁶ Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1927.

⁵⁷ Sur toute cette problématique, on pourra se reporter à Frédéric POLLAUD-DULIAN, "Abus de droit et droit moral", D.1993, chr.97 et Christophe CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, Paris, 1998, cité par Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux 2005, Lamy droit des médias et de la communication, n°2469.

⁵⁸ Cass. Civ., 11 octobre 1983 : RIDA janv. 1984, n°119 p.196. Pour une application récente d'une condamnation à réparation sans caractérisation du préjudice : cf. TGI Paris, 3ème Ch., 18 février 2004.

⁵⁹ Adolf DIETZ, *op. cit.*, p.152. En droit français des contrats, l'obligation de ne pas faire peut également ouvrir droit à réparation, même en l'absence de preuve de préjudice : cf. art. 1145 C.civ.

Ce mécanisme d'engagement de la responsabilité va se manifester dans les contrats *Creative Commons* par le fait qu'un utilisateur de bonne foi pourra engager sa responsabilité civile, alors même qu'il a respecté les termes du contrat et qu'il n'a causé aucun préjudice au créateur. Il en ira de même pour l'ensemble des "maillons" de la chaîne de l'œuvre dérivée. L'étude de la jurisprudence récente indique à cet égard que les indemnités peuvent être élevées, alors même que le créateur ne rapporte pas la preuve d'un préjudice matériel⁶⁰. Outre le versement de dommages-intérêts, le juge pourra également prononcer toutes les mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte⁶¹.

Ainsi, au regard, d'une part, de la relative simplicité de l'engagement de la responsabilité civile du tiers et, d'autre part, du caractère non négligeable du montant de l'indemnisation prononcé par les juges, il apparaît impératif de se pencher attentivement sur le droit moral dans les licences *Creative Commons* afin que les utilisateurs soient placés dans une situation de relative sécurité juridique.

Sur le plan pénal, la responsabilité des utilisateurs sera heureusement plus difficile à engager. Assimilé au délit de contrefaçon⁶², la constitution de l'infraction nécessite en effet la présence d'un élément moral. Une présomption joue toutefois en défaveur de l'utilisateur, qui devra apporter la preuve d'une erreur légitime⁶³. Le respect des termes du contrat *Creative Commons* semble à cet égard suffisant pour écarter la responsabilité pénale de l'utilisateur.

c. Attributs du droit moral

Le droit moral se décompose en quatre attributs fondamentaux : le droit de divulgation (i), le droit au respect de l'œuvre (ii), le droit de paternité (iii) et le droit de retrait et de repentir (iv).

⁶⁰ Dans l'affaire MC Solaar (TGI Paris, 7 novembre 2003), le préjudice causé par l'atteinte aux intérêts moraux de l'auteur a été évalué par les juges à 60.000 €.

⁶¹ Agnès LUCAS-SCHLOETTER, op. cit., p.714.

⁶² Cass. Crim. 13 décembre 1995.

⁶³ Cf. Crim. 7 dec. 1900 pour l'exigence de la preuve légitime par l'utilisateur.

i. Droit de divulgation

Le droit de divulgation présente un double aspect. Le droit de garder l'œuvre secrète (aspect négatif) réserve au créateur la possibilité de communiquer ou de décrire le contenu de son oeuvre. Le droit de communiquer l'œuvre au public (aspect positif) confère au créateur le pouvoir de décider lui-même si, quand et comment son œuvre peut être divulguée. Le consentement du créateur est indispensable pour que l'œuvre soit considérée comme divulguée.

Le contentieux sur la question oppose généralement un exploitant en possession de l'œuvre à un auteur non désireux de voir sa création communiquée au public. Dans ce cadre, c'est l'exploitant et non l'artiste qui réalise le plus souvent l'acte matériel de divulgation. Or, dans l'univers de création des commoneurs, on peut s'attendre à ce que cet acte matériel de divulgation soit généralement le fait du créateur. Il est donc peu vraisemblable que le commoneur soit confronté à ce type de litige.

C'est bien plus l'attitude du public qui risque de poser problème au regard du respect du droit de divulgation du commoneur. L'épuisement du droit de divulgation se fait en effet mode par mode⁶⁴. Ainsi, en principe, un utilisateur viole le droit moral du créateur en diffusant sur un publication papier une œuvre mise à disposition sur internet.

L'article 3 de la licence 2.0 prévoit à cet égard que "les droits mentionnés ci-dessus peuvent être exercés sur tous les supports, médias, procédés techniques et formats". Cette clause s'analyse comme une clause de renonciation à l'exercice du choix du mode de divulgation. Sa validité est donc incertaine. Pour écarter toute incertitude, il me semble nécessaire de lister les modes nouveaux selon lesquels l'acceptant peut diffuser l'œuvre de l'offrant, afin de contourner la prohibition des clauses de renonciation préalable et générale.

ii. Droit au respect de l'œuvre

Le droit au respect de l'œuvre confère au créateur la faculté de veiller à ce que son œuvre ne soit pas "*dénaturée ou mutilée*"⁶⁵. Elle lui permet en premier lieu de protéger l'intégrité de l'œuvre, qu'il s'agisse d'ajout, de retrait, de mutilation ou de retouche. Le droit

⁶⁴ Cass. 1^{ère} civ., 13 décembre 1989, RIDA avril 1990.

⁶⁵ La Cour de cassation (Cass, Civ. 1, 6 juillet 1965) emploie les mêmes termes que le législateur allemand (§ 14 : "Beeinträchtigung" et "Entstellung").

moral étant discrétionnaire, les tiers ont une interdiction absolue de modifier l'œuvre⁶⁶. Il suffira au créateur de prouver une mutilation, "*quelle qu'en soit l'importance*"⁶⁷, pour que la violation du droit au respect soit admise.

En second lieu, le droit au respect permet de protéger l'esprit de l'œuvre. L'artiste peut ainsi contrôler le contexte dans lequel il souhaite voir diffuser son œuvre⁶⁸. Il pourra par exemple interdire qu'une photo d'art sous licence *Creative Commons* représentant un modèle nu ne soit utilisée par un site pornographique. Plus largement, le droit au respect permet de fournir un second fondement à un certain nombre de prérogatives du commoneur. Ainsi, le caractère non-commercial de l'utilisation ou l'obligation de partage à l'identique des conditions initiales pourraient tout à fait découler de l'obligation faite à toute personne (pas seulement à l'utilisateur lié par contrat au créateur) de respecter le droit au respect de l'esprit de l'œuvre.

Le parti pris de la licence 2.0 était de laisser la possibilité au commoneur de renoncer à l'exercice de son droit au respect. Mais, ici comme ailleurs, les clauses emportant une renonciation générale et préalable à l'exercice du droit moral sont écartées par la jurisprudence. Or, la stipulation dans les contrats *Creative Commons* selon laquelle le créateur de l'œuvre originaire laisse la possibilité aux utilisateurs de modifier sa création apparaît bien comme une renonciation préalable et générale qui, comme telle, est privée d'effets. Le commoneur pourrait donc à tout moment décider de poursuivre l'utilisateur, auteur de dérivation, pour violation de son droit au respect.

Cette première analyse tend à démontrer qu'il est inutile de prévoir la possibilité d'autoriser les modifications des œuvres placées sous licence *Creative Commons*. C'est la position que défendent les Américains sur le wiki. Elle est contestable juridiquement et très regrettable politiquement. La faculté de réappropriation des œuvres constitue en effet l'un des piliers de la *Copyleft Attitude*, qui se trouverait très largement remise en question si le droit au respect de l'auteur venait la paralyser.

Dans les développements qui suivent, je tenterai de démontrer que le droit au respect français ne fait obstacle ni à la dérivation des œuvres placées sous licence *Creative Commons* (1) ni à la conversion numérique (2).

⁶⁶ Axel METZGER, *Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, Urheberrechtliche Abhandlungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht*, Beck, München, 2002, p.255.

⁶⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 17 décembre 1991.

⁶⁸ Par ex., en France, pour une atteinte à l'esprit de l'œuvre : Cass. Civ. 1^{ère}, 22 novembre 1967 : D 1967, 485 et en Allemagne : BGH 7. Februar 2002, I ZR 304/99.

1. La dérivation des oeuvres diffusées sous licence *Creative Commons*

Le régime du droit au respect, particulièrement protecteur des intérêts moraux de l'artiste, est contrebalancé par une certaine souplesse de la jurisprudence concernant les oeuvres composites. En principe, pour créer une oeuvre en réutilisant une oeuvre préexistante, le nouvel auteur devra toujours obtenir l'autorisation du créateur initial. Il devra également respecter son droit moral par la suite⁶⁹.

Mais les parties peuvent prévoir contractuellement un droit d'adaptation ou d'assemblage au profit du nouvel auteur. Celui-ci disposera alors d'une certaine marge de manœuvre, encadrée par l'obligation de respecter l'esprit, le caractère et la substance de l'oeuvre⁷⁰. Dans un arrêt de juin 2006⁷¹, la Cour de la cassation se réfère à la destination de l'oeuvre afin de préciser dans quelle mesure la concession d'un droit d'adaptation entraîne renonciation à l'exercice du droit au respect. Dans le cas qui lui était soumis, la Haute juridiction devait se prononcer sur la validité d'une clause d'un contrat d'adaptation audiovisuelle dispensant l'éditeur de solliciter préalablement l'autorisation du créateur pour adapter une musique destinée à la sonorisation d'une oeuvre audiovisuelle. La Cour d'appel avait classiquement considéré que cette clause constituait une renonciation préalable et générale portant atteinte à l'inaliénabilité du droit moral. La Cour de cassation ne l'a pas entendu de la même manière. Pour les magistrats, "*cette clause n'entraînait pas aliénation de la part du créateur de son droit moral qu'il pouvait exercer si l'exploitation, autorisée conformément à la destination de l'oeuvre, venait à y porter atteinte*"⁷². Deux décisions du 12 juillet 2006⁷³ et du 7 novembre 2006⁷⁴ s'inscrivent dans la lignée de cet arrêt. Et un arrêt de 2005 mettait déjà en relation le respect de la destination de l'oeuvre et la violation du droit moral⁷⁵.

Ces décisions indiquent que le créateur peut renoncer à son droit au respect, dans la mesure où cette renonciation est indispensable à la réalisation de la finalité du contrat. Tant

⁶⁹ Art. L. 113-4 CPI.

⁷⁰ CA Paris, 31 mai 1988, RIDA janv. 1989 p 183.

⁷¹ Cass. Civ. 1, 13 juin 2006, pourvoi n°04-15456, publié au bulletin.

⁷² Cass. Civ. 1, 13 juin 2006, pourvoi n°04-15456, publié au bulletin (pas de violation du droit au respect de l'intégrité dans un cas où la destination de l'oeuvre a été respectée).

⁷³ Cass. Civ. 1, 12 juillet 2006, pourvoi n°5-15472, publié au bulletin (violation du droit au respect de l'intégrité dans un cas où la destination de l'oeuvre n'a pas été respectée).

⁷⁴ Cass. Civ. 1, 7 novembre 2006, pourvoi n° 04-13454 ("L'exploitation d'une oeuvre au sein d'une compilation, mode d'exercice du droit patrimonial cédé, n'est de nature à porter atteinte au droit moral de l'auteur, requérant alors son accord préalable, qu'autant qu'elle risque d'altérer l'oeuvre ou de déconsidérer l'auteur").

⁷⁵ Cass. Civ. 1, 15 février 2005, pourvoi n°01-16297, publié au bulletin.

que le créateur de l'œuvre dérivée respecte la démarche dans laquelle le créateur de l'œuvre originale a voulu s'inscrire, le droit moral de ce dernier sera respecté. La Cour Fédérale allemande retient la même solution⁷⁶. Elle me semble tout à fait pertinente si on se place dans le contexte d'une exploitation commerciale. Le créateur, ayant reçu une rémunération spéciale pour que sa musique soit synchronisée sur un film ne pourra pas s'opposer à cette synchronisation sur le terrain de son droit au respect de l'œuvre. La solution est heureuse.

Cette référence à la destination est de même tout à fait opportune au regard de la démarche des commoneurs⁷⁷. La finalité des licences *Creative Commons* est en effet de partager et de voir réutiliser les contenus culturels. Le partage du contenu constituant le cœur du contrat, le créateur pourra renoncer à son droit moral dans la limite de la destination de l'œuvre ainsi définie. Les contours du droit au respect de l'œuvre du commoneur seraient ainsi modelés par la finalité de sa démarche, c'est-à-dire par la *Copyleft Attitude*. C'est tout le mérite du droit moral que de permettre au créateur d'exercer un contrôle sur l'esprit dans lequel son œuvre est utilisée.

Une telle interprétation de la jurisprudence récente de la Cour de cassation incite à penser que l'option "modification" des licences *Creative Commons* est compatible avec le droit français. Cette position est audacieuse, mais il me semble qu'elle est tout à fait conforme à l'esprit dans lequel les magistrats de la Haute juridiction tendent désormais à réguler les renonciations au droit moral. La thèse inverse reviendrait à condamner d'emblée la démarche dans laquelle s'inscrivent les commoneurs. Une telle condamnation de la *Copyleft Attitude* n'aurait aucun sens, alors même que la référence à la destination de l'œuvre permet sans difficulté à ce nouveau phénomène de trouver sa place, sans bouleverser l'approche traditionnelle du droit moral. Il me semblerait donc intéressant de se référer explicitement à la *Copyleft Attitude* et la destination de l'œuvre dans la clause autorisant les adaptations et les assemblages.

Cette solution se révèle équitable au regard des intérêts du créateur et de ceux de l'utilisateur. L'acceptant peut en effet assembler et adapter l'œuvre originale comme bon lui semble, tant qu'il respecte lui-même la démarche du créateur. Bien que les contours ne puissent être clairement établis, un certain nombre de restrictions paraissent inhérentes à la démarche, notamment l'interdiction d'associer à l'œuvre originale des mesures de protection technique ou l'interdiction de porter atteinte à l'honneur et à la réputation de l'artiste ou de publier son œuvre dans un contexte entrant ouvertement en contradiction

⁷⁶ BGH GRUR 1997, p.551, 554 – Textdichtersammlung.

⁷⁷ L'arrêt du 19 avril 1988 de la première chambre civile de la Cour de cassation pouvait laisser croire que le droit de destination n'avait qu'une nature patrimoniale. Les deux cités ci-dessous montrent que la destination produit également des effets concernant les droits extra-patrimoniaux de l'auteur.

avec ses opinions. Cette dernière restriction permettrait par exemple à un commoneur d'interdire à un site internet d'extrême droite d'utiliser son œuvre.

On pourra remarquer qu'une telle référence à l'honneur et à la réputation de l'auteur reprend la vision du droit moral de l'art. 6bis de la convention de Berne⁷⁸, consacrant un niveau de protection inférieure au droit français⁷⁹. En France en effet, l'auteur n'a pas en principe à prouver un quelconque préjudice pour engager la responsabilité des tiers pour violation de son droit moral. Mais, dans un arrêt de septembre 2006, la Cour de cassation a apporté une exception à ce principe en décidant que "*l'exploitation d'une oeuvre au sein d'une compilation, mode d'exercice du droit patrimonial cédé, n'est de nature à porter atteinte au droit moral de l'auteur, requérant alors son accord préalable, qu'autant qu'elle risque d'altérer l'œuvre ou de déconsidérer l'auteur*"⁸⁰. Ainsi, lorsque l'auteur aura concédé un droit d'adaptation, la preuve d'une atteinte à son honneur ou sa réputation sera exigée, si le cessionnaire respecte la destination de l'œuvre. Cette solution confirme l'approche téléologique adoptée six mois plus tôt par la Haute juridiction.

La référence à la destination de l'œuvre pose toutefois problème sur le terrain des droits patrimoniaux. L'article L.131-3 du CPI, concernant l'exploitation des droits patrimoniaux, impose que le domaine d'exploitation des droits soit limité quant à la destination de l'œuvre. Ce droit de destination est difficilement conciliable avec la théorie de l'épuisement développée par la Cour de Justice des Communautés Européennes repris par le législateur communautaire⁸¹. Mais les juges français n'en continuent pas moins d'exiger que les actes de cessions de droit d'auteur précises la destination de l'œuvre, la transmission des droits n'ayant pas lieu dès lors que celle-ci est définie de manière trop générale⁸².

Il eût été possible de penser que cette condition de forme relative à la cession de droits patrimoniaux ne trouve pas application lorsque l'auteur, comme dans la licence *Creative Commons*, a concédé ses droits à titre gratuit. Telle n'a pas été la solution retenue par la Cour de cassation qui considère que ce texte s'applique indépendamment de la nature

⁷⁸ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886 (162 Etats membres).

⁷⁹ Deux arrêts de cour d'appel, cassé par la Cour de cassation, imposait à l'auteur de prouver un préjudice : CA Paris, 4^{ème} chambre, 23 janvier 2004 ("*La superposition du texte aux images [...] ne modifie pas l'esprit de l'œuvre, [...], ni n'est de nature à la dévaloriser ou à nuire à l'honneur ou à la réputation de son auteur*") et CA Versailles, 7 avril 2004, R.G. n° 02/03070. Cet arrêt concerne cependant le droit moral des artistes-interprètes (L'artiste-interprète est débouté au motif que "*aucun thème dégradant ou susceptible de heurter les convictions de l'artiste ne ressort des compilations réalisées sans l'autorisation de ce dernier*").

⁸⁰ Cass. Civ. 1, 7 novembre 2006, pourvoi n° 04-13454. Voir déjà : Paris, 10 avril 1995, RIDA, octobre 1995, p.316, imposant une "dénaturation substantielle" pour que la violation du droit moral soit établie.

⁸¹ Directives du 14 mai 1991 et du 22 mai 2001.

⁸² Cass. Civ. I, 12 juillet 2006, pourvoi n°5-15472, publié au bulletin.

gratuite ou onéreuse de la cession⁸³. La licence *Creative Commons* doit donc, au risque d'être inopérante, préciser la destination de l'œuvre. Or la version actuelle ne contient pas de clause relative à la destination et le faq juridique indique seulement que la destination "*est clairement repérable dans l'intention de l'auteur de contribuer à un fonds commun en autorisant certaines utilisations gratuites de son œuvre*". Il me paraîtrait donc pertinent d'ajouter un paragraphe à la licence 2.0 contractualisant la destination de l'œuvre, avec une référence directe à la *Copyleft Attitude*. Cette clause permettrait également de servir de principe directeur à l'interprétation du contrat. La jurisprudence récente distingue clairement la destination de la forme et des modes d'expression⁸⁴. Il me semble donc que le fait de stipuler que "la destination de l'œuvre est d'être reproduite, adaptée et assemblée conformément aux conditions définies par l'Offrant dans le présent contrat, afin de contribuer à un fonds commun" ne tombera pas sous le coup de la prohibitions des clauses que la généralité des termes employés rend inopérantes.

Cette difficulté surmontée, il nous reste encore un problème à régler. En effet, si un utilisateur veut adapter une œuvre qui a déjà fait l'objet d'une dérivation, il devra obtenir préalablement l'autorisation de l'auteur de l'œuvre originale⁸⁵. L'article 8.a de la licence 2.0 règle cette question du point de vue des droits patrimoniaux. Il serait utile d'insérer une clause réglant le sort du droit au respect pour toutes les dérivations ainsi rédigée : "L'offrant permet aux acceptants successifs, auteurs de dérivations de son œuvre, de réaliser des adaptations et assemblages, dans les mêmes limites et conditions imposées au premier acceptant". Le problème de l'efficacité de cette clause doit être soulevé, car il s'agit d'une stipulation dans le contrat liant le premier acceptant à l'offrant qui, en vertu de l'effet relatif des contrats, ne devrait pas pouvoir être invoqué par les autres acceptants, tiers au contrat⁸⁶. Toutefois, cette stipulation constitue une renonciation partielle à l'exercice du droit au respect, licite dans la mesure où elle est nécessaire à la réalisation du contrat. Or la renonciation est un des rares cas pour lesquelles la jurisprudence admet l'efficacité de l'engagement unilatéral de volonté⁸⁷. Cette clause pourra donc être invoquée par les acceptants successifs à l'encontre du premier offrant et déployée ainsi ses effets pour l'ensemble des dérivations de l'œuvre originale.

⁸³ Cass.Civ.1, 23 janvier 2001, pourvoi n°98-19990, publié au bulletin.

⁸⁴ Le problème se pose généralement lorsqu'un exploitant utilise une œuvre à des fins publicitaires sans y avoir été autorisé : cf. Cass. Civ. I, 12 juillet 2006, pourvoi n°5-15472, publié au bulletin ; Cass. Civ. I, 13 juin 2006, pourvoi n°04-15456, publié au bulletin ; Cass. Civ. I, 15 février 2005, pourvoi n°01-16297, publié au bulletin.

⁸⁵ Cass. Civ. I, 22 juin 1959.

⁸⁶ Cass. Civ.3, 13 novembre 1974.

⁸⁷ Voir notamment : Cass. Civ. 2, 10 mars 2005.

2. Conversion numérique

Le problème de la conversion numérique concerne plus la question de la copie des œuvres que celle de leur dérivation. L'article 3 de la licence 2.0 indique que "les droits ci-dessus incluent le droit d'effectuer les modifications nécessaires techniquement à l'exercice des droits dans d'autres formats et procédés techniques". Cette opération touchant l'œuvre elle-même, l'article 3 doit être regardé comme induisant une certaine renonciation à l'exercice du droit au respect de l'intégrité de l'œuvre.

Il semble toutefois que l'inaliénabilité du droit moral ne fasse pas obstacle à la validité de cette clause. Cette solution ressort en filigrane de deux décisions. L'arrêt *Microfor* de la Cour de cassation semble indiquer que le créateur d'une œuvre numérique devra accepter de voir sa protection limitée par les exigences techniques consubstantielles au format numérique⁸⁸. Les juges du TGI de Paris semblent considérer quant à eux que le changement de format n'est constitutif d'une atteinte au droit moral que dans la mesure où l'œuvre *telle qu'elle peut être perçue par le public* est dénaturée ou mutilée⁸⁹.

La question du changement de format ne concerne donc qu'indirectement le droit au respect, à l'exercice duquel l'auteur ne peut renoncer dans les cas où il y aurait altération significative de la qualité de l'œuvre. Il ne serait donc pas inutile d'apporter la précision suivante : "Les droits ci-dessus incluent le droit d'effectuer les modifications nécessaires techniquement à l'exercice des droits dans d'autres formats et procédés techniques, si de telles modifications n'altèrent pas significativement la qualité de l'œuvre".

iii. Droit de paternité

Le droit de paternité confère au créateur le droit de définir le contenu de la mention qu'il souhaite associer à son œuvre (aspect positif)⁹⁰. Il dispose également de la possibilité de déterminer si son œuvre doit être assortie d'une mention lui en attribuant la paternité. Il pourra ainsi choisir de rester anonyme⁹¹ ou empêcher un tiers de s'attribuer sa création

⁸⁸ Ass. Plén., 30 octobre 1987, *Microfor*, D. 1988, p.21 (concernant les bases de données).

⁸⁹ TGI Paris, 29 juin 1988 – La Cinq ("Seule importe en conséquence l'image que la société distribue sur son réseau"). Dans le même sens, dans l'univers analogique : TGI Paris, 2 novembre 1988, cahier du droit d'auteur, mars 1989, p.19.

⁹⁰ Jahn, S. 151.

⁹¹ CA Paris, 5 juillet 1979, D. 1980, 580, concl. Lévy.

(aspect négatif)⁹². La jurisprudence a rattaché au droit de paternité le droit de non-paternité⁹³. Cette prérogative permet au créateur d'écarter la mention litigieuse de l'œuvre d'un tiers lui en attribuant faussement la paternité⁹⁴. L'ensemble de ces prérogatives peut s'exercer, sauf abus, après divulgation⁹⁵, alors même que l'auteur aurait permis dans un premier temps que son nom de ne soit pas associé à l'œuvre⁹⁶.

La licence 2.0 est relativement confuse quant à ces différentes prérogatives du créateur, notamment dans les clauses 4.a et 4.b. Les questions se rapportant au droit de paternité sont abordées à trois endroits différents. Il me semblerait opportun de traiter de tous les aspects de la paternité dans un seul et même point en titrant "paternité de l'œuvre".

Comme signalé plus haut, l'offrant ne dispose pas du droit moral sur l'œuvre composite dérivée, mais seulement sur l'œuvre originale. Il est donc important de distinguer, d'une part, l'exercice de l'aspect négatif du droit de paternité sur l'œuvre originale intégrée, permettant à l'auteur de l'œuvre originale de définir le contenu de la mention reliée à son œuvre, et, d'autre part, l'exercice du droit de non-paternité, lui permettant d'imposer que la mention associée à la création dérivée différencie clairement entre la création originale et la création dérivée, afin qu'on ne lui attribue pas faussement la paternité de l'œuvre dérivée.

Dans l'article 4.d, il est question de l'aspect positif du droit de paternité. La clause précise à deux reprises que cette prérogative doit être exercée de "manière raisonnable". Cette limitation est prévue par le droit allemand. Elle est en revanche contraire à la vision française du droit de paternité. Seul un abus peut en effet limiter l'exercice de ce droit⁹⁷. Or, en droit français, l'abus n'est admis que très rarement et généralement dans des cas où le droit moral est mis en œuvre non pas pour protéger les intérêts moraux du créateur, mais dans le seul but de se voir accorder un avantage financier.

Il convient donc de considérer que la clause 4.d est inopérante. Qu'il s'agisse en effet du copier/coller⁹⁸, du *deep linking*⁹⁹ ou du *framing*¹⁰⁰ le créateur de l'œuvre dérivée devra agencer sa composition de manière à ce que le droit de paternité du créateur

⁹² Michael FRÖHLICH, op. cit., p.66.

⁹³ Cass. Civ. I, 15 avril 1986, RIDA octobre 1986, p.143.

⁹⁴ Frédéric POLLAUD-DULIAN, op. cit., n°629.

⁹⁵ Cass. Civ. I, 19 février 2002 – *Trois hommes et un couffin*, pourvoi n° 00-12151.

⁹⁶ Cass. Civ.1, 13 février 2007, pourvoi n°05-12016 ("l'autorisation faite par l'auteur au cessionnaire d'un droit d'exploitation de ne pas mentionner son nom sur les articles reproduisant ses oeuvres n'emporte pas aliénation de son droit de paternité, dès lors qu'il conserve la faculté d'exiger l'indication de son nom").

⁹⁷ Cass. Civ. I, 19 février 2002 – *Trois hommes et un couffin*, pourvoi n° 00-12151.

⁹⁸ Cf. par exemple TGI Paris, 3ème ch., 4 mars 2003 (www.legalis.com) pour le copier/coller d'un site internet condamné sur le terrain du droit moral.

⁹⁹ La technique du deep linking permet de renvoyer aux "pages profondes" d'un site, sans passer par la page d'accueil.

¹⁰⁰ Le framing consiste en un encadrement dans un site personnel d'une page importée d'un autre site

originaires s'exerce convenablement. Il pourra notamment avoir recours à la technique des crédits, employée de longue date en matière de photographie. La sévérité de la jurisprudence à l'égard des exploitants ne faiblit pas en la matière¹⁰¹.

Toutefois, certaines techniques posent un problème particulier au regard du droit de paternité. Imaginons un musicien, producteur de sons, mettant à disposition ses œuvres sur internet sous licence *Creative Commons*. La finalité de sa démarche est de voir ses sons réutilisés par des DJ de musique électronique, grâce à la technique du *sampling*¹⁰². On perçoit bien qu'il sera impossible de distinguer ce qui ressort de la création du DJ et ce qui a été emprunté au producteur de sons. De même, ce dernier ne pourra pas exiger que le DJ le cite en tant qu'auteur de l'œuvre originale entre deux mix dans une boîte de nuit.

Ainsi, comme dans le cas des adaptations et assemblages, la destination de l'œuvre placée sous licence *Creative Commons* emporte parfois nécessairement renonciation à l'exercice du droit de paternité. Les contours de cette renonciation seront alors modelés par la finalité du contrat et par le médium utilisé.

iv. Droit de retrait et de repentir

Le droit de repentir permet à l'auteur de modifier son œuvre. Le droit de retrait l'autorise quant à lui à mettre fin à sa diffusion. Ces prérogatives s'exercent après divulgation de l'œuvre. Mais leur mise en œuvre est soumise à indemnisation préalable de l'utilisateur, calculée à partir du préjudice causé du fait de l'exercice du droit. Quelle serait la consistance de cette indemnité si un commoneur décidait de faire usage de son droit de retrait ou de repentir ? Dans la plupart des cas, l'utilisateur aura bien du mal à démontrer l'existence d'un tel préjudice. L'auteur pourra donc le plus souvent exercer son droit gratuitement, sans avoir à verser d'indemnité.

On peut toutefois imaginer un cas dans lequel un auteur n'étant plus satisfait de son œuvre placée sous licence *Creative Commons* demande à un site web très visité d'en arrêter la publication. Dans une telle éventualité, le site pourrait probablement invoquer un préjudice indemnisable, à plus forte raison s'il s'agit d'un site marchand exploitant une œuvre dont le créateur a permis une exploitation marchande. Dans un tel cas, il semblerait équitable que l'auteur puisse exercer son droit gratuitement, celui-ci ne retirant initialement aucun avantage financier direct de la mise à disposition de son œuvre. Il pourrait donc être

¹⁰¹ Cass. Civ. I, 12 juillet 2006, pourvoi n°5-15472, publié au bulletin.

¹⁰² Le *sampling* consiste à séquencer une musique afin de l'extraire de son contexte dans le but de créer une nouvelle composition.

nécessaire d'insérer dans la licence une clause relative à la gratuité de l'exercice du droit de retrait et de repentir ainsi rédigée : "L'exercice par le créateur de l'œuvre originale de son droit de retrait et de repentir n'est soumis à aucune indemnisation préalable", ou encore "l'exercice par le créateur de l'œuvre originale de son droit de retrait ou de repentir n'est soumis à aucune indemnisation préalable si celui-ci fait état d'une raison sérieuse motivant sa décision". Une telle clause modulant l'exercice du droit de retrait et de repentir au profit de l'auteur me semble licite.

Toutefois, une telle clause ne me semble pas opportune dans toutes les situations, loin s'en faut. En effet, lorsqu'un utilisateur se servira d'une œuvre placée sous licence *Creative Commons* pour en réaliser une nouvelle, l'auteur original aura la possibilité d'interdire la diffusion de cette nouvelle œuvre quand bon lui semble et sans avoir à indemniser l'utilisateur. Cette situation risque de se produire en particulier quand un commuteur souhaitera à l'avenir exploiter son œuvre financièrement. Comme je l'ai montré, s'il invoque précisément cette raison, l'abus de droit moral serait constitué et l'utilisateur n'aura pas à s'exécuter. Mais, il suffit en réalité à l'auteur d'invoquer n'importe quelle autre raison pour s'imposer, les juges n'ayant pas à apprécier les scrupules de l'auteur, mais seulement à en constater la réalité¹⁰³.

Les utilisateurs se trouvent ainsi dans une situation d'insécurité juridique chronique, à laquelle aucune stipulation ne saurait remédier. En effet, l'insertion dans la licence 3.0 d'une clause rendant plus difficile l'exercice du droit de retrait au profit de l'utilisateur ne serait d'aucun secours. L'inaliénabilité du droit moral ferait obstacle à la validité d'une telle clause.

On se retrouve donc face à un problème insoluble. D'un côté, les auteurs doivent pouvoir faire valoir gratuitement leur droit moral contre un diffuseur d'envergure, de l'autre, les utilisateurs individuels sont placés dans une situation d'insécurité juridique que le contrat ne peut pas consolider.

Toutefois, en pratique, ce problème n'est pas d'une grande portée. En effet, l'effectivité du droit de retrait et de repentir face aux utilisateurs individuels est très sérieusement remise en cause par la diffusion de l'œuvre sur les réseaux numériques. Une fois l'œuvre stockée sur un serveur accessible au public, il est quasiment impossible de savoir ce qu'il advient des données. L'auteur ne pourra donc en pratique exercer son droit de retrait et de repentir qu'à l'encontre de diffuseurs d'envergure. En conséquence, il me semble que seul ce cas est à prendre en considération pour la rédaction de la nouvelle licence. La clause suivante m'apparaît être le meilleur compromis: "L'exercice par le

¹⁰³ Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux 2005, Lamy droit des Médias et de la communication, n°392.

créateur de l'œuvre originaire de son droit de retrait ou de repentir n'est soumis à aucune indemnisation préalable si celui-ci fait état d'une raison sérieuse motivant sa décision".

d. Application spatiale du droit moral

Dans l'environnement numérique, la question de la loi applicable est primordiale. Mais il est malheureusement difficile de faire une présentation exhaustive des questions qui se posent en la matière. Le droit international privé est souvent un terrain mouvant, où le juriste est rarement certain des solutions exposées, à plus forte raison lorsqu'il s'agit d'internet (i). Il est toutefois possible d'écarter un certain nombre d'incertitudes en insérant dans le contrat des clauses relatives à ces questions (ii).

i. Les incertitudes du droit international privé

Les incertitudes du droit international privé concerne tant la détermination de la loi du droit (1) et que de celle du contrat (2).

1. La loi du droit

La loi du droit régit ce qui se rattache à la nature du droit d'auteur. Le contenu, l'étendue, la durée, la cessibilité ainsi que les exceptions au droit d'auteur sont ainsi régis par la loi du droit.

La question de la détermination de la loi du droit est résolue par l'article 5.2 de la Convention de Berne¹⁰⁴, traité international régissant la plupart des situations transfrontalières¹⁰⁵. L'opinion dominante est que ce texte retient la théorie du pays de protection¹⁰⁶, étant entendu que cette expression renvoie au pays où l'atteinte a eu lieu. Les tribunaux des 162 Etats membres devront donc en principe appliquer la loi du pays pour

¹⁰⁴ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886.

¹⁰⁵ Lorsque ce traité ne sera pas applicable, le droit international privé commun régira alors la situation. Ce droit étant par nature national, la solution dépendra des législations et jurisprudences des différents pays : cf. André LUCAS, La loi applicable à la violation du droit d'auteur dans l'environnement numérique, Rapport réalisé pour la 13^{ème} session du Comité intergouvernemental du droit d'auteur, Paris, 5 avril 2005.

¹⁰⁶ L'article 6bis.3 règle quant à lui la procédure applicable à un tel litige. Celui-ci est régi par la loi du pays où la protection est demandée.

lequel la protection est demandée¹⁰⁷. C'est en tout cas ce que retient la Cour de cassation¹⁰⁸. Mais une Cour d'appel américaine a récemment retenu que la titularité devait être tranchée par la loi du pays d'origine¹⁰⁹.

Quoi qu'il en soit, une fois cette question résolue, une autre se pose avec encore plus d'acuité. Lorsqu'une œuvre est publiée sur internet, dans quel pays doit-on considérer que l'atteinte à eu lieu ? Dans le pays d'émission (lieu du fait générateur) ou dans le pays de réception (lieu du dommage) ? La doctrine est abondante sur la question et les solutions incertaines.

L'application de la loi du pays de réception pour la réparation du dommage subi dans ce pays semble approuvée par la doctrine dominante¹¹⁰. Mais la Cour de Justice des Communautés Européennes considère que c'est la loi du pays où l'affaire est jugée (loi du for) qui doit s'appliquer¹¹¹. Cette question, relative à loi applicable, renvoie donc à celle de la juridiction compétente.

La Cour de cassation¹¹² et la CJCE¹¹³ décident en la matière que le créateur, ayant saisi une juridiction dans le pays où le dommage s'est réalisé, ne pourra obtenir réparation que du préjudice subi dans ce même pays. Si le créateur veut obtenir la réparation de son entier préjudice, il devra saisir un tribunal dans le pays d'émission, c'est à dire le pays où le fait générateur a été commis. Un commoneur français n'obtiendra donc réparation de son entier préjudice subi du fait de la violation de son droit moral devant un tribunal français, que si le fait générateur a eu lieu en France.

¹⁰⁷ On note toutefois une tendance des tribunaux à appliquer la loi de leur propre pays à tout type de litige : cf. André LUCAS, La loi applicable à la violation du droit d'auteur dans l'environnement numérique, rapport réalisé pour la 13^{ème} session du Comité intergouvernemental du droit d'auteur, Paris, 5 avril 2005.

¹⁰⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 28 mai 1991 – Huston. Une doctrine minoritaire soutient toutefois que la loi du pays d'origine joue un certain rôle : cf. Cass. 1^{re} civ., 22 décembre 1959 : D. 1960, p. 93, note G. Holleaux. Cette position semble désormais intenable, depuis qu'un arrêt de la Cour de cassation s'est prononcé en sens contraire concernant les droits des artistes-interprètes.

¹⁰⁹ Itar-Tass Russian News Agency v Russian Kurier, Inc., 153 F.3d (2d Cir 1998), cité par André LUCAS, La loi applicable à la violation du droit d'auteur dans l'environnement numérique, rapport réalisé pour la 13^{ème} session du Comité intergouvernemental du droit d'auteur, Paris, 5 avril 2005.

¹¹⁰ André Lucas recense notamment : B. Audit, Droit international privé, préc., note 8, n.777. - A. Bercovitz, Legislation Applicable to Transnational Relations Between the Operators of Digital Communication Systems, in International Unesco Symposium on Copyright and Communication in the Information Society, Unesco, 1997, p.204-211, à la p.208. - J.-S. Bergé La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, préc., note 3, n.314. - Th. Dreier, Rapport national allemand, in Copyright in Cyberspace, préc., note 12, p.303. - P.-Y. Gautier, Du droit applicable dans le « village planétaire », préc., note 29, n.6. - P. Katzenberger, in G. Schricker, préc., note 57, n.145. - A. Lucas, Droit d'auteur et numérique, Litec, 1998, n.664 et s. - J. Seignette, Rapport national néerlandais, in Copyright in Cyberspace, préc., note 12, p.316. - M. Vivant, Cybermonde : Droit et droits des réseaux : JCP 1996, I, 3969, n.6.

¹¹¹ CJCE, 30 nov. 1976 : Rec. CJCE, p. 1735. et CJCE, 7 mars 1995 : D. 1996, p.61, note G. Parléani.

¹¹² Cass. Civ. 1, 16 juill. 1997, Wegmann : JDI 1998, p.136, obs. A. Huet

¹¹³ CJCE, 30 nov. 1976 : Rec. CJCE, p. 1735. et CJCE, 7 mars 1995 : D. 1996, p.61, note G. Parléani.

2. La loi du contrat

La loi du contrat, comme son nom l'indique, régit le contrat lui-même. Les conditions de formation du contrat, les obligations contractuelles et les modalités de cession sont aussi régies par cette loi. Par défaut, c'est la loi du pays où la partie fournissant la prestation caractéristique a sa résidence habituelle qui servira de loi du contrat. La controverse sur la notion de "prestation caractéristique" n'a pas encore trouvé de réponse ferme¹¹⁴.

Mais les règles en la matière sont supplétives. C'est donc aux parties, en application du principe d'autonomie, qu'il revient de déterminer la loi applicable au contrat. Il suffira donc de stipuler quelle loi est applicable au contrat pour se prémunir contre les aléas en la matière. C'est ce que fait la clause 8.f des contrats-type de *Creative Commons* France, en précisant que c'est la loi française qui est applicable au contrat.

Malheureusement, un autre facteur vient perturber la détermination de la loi applicable au contrat. Le juge national doit en effet écarter la loi choisie par les parties au profit de la loi de police. Ces règles d'application impérative sont des normes auxquelles un Etat accorde une importance telle qu'il exige leur application dès lors que la situation juridique présente un lien avec son territoire, quelle que soit par ailleurs la loi applicable à la situation¹¹⁵. Or, la Cour de cassation¹¹⁶ considère que les règles relatives au droit moral constituent une loi de police. Ainsi, lorsqu'un litige sera porté devant une juridiction française, le créateur bénéficiera toujours de la protection de son droit moral, peu importe la loi du contrat stipulée par les parties.

ii. Les solutions contractuelles

Le but de ces propositions est d'instaurer une plus grande prévisibilité du contrat *Creative Commons*, en faisant en sorte que le droit moral du commeneur français soit appliqué uniformément, quel que soit le lieu du fait générateur de l'atteinte ou le lieu du dommage. Il s'agira dans cette optique d'organiser le contrat de manière à ce que le créateur

¹¹⁴ Pour des développements sur cette question : André Lucas et Jane C. Ginsburg, étude de l'OMPI sur le transfert des droits des artistes-interprètes au producteurs de fixation audiovisuelles : instruments multilatéraux, Etats-Unis d'Amérique, France, OMPI, Genève, 30 avril 2003.

¹¹⁵ Sylvaine Poillo Peruzzetto, Loi public et loi de police dans l'ordre communautaire, Comité français du droit international privé, 28 mars 2002.

¹¹⁶ Cass. Civ. 1ère, 28 mai 1991 – Huston.

puisse toujours bénéficier de son droit moral tel que protégé et reconnu par le Code de la Propriété Intellectuelle français.

La plupart des problèmes semblent résolus grâce à l'introduction dans les licences 3.0 françaises d'une clause attributive de compétence internationale (1), d'une clause contractualisant les obligations découlant du droit moral (2) et d'une clause de réparation intégrale (3).

1. Clause attributive de compétence internationale

Les clauses attributives de compétence internationale entre particuliers sont licites, lorsque qu'il s'agit d'un litige international auquel un français est partie et que la clause ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française¹¹⁷. Il serait donc possible d'insérer dans la licence *Creative Commons* 3.0 la clause suivante au profit du commoneur français : "Les juridictions françaises sont compétentes pour connaître des litiges relatifs au présent contrat".

Le commoneur français, titulaire du droit moral, pourra ainsi toujours assigner l'utilisateur, français ou étranger, devant un tribunal français pour violation de son droit moral¹¹⁸. Cette solution a l'avantage d'écarter l'aléa qui entoure l'application du droit moral par les juridictions étrangères, notamment en ce qui concerne les questions de titularité.

2. Clause contractualisant les obligations découlant du droit moral

En France, le droit moral a une nature extra-patrimoniale, qui s'exprime principalement par son incessibilité. Mais rien n'empêche de contractualiser les prérogatives morales, afin que l'utilisateur soit également tenu de respecter le droit moral sur le terrain contractuel, en insérant dans les licences *Creative Commons* une clause ainsi rédigée :

"Dans tous les cas, si les règlements de conflits de loi privaient le créateur du bénéfice de son droit moral, tel que reconnu et protégé par le Code de la Propriété

¹¹⁷ Cass. Civ. 1, 17 décembre 1985 – Sorelec.

¹¹⁸ Pour approfondir cette question de la validité des clauses attributive de compétence internationale : Philippe GUEZ, L'élection de for en droit international privé, thèse de Doctorat sous la direction du Professeur Géraud DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Paris X - Nanterre, 30 mars 1992.

Intellectuelle français, l'acceptant serait tenu contractuellement de respecter les obligations découlant du droit moral ainsi protégé".

Cette clause permettrait de soumettre les obligations découlant du droit moral français à la loi du contrat, régissant les obligations contractuelles, dans le cas où la loi du droit évincerait le droit moral tel que reconnu par le CPI. On pourra remarquer que, sur ce terrain contractuel, la responsabilité du cocontractant pourra être recherchée tout aussi facilement que sur le terrain délictuel classique, la caractérisation d'un préjudice n'étant pas nécessaire¹¹⁹.

3. Clause de réparation intégrale

Un des principaux obstacles à l'effectivité du droit moral est que, si le fait générateur de l'atteinte se produit hors du territoire français, le juge français ne peut en principe prononcer qu'une indemnisation partielle et ordonner des mesures limitées aux dommages s'étant produits sur le territoire français.

Afin de remédier à cette difficulté, il serait possible de stipuler la clause suivante : "Lorsque le litige est porté devant une juridiction française, celle-ci est compétente pour prononcer la réparation de l'entier préjudice subi par le demandeur, ainsi que toutes les mesures propres à empêcher ou faire cesser l'atteinte, conformément à la loi française".

Au regard de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes¹²⁰, cette clause s'analyse comme une clause attributive de compétence internationale pour la réparation des préjudices nés de la mauvaise exécution du contrat. Elle me semble donc pouvoir être valablement stipulée.

¹¹⁹ Cass. Civ. 1, 10 mai 2005.

¹²⁰ CJCE, 30 nov. 1976 : Rec. CJCE, p. 1735. et CJCE, 7 mars 1995 : D. 1996, p.61, note G. Parléani.

2. Récapitulatif des propositions de clauses contractuelles pour la licence *Creative Commons 3.0*

Outre une clause générale (a) et quelques clauses spéciales (b), il me paraîtrait peut-être intéressant de décrire sommairement dans le nouveau contrat-type *Creative Commons* les différentes prérogatives morales de l'auteur. Ces mentions n'auraient aucune portée normative, mais permettraient au commoneur curieux de lire le contrat d'être informé sur son droit moral, souvent ignoré des créateurs.

a. Clause générale d'interprétation et de destination

Je propose d'insérer une clause ainsi rédigée :

Interprétation du contrat – Destination de l'œuvre

1. La *Copyleft Attitude* constitue le principe directeur pour l'interprétation des clauses du présent contrat .
2. La destination de l'œuvre est d'être reproduite, adaptée et assemblée conformément aux conditions définies par l'Offrant dans le présent contrat, afin de contribuer à un fonds commun.

b. Clauses spéciales

i. Clause relative au droit de divulgation

Il serait utile de lister les modes nouveaux selon lesquels l'acceptant peut diffuser l'œuvre, afin de contourner la prohibition des clauses de renonciation préalable et générale. Ce listage nécessite soit un *brainstorming*, soit la collaboration d'une personne bien au fait des pratiques des commoneurs.

ii. Clauses relatives au droit au respect de l'œuvre

Je propose d'insérer une clause ainsi rédigée :

Droit au respect de l'œuvre

1. L'Acceptant peut réaliser des adaptations et assemblages de la présente œuvre conformément à la destination de l'œuvre et dans le respect de la *Copyleft Attitude*.
2. L'Acceptant peut également effectuer les modifications nécessaires techniquement à l'exercice des droits dans d'autres formats et procédés techniques, si de telles modifications n'altèrent pas significativement la qualité de l'œuvre.
3. Les dérivations de l'œuvre ne devront jamais porter atteinte à l'honneur ou à la réputation de l'Offrant ou être publiées dans un contexte entrant ouvertement en contradiction avec ses opinions.
4. Les Acceptants successifs, auteurs de dérivations de l'œuvre, peuvent réaliser des adaptations, assemblages et modifications techniques, dans les limites et conditions imposées au premier Acceptant.

iii. Clauses relatives au droit de paternité

Il serait opportun de traiter de tous les aspects se rapportant au droit de paternité dans un seul et même point en titrant "Droit de paternité".

Il me semble qu'il faille retirer la référence au caractère "raisonnable" de l'exercice du droit de paternité dans l'article 4.d.

Je propose d'insérer une clause ainsi rédigée :

Droit de paternité

Dans les cas où la destination de l'œuvre induit nécessairement une renonciation partielle à l'exercice du droit de paternité, l'auteur s'engage à exercer ledit droit en accord avec ladite destination.

iv. Clauses relatives au droit de retrait et de repentir

Je propose d'insérer une clause ainsi rédigée :

Droit de retrait et de repentir

L'exercice par l'Offrant de son droit de retrait ou de repentir n'est soumis à aucune indemnisation préalable, si celui-ci fait état d'une raison sérieuse motivant sa décision.

v. Clauses relatives à l'application spatiale du droit moral

Je propose d'insérer une clause ainsi rédigée :

Loi applicable – Compétence internationale

1. La loi française est applicable au présent contrat.
2. Les juridictions françaises sont compétentes pour connaître des litiges relatifs au présent contrat.
3. Dans tous les cas, si les règlements de conflits de loi privaient le créateur du bénéfice de son droit moral, tel que reconnu par le Code de la Propriété Intellectuelle français, l'Acceptant serait tenu contractuellement de respecter les obligations découlant du droit moral ainsi protégé.
4. Lorsque le litige est porté devant une juridiction française, celle-ci est compétente pour prononcer la réparation de l'entier préjudice subi par le demandeur, ainsi que pour ordonner toutes les mesures propres à empêcher ou faire cesser l'atteinte, conformément à la loi française.

c. Proposition concernant un contrat-type pour des autorisations spéciales d'atteinte au droit moral

Une réponse technique pourrait éventuellement être apportée pour faciliter l'exercice de la faculté d'autoriser les atteintes au droit moral dans des cas spéciaux et déterminés. Elle consisterait en un pistage de l'œuvre permettant de contacter le créateur de l'œuvre

originaire. Un formulaire électronique automatisé pourrait être élaboré, afin de faciliter les demandes d'autorisation.

Bibliographie

1. Ouvrages

DIETZ Adolf, *Das Droit Moral des Urheber in neuen französischen und deutschen Urheberrecht*, C.H. Bech'sche, München, 1968.

ELLINS Julia, *Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft: von den Anfängen bis ins Informationszeitalter*, Berlin, 1997, p.378-379.

FARCHY Joëlle, *Internet et droit d'auteur : La culture Napster*, CNRS Editions, Cnrs communication, Paris, 25 avril 2003.

FEDERLE Markus Alexander, *Der Schutz der Werkintegrität gegenüber dem vertraglichen Nutzungsberechtigten im deutschen und US-amerikanischen Recht*, UFITA-Schriftenreihe Heft 152, Baden-Baden, 1998

FRÖHLICH Michael, *Zentrale Institutionen des deutschen Urheberrechts und des französischen Droit d'auteur auf dem Prüfstand der elektronischen Netzwerke*, Frankfurt am Main, P. Lang, Saarbrücker Studien zum Privat- und Wirtschaftsrecht, Berlin, Bern, 2001.

GAUTIER Pierre-Yves, *Propriété littéraire et artistique*, 5^{ème} édition refondue, Presses universitaires de France, Collection Droit fondamental, Paris, 2004.

LINANT DE BELLEFONDS Xavier, *Droits d'auteur et droits voisins*, Cours, Dalloz, 2ème édition, Paris, 2004.

MALLET-POUJOL Nathalie, *La création multimédia et le droit : réaliser, communiquer, protéger*, 2^{ème} édition, Litec : Éd. du Juris-classeur, Paris, 2003.

METZGER Axel, *Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht*, Urheberrechtliche Abhandlungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, Beck, München, 2002.

NGUYEN DUC LONG Christine, *La numérisation des oeuvres : aspects de droits d'auteur et de droits voisins*, Litec, Paris, 2001.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, *Le droit d'auteur*, Economica, Paris, 2005.

2. Articles, commentaires et rapports

ALLEAUME Christophe, "Œuvre collective : l'entrepreneur est titulaire originaire du droit moral", note sous TGI Nanterre, 2^{ème} chambre, 15 mars 2004, UFC Que choisir et autres c/ SFR et CA Versailles, ch. Civ. Réunies, 24 mars 2004, J.-M. Rillon c/ Capital Média, Légipresse n° 212, juin 2004.

BENABOU Valérie-Laure, MARTIN Jean, HENRARD Olivier, *Le régime juridique des oeuvres multimédias : droits des auteurs et sécurité juridique des investisseurs*, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, Paris, 2005.

CARON Christophe, "Droit moral et multimédia", *Légicom* n°8, avril-juin 1995.

DE BROGLIE Gabriel, *Le droit d'auteur et l'internet*, Rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques, Ministère de la culture, juillet 2000.

JOOST Smiers, "La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Plaidoyer pour l'abolition des droits d'auteur", *Le Monde Diplomatique*, septembre 2001.

LUCAS André, *Rapport de la commission spécialisée portant sur la loi applicable en matière de propriété littéraire et artistique*, décembre 2003.

LUCAS André, *La loi applicable à la violation du droit d'auteur dans l'environnement numérique*, rapport réalisé pour la 13^{ème} session du Comité intergouvernemental du droit d'auteur, Paris, 5 avril 2005.

LUCAS André et GINSBURG Jane C., *étude de l'OMPI sur le transfert des droits des artistes-interprètes au producteurs de fixation audiovisuelles : instruments multilatéraux*, Etats-Unis d'Amérique, France, OMPI, Genève, 30 avril 2003.

POILLO PERUZZETTO Sylvaine, *Loi public et loi de police dans l'ordre communautaire*, Comité français du droit international privé, 28 mars 2002.

Secrétariat du Conseil constitutionnel, "Commentaire de la décision n° 2006-540 DC du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 concernant la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information", *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 21, Dalloz, Paris, avril à septembre 2006.

VIVANT Michel (resp.), *Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux 2005 – Lamy Droit des Médias et de la Communication*.

3. Mémoires et thèses

GUEZ Philippe, *L'élection de for en droit international privé*, thèse de Doctorat sous la direction du Professeur Géraud DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Paris X - Nanterre, 30 mars 1992.

KIKKIS Ioannis, *Le droit moral de l'auteur dans la société de l'information : étude de droit français, de droit comparé et de droit communautaire*, thèse sous la direction d'André LUCAS, Université de Nantes, 2004.

LUCAS-SCHLOETTER Agnès, *Droit moral et droit de la personnalité : étude de droit comparé français et allemand*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2002, p.31.

NEHME Sabine, *Le droit moral de l'auteur à l'épreuve du numérique*, mémoire de DESS, sous la direction de Christophe CARON, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2003.

NENON Elisabeth, Le droit moral et la société de l'information dans l'Union européenne, mémoire de DESS : Propriété industrielle, sous la direction de Xavier STRUBEL, Université Panthéon-Assas (Paris), 2003.